

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Simone Reissinger

**ATIVISMO JUDICIAL E O MINIMALISMO DE CASS SUNSTEIN:
uma abordagem interpretativa do direito à saúde no Brasil**

Belo Horizonte
2016

Simone Reissinger

**ATIVISMO JUDICIAL E O MINIMALISMO DE CASS SUNSTEIN:
uma abordagem interpretativa do direito à saúde no Brasil**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção
do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira
Baracho Junior

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R375a Reissinger, Simone
Ativismo judicial e o minimalismo de Cass Sunstein: uma abordagem interpretativa do direito à saúde no Brasil / Simone Reissinger. Belo Horizonte, 2016.
234 f.

Orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Junior
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Poder judiciário e questões políticas. 2. Sustein, Cass - Crítica e interpretação. 3. Direito à saúde. 4. Democracia deliberativa. 5. Pluralismo jurídico I. Baracho Junior, José Alfredo de Oliveira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.13

Simone Reissinger

**ATIVISMO JUDICIAL E O MINIMALISMO DE CASS SUNSTEIN:
uma abordagem interpretativa do direito à saúde no Brasil**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção
do título de Doutora em Direito.

Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Elival da Silva Ramos – USP (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Ramom Tácio de Oliveira – UIT (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 09 de maio de 2016.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar e sempre, a Deus.

À minha família, pela compreensão nos momentos de ausência e pelo apoio.

Ao meu orientador, Professor José Alfredo de Oliveira Baracho Junior, por ter me aceitado mais uma vez como sua orientanda, bem como por seus ensinamentos que tanto contribuíram para a presente tese.

Aos professores e funcionários do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito, pela contribuição na minha vida acadêmica e prontidão nos atendimentos.

Aos colegas e funcionários da PUC Minas *campus* Contagem, onde passo a maior parte do meu tempo e que, por isso, comigo dividiram as angústias e incertezas desse trabalho.

Aos meus alunos e ex-alunos, pela compreensão nesses últimos quatro anos.

[...] o Supremo Tribunal Federal [...] sendo a instituição equilibradora, por excelência, do régimen, a que mantém a ordem jurídica nas relações entre a União e os seus membros, entre os direitos individuais e os direitos do poder, entre os poderes constitucionais uns com os outros sendo esse o papel incomparável dessa instituição, a sua influência estabilizadora e reguladora influi, de um modo nem sempre visível, mas constante, profundo, universal na vida inteira do sistema. (BARBOSA, 1914, p. 175)

RESUMO

A presente tese apresenta como tema-problema o ativismo judicial no Poder Judiciário brasileiro e norte-americano. Foi examinada a origem da expressão ativismo judicial nos EUA e no Brasil, bem como demonstrada a dificuldade de consenso na sua definição. Diante disso, apresentam-se as condutas judiciais consideradas ativistas, seu contexto histórico e causas, no contexto nacional e norte-americano. O objetivo geral do estudo é a apresentação e análise detalhada do minimalismo judicial, na perspectiva teórica do professor Cass R. Sunstein. A hipótese da pesquisa buscou analisar a possibilidade de aplicação do minimalismo no processo judicial brasileiro, especificamente quando relacionado às demandas por direito à saúde, por haver considerável ativismo judicial. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica com a utilização de fontes primárias e secundárias, de origem nacional e estrangeira. O resultado, conforme a hipótese proposta, foi a confirmação de que o minimalismo judicial aplicado pelo Poder Judiciário brasileiro é adequado aos processos judiciais referentes ao direito à saúde, a fim de promover a democracia deliberativa.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Minimalismo judicial. Cass Sunstein. Direito à saúde. Democracia deliberativa.

ABSTRACT

This thesis presents the theme-problem judicial activism in Brazilian and American courts. The origin of judicial activism expression was examined in the United States and Brazil, as well as demonstrated the difficulty of consensus on its definition. Therefore, it presents the judicial conducts considered activists, its historical context and causes at the national and American context. The overall objective of the study is the presentation and detailed analysis of judicial minimalism, in the theoretical perspective of Professor Cass R. Sunstein. The hypothesis of the research sought to examine the possibility of application of minimalism in the Brazilian judicial process, particularly when related to demands for the right to health, because there is considerable judicial activism. The methodology used was a literature review with the use of primary and secondary sources, national and foreign origin. The result, according to the hypothesis proposed, was the confirmation that the judicial minimalism applied by the Brazilian Judiciary is appropriate to judicial proceedings relating to the right to health, in order to promote deliberative democracy.

Keywords: Judicial activism. Judicial minimalism. Cass Sunstein. Right to health. Deliberative democracy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	Antes de Cristo
ACA	Affordable Care Act (Ato de Assistência Acessível)
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI ou ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.	Artigo
CAP	Caixas de Aposentadorias e Pensões
Cap.	Capítulo
CEAF	Componente Especializado de Assistência Farmacêutica
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
IAP	Institutos de Aposentadorias e Pensões
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS	Instituto Nacional da Previdência Social
LOS	Lei Orgânica de Saúde
Min.	Ministro(a)
MS	Mandado de Segurança
N. ou N°	Número
NOB	Norma Operacional Básica
NOAS	Norma Operacional da Assistência à Saúde
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
Org.	Organizador
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PL	Projeto de Lei

PLS	Projeto de Lei do Senado
Prof. ou Profa.	Professor ou Professora
REMUME	Relação Municipal de Medicamentos de Belo Horizonte
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
SIA/SUS	Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde
SL	Suspensão de Liminar
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
USA	United States of America
V.	Volume
VMI	Virginia Military Institute (Instituto Militar da Virginia)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
2 O ATIVISMO JUDICIAL NOS EUA E NO BRASIL	25
2.1 A origem do termo ativismo judicial nos EUA	25
2.2 O ativismo judicial nos EUA	31
2.3 O ativismo judicial no Brasil	36
3 OS RECORTES TEÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL.....	53
3.1 Passivismo ou autocontenção judicial.....	53
3.2 Criação do direito pelo Judiciário e discricionariedade judicial	56
3.3 Teoria decisionista	60
3.4 Teoria construtivista	62
3.5 Abordagens interpretativas do direito constitucional norte-americano	67
3.5.1 <i>Perfeccionismo: aperfeiçoamento da Constituição</i>	70
3.5.2 <i>Majoritarismo: limitação judicial e deliberação democrática</i>	71
3.5.3 <i>Fundamentalismo: entendimento original da Constituição</i>	71
3.5.4 <i>Minimalismo: uma decisão de cada vez</i>	73
4 MINIMALISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DE CASS SUNSTEIN	75
4.1 Minimalismo procedimental (formal) e minimalismo substancial.....	78
4.2 Decisões judiciais restritas e superficiais.....	83
4.3 Acordos incompletamente teorizados: decisões superficiais (gerais).....	87
4.4 Minimalismo judicial e a promoção da democracia deliberativa	90
4.5 Minimalismo Burkeano.....	95
4.6 Objeções ao minimalismo judicial	100
5 O MINIMALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL: estudo jurisprudencial comparativo entre o Brasil e os EUA	113
5.1 Cláusula de barreira: ADI n. 1.351-3/DF e ADI n. 1.354-8/DF	114
5.2 Fidelidade partidária: ADI n. 3.999-7/DF e ADI n. 4086-3/DF	123
5.3 Interrupção da gravidez ou antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo: ADPF nº 54.....	129
5.4 União estável homoafetiva: ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DF	139
5.5 Patient Protection and Affordable Care Act (Lei de Proteção ao Paciente e de Assistência Acessível): 567 U. S. ____ (2012)	147
5.6 Bush et al. v. Gore et al.: 531 U. S. 98 (2000)	157
5.7 Considerações finais	163
6 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E O MINIMALISMO JUDICIAL.....	165
6.1 Políticas públicas: políticas de Estado e políticas de governo	165
6.2 Direito à saúde e políticas públicas de saúde	169
6.2.1 <i>O histórico do direito à saúde no Brasil</i>	170
6.2.2 <i>A noção de direito à saúde a partir da Constituição de 1988</i>	176
6.2.2.1 <i>O exercício da liberdade em Sartre: a escolha e a práxis existencial</i>	183
6.3 Políticas públicas de saúde e ativismo judicial.....	194
6.4 A aplicação do minimalismo de Cass Sunstein em julgamentos relacionados às políticas públicas de saúde	209

7 CONCLUSÃO.....	217
REFERÊNCIAS	223

1 INTRODUÇÃO

A presente tese de doutorado apresenta como proposta o estudo do ativismo e do minimalismo judicial, conforme a concepção do Professor norte-americano Cass R. Sunstein, considerado um dos maiores defensores da conduta minimalista.

Diante do estudo detalhado do minimalismo judicial, fundamentado em diversos trabalhos de Sunstein, buscou-se verificar se era adequado aplicá-lo às decisões judiciais brasileiras e, mais especificamente, naquelas que tenham como objeto o direito à saúde.

Assim, o tema-problema está na consideração de que há ativismo judicial na maioria das decisões emanadas pelo Judiciário brasileiro sobre direito à saúde, com interferência nas políticas públicas. Por isso, primeiramente é necessário entender a noção de ativismo.

O ativismo judicial é um tema repleto de controvérsias e muito recorrente na atualidade, em publicações nacionais e estrangeiras. Por outro lado, o minimalismo judicial não apresenta muitas publicações nacionais. Dessa forma, a primordial fonte de pesquisa desse assunto está sustentada no direito comparado, especialmente no direito norte-americano.

O capítulo inicial desta tese descreve como surgiu o termo ativismo judicial, com origem nos EUA, em 1947. Naquele momento a ideia restringia-se à rotulagem dos juízes da Suprema Corte em liberais, conservadores e intermediários, o que demonstra visivelmente uma concepção singular na dimensão ideológica. Os primeiros adotavam um viés político liberal, de caráter progressista e de conquista de direitos. Já os segundos defendiam uma política de autorrestrrição judicial, limitando-se a respeitar os atos do Poder Legislativo e Executivo.

A partir dessa primeira definição, que não era acadêmica, constatou-se que as polêmicas sobre o ativismo judicial começam na própria definição do que representa uma conduta judicial ativista. Assim, o capítulo 2 é todo dedicado à análise do ativismo judicial, nos EUA e no Brasil, incluindo suas formas e causas. Destacam-se, inclusive, as diferenças no aspecto histórico e político do Poder Judiciário nos dois países, o que levou, ainda, à identificação do fenômeno da judicialização no Brasil.

No capítulo 3 são propostos alguns recortes teóricos, a fim de traçar paralelos com teorias que se assemelham ou se opõem ao ativismo judicial. Nesse sentido são analisados o passivismo ou autocontenção judicial, criação do direito pelo Judiciário e discricionariedade judicial, decisionismo e construtivismo.

Ainda no capítulo 3 são analisadas quatro abordagens interpretativas do direito constitucional norte-americano: perfeccionismo, majoritarismo, fundamentalismo e

minimalismo. Essas abordagens são aplicadas quando há dúvidas sobre o significado do texto constitucional. Assim, ao ultrapassar certos limites, os tribunais podem, na intenção de dizer o significado do direito, exercer o papel do legislador e praticar alguma forma de ativismo judicial.

O capítulo 4 é destinado a apresentar o histórico, a noção, as características e as formas do minimalismo judicial, com embasamento nos estudos de Cass Sunstein. É possível constatar grande desconfiança pelos juristas brasileiros quanto à conduta judicial minimalista. Neste sentido, o próprio Sunstein apresenta algumas objeções ao minimalismo, mas é bem firme nas situações em que a conduta deve ser aplicável. Os parâmetros para distinguir a aplicação do minimalismo ou do maximalismo, na visão de Sunstein, também estão explicados neste capítulo.

A partir do entendimento de ativismo e minimalismo judicial, a proposta do capítulo 5 é apresentar a confirmação da hipótese de que a conduta minimalista é cabível às decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro. Foram selecionadas e analisadas quatro decisões do STF, com grande repercussão, por abrangerem temas morais e políticos controvertidos, cuja literatura é bastante rica diante da discussão sobre ativismo judicial: cláusula de barreira, infidelidade partidária, interrupção de gravidez de feto anencéfalo e união estável homoafetiva. Todas foram cuidadosamente estudadas, a fim de demonstrar os votos dos ministros que seguiram conduta minimalista ou ativista e as consequências para a sociedade e a democracia deliberativa.

Nos capítulos 2 e 4 são citados casos da jurisprudência norte-americana, que demonstram o minimalismo ou o ativismo judicial na perspectiva de Sunstein. Assim, foi sentida a necessidade de analisar novos casos, mais atuais, com a visão própria desta autora, ainda que seguindo a concepção do autor norte-americano. Desta forma, no capítulo 5 também foram analisadas duas decisões da Suprema Corte norte-americana, igualmente controversas no cenário jurídico: *Bush v. Gore*, referente às eleições presidenciais de 2000, e o processo envolvendo a inconstitucionalidade de normas contidas na lei que reformou o sistema de saúde norte-americano, conhecido como *Obamacare*, julgado em 2012. Trata-se de um trabalho mais elaborado e de fundamental importância para a compreensão do presente estudo.

O objetivo do capítulo 6 é confirmar a hipótese da pesquisa, ou seja, a adequação de condutas judiciais minimalistas nos processos referentes ao direito à saúde. Assim, inicia-se com o estudo das políticas públicas, uma vez que a Constituição as prevê como principal forma de concretizar o direito constitucional à saúde.

Para entender o direito à saúde a partir da Constituição de 1988, é necessário conhecer o histórico deste direito no Brasil, bem como o conceito de saúde e de direito à saúde, o que também é apresentado no capítulo 6.

Diante da crescente demanda judicial individualizada referente ao direito à saúde, que produz efeitos irracionais nas políticas públicas, sobretudo na noção de planejamento, verificou-se o acento no exercício das liberdades individuais na relação com a sociedade. Desta feita, considerou-se importante a dedicação de um tópico para a análise desta liberdade pela busca de seus direitos na perspectiva sartreana, na qual a alteridade torna-se componente importante no veio das decisões judiciais no que tange ao direito à saúde.

No penúltimo tópico do capítulo 6 são analisadas as políticas públicas específicas do SUS para distribuição de medicamentos, assim como as consequências do ativismo judicial sobre tais políticas. Para finalizar o capítulo 6 propõe-se a confirmação da hipótese de adequação do minimalismo judicial aos julgamentos relacionados às políticas públicas de saúde, demonstrando que as circunstâncias indicadas por Sunstein estão presentes no problema em questão.

No último capítulo são apresentadas as ideias conclusivas da tese, especificamente a defesa de condutas minimalistas pelo Poder Judiciário brasileiro, o que permitirá, entre outros efeitos e, primordialmente, promover a democracia deliberativa.

2 O ATIVISMO JUDICIAL NOS EUA E NO BRASIL

O tema ativismo judicial é bastante discutido na doutrina brasileira, encontrando adeptos e críticos dessa conduta do Poder Judiciário. Entretanto, percebe-se que não existe consenso sobre sua definição¹. Assim, é inviável analisar os posicionamentos expostos, pois cada qual apresenta critérios diferentes de significado, tornando o conceito multifacetado e, frequentemente, ideologizado (CONTINENTINO, 2012).

Por isso, é importante, primeiramente, estabelecer os critérios ou metodologia para se alcançar o sentido de ativismo judicial, a fim de possibilitar sua análise crítica. Esse processo será realizado considerando a história do termo e seu desenvolvimento a partir do Direito norte-americano, para, em seguida, analisá-lo no Direito brasileiro.

Para tal propósito, verificou-se, ainda, a necessidade de estabelecer as diferenças e semelhanças entre alguns outros conceitos, tais como passivismo ou autocontenção judicial (*self-restraint*), criação do Direito pelo Judiciário e discricionariedade judicial, teorias decisionista e construtivista, além de abordagens interpretativas do direito constitucional, conforme leitura do Professor norte-americano Cass R. Sunstein.

2.1 A origem do termo ativismo judicial nos EUA

A origem da expressão ativismo judicial vem sendo devotada ao jornalista Arthur Schlesinger Jr., que a usou pela primeira vez em 1947, em uma publicação para o público leigo, que diferenciava os juízes com tendência liberal e aqueles mais conservadores, atuantes na Suprema Corte dos EUA naquela época, tendo como critério o liberalismo político.

No artigo “*The Supreme Court: 1947*” da Revista *Fortune*, Schlesinger Jr. analisou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte dos EUA e os dividiu em três grupos. Os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge foram classificados como ativistas judiciais; os juízes

¹ Keenan D. Kmiec, em importante trabalho sobre ativismo judicial, escrito em 2004, relatou que nos Estados Unidos o termo passou a ser mais discutido na década de 90. Entretanto, o aumento da discussão trouxe um problema: o seu significado tornou-se mais obscuro. Assim explica o autor: “Isto é assim porque “ativismo judicial” é definido em uma série de modos diferentes, e mesmo contraditórios; estudiosos e juízes reconhecem esse problema, ainda persistem em falar sobre o conceito sem defini-lo. Assim, o problema continua inabalável: as pessoas falam um outro passado, usando a mesma linguagem para transmitir conceitos muito diferentes.” (KMIEC, 2004, p. 1443, tradução nossa). “This is so because “judicial activism” is defined in a number of disparate, even contradictory, ways; scholars and judges recognize this problem, yet persist in speaking about the concept without defining it. Thus, the problem continues unabated: people talk past one another, using the same language to convey very different concepts.”

Frankfurter, Jackson e Burton eram os campeões da autolimitação e, os juízes Reed e Vinson foram classificados num grupo intermediário.

Schlesinger Jr. explicou seu critério de classificação, baseado no liberalismo:

Este conflito pode ser descrito de várias maneiras. O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel positivo na promoção do bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson defende uma política de autolimitação judicial. Um grupo está mais preocupado com o emprego do poder judicial para a sua própria concepção do bem social; o outro com expandir a gama de julgamento permitido para os legisladores, mesmo que isso signifique sustentar conclusões que eles condenam particularmente. Um grupo considera a Corte como um instrumento para alcançar os resultados sociais desejados; o segundo como um instrumento para permitir os outros ramos do governo a alcançar os resultados que o povo quer para melhor ou pior. Em síntese, a ala Black-Douglas parece estar mais preocupada com a resolução de casos específicos em conformidade com seus próprios preconceitos sociais; a ala Frankfurter-Jackson com a preservação do Judiciário em seu lugar estabelecido, mas limitado no sistema americano. (SCHLESINGER JR. apud KMIEC, 2004, p. 1446-1447, tradução nossa)².

Desde então, nos EUA, o termo passou a ser mais utilizado com uma perspectiva crítica ideológica de desaprovação às decisões que contrariam precedentes, ou seja, uma “atuação imprópria ou excessiva por parte da Suprema Corte, que se apropriaria da prerrogativa dos poderes democraticamente eleitos para estabelecer políticas públicas ou definir os rumos políticos do país” (CONTINENTINO, 2012, p. 128).

O tom de denúncia e reprovabilidade associado à expressão *ativismo judicial* tem se dirigido tradicionalmente, segundo Tavares e outros (2008), às cortes de viés político liberal, tal qual a Corte Warren³, nos EUA. Entretanto, Luis Roberto Barroso (2012) alerta que a origem do ativismo judicial na jurisprudência norte-americana nem sempre teve um caráter progressista⁴ e de conquista de direitos:

² “This conflict may be described in several ways. The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse. In brief, the Black-Douglas wing appears to be more concerned with settling particular cases in accordance with their own social preconceptions; the Frankfurter-Jackson wing with preserving the judiciary in its established but limited place in the American system.”

³ A Corte Warren foi presidida pelo Chief Justice Earl Warren entre 05/10/1953 a 23/06/1969. Para Warren, a Suprema Corte deveria ter um papel ativo, a fim de compensar as deficiências do processo político democrático. Uma das decisões mais importantes da Corte Warren foi em *Brown v. Board of Education*, em 1954, que declarou inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas no sul dos Estados Unidos, por considerá-la incompatível com o princípio da igualdade.

⁴ O ativismo judicial progressista na Suprema Corte norte-americana verifica-se a partir da década de 50, com a Corte Warren (1953-1969) e Burger (até 1973), com julgamentos envolvendo direitos fundamentais de negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), de acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e de

Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). (BARROSO, 2012, p. 26)⁵

O artigo de Schlesinger Jr. contribuiu bastante para os estudos acadêmicos e o debate popular sobre a matéria, estabelecendo as principais dicotomias entre o ativismo judicial e a autolimitação: juízes não eleitos versus leis aprovadas democraticamente; julgamento orientado pelos resultados versus decisões baseadas em princípios; uso restrito de precedente versus uso criativo de precedente; supremacia democrática versus direitos humanos; lei versus política⁶, entre outras (KMIEC, 2004). No entanto, Kmiec (2004) constata que desde aquele momento os sintomas do mal que afetam as discussões modernas sobre ativismo judicial já existiam, isto é, *a falta de definição precisa do termo*.

As pesquisas sobre o tema nos EUA analisam os respectivos presidentes da Suprema Corte, como Warren, Burger, Rehnquist, entre outros. Esse critério é utilizado, segundo Continentino (2012), porque o mandato do presidente é vitalício e porque as nomeações para a Corte são preponderantemente feitas com base na filiação ideológico-política dos juízes. De acordo com essa linha de pensamento, normalmente os presidentes democratas indicam juízes considerados progressistas ou liberais, enquanto os presidentes republicanos, normalmente, indicam os juízes conservadores.

O Prof. Elival da Silva Ramos (2008) também analisou esse ponto de vista e afirma que a discussão sobre ativismo judicial nos EUA tende a se deslocar para o plano da Filosofia política. Neste sentido, “a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário e sim a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano.” (RAMOS, 2008, p. 110).

Sunstein (2005a), no entanto, afirma que a oposição entre conservadores e liberais na discussão da interpretação constitucional, nos EUA, é inadequada, pois as diferentes abordagens, realizadas por diferentes juízes, vão bem além da ideologia.

mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). (BARROSO, 2012, p. 26).

⁵ Pelos exemplos citados é possível verificar que o fenômeno do ativismo judicial é bem mais antigo que a origem da expressão e sua discussão, pois as decisões consideradas ativistas por Barroso (2012) são de casos que datam de meados do século XIX e início do século XX.

⁶ “[...] unelected judges versus democratically enacted statutes; results-oriented judging versus principled decisionmaking; strict versus creative use of precedent; democratic supremacy versus human rights; law versus politics; and other equally fundamental dichotomies.”

Assim, conforme explica Continentino (2012), há estudiosos norte-americanos que tratam o *conceito* de ativismo judicial como uma medida descritiva ou normativa. Através do conceito com caráter normativo é avaliada a atuação da Corte como boa/correta ou ruim/excessiva. Por outro lado, na acepção descritiva verifica-se a atuação do Poder Judiciário a partir de determinados critérios como, por exemplo, o número de leis declaradas inconstitucionais ou o número de leis cuja constitucionalidade foi confirmada ou o número de votos de um juiz quanto à inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

Keenan Kmiec (2004) apresentou um estudo sobre a origem e os significados do *termo* ativismo judicial. Na primeira parte do trabalho o autor apresenta um histórico importante, analisando o primeiro trabalho publicado que mencionou o termo (revista norte-americana *Fortune*), bem como os dois primeiros artigos acadêmicos dedicados a ele, além das primeiras decisões judiciais que o invocaram. Segundo Kmiec (2004), desde o início não havia uma definição única e precisa sobre ativismo judicial. Na segunda parte do estudo, Kmiec passa a analisar os usos modernos do termo, examinando a sua variedade de significados e aplicações adquiridas ao longo do tempo.

Os dois primeiros artigos acadêmicos sobre ativismo judicial, segundo Kmiec (2004), foram de um Professor de Direito da Universidade de Toronto, Edward McWhinney. O primeiro trabalho, *The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making*, foi publicado em 1955, sendo considerado por Kmiec (2004) de conhecimento jurídico valioso, pois analisou os conceitos presentes na literatura, avançando na construção de argumento fundamentado contra uma abordagem ativista pelos juízes.

Naquela época McWhinney apresentou quatro objeções ao que ele considerava ativismo judicial. Primeiro ele afirmou que o controle de constitucionalidade nem sempre é uma forma muito eficiente de fazer política, pois os juízes, manifestamente, não estão mais bem equipados para traduzir os valores da comunidade sobre políticas constitucionais.

A segunda objeção de McWhinney se refere à limitação própria de um processo adversarial, ou seja, aquele que traz apenas o caso e a controvérsia. Uma decisão ampla, no sentido do ativismo judicial, que afetará muitas pessoas, não pode ser construída sem a compreensão total do problema social. Neste sentido McWhinney citou o juiz Frankfurter no voto discordante em *Sherrer v. Sherrer*, 334 U.S. 343 (1948):

Um tribunal está confinado dentro dos limites de um registro específico, e não pode nem mesmo dar forma ao registro. Apenas fragmentos de um problema social são vistos através das janelas estreitas de um litígio. Tivéssemos nós entendimento inato ou adquirido de um problema social em sua totalidade, não teríamos à nossa

disposição recursos adequados para solução construtiva. (KMIEC, 2004, p. 1453, tradução nossa)⁷.

A terceira objeção ao ativismo judicial, descrita por McWhinney, é a “limitação de prestígio”. Assim, o tribunal deve evitar tomar partido nos conflitos políticos da época, pois pode ser envolvido em controvérsia partidária indigna, o que pode minar sua própria legitimidade. Por último, o autor indica a objeção mais frequentemente citada, isto é, o ativismo judicial prejudica o princípio da regra da maioria, impondo a vontade de nove homens sobre os principais representantes do povo, os legisladores (KMIEC, 2004).

Em 1958 McWhinney revisou suas concepções e publicou o segundo artigo, *The Great Debate: Activism and Self-Restraint and Current Dilemmas in Judicial Policy-Making*. O estudo trouxe uma teoria mais sofisticada de ativismo judicial, sugerindo que noções amplas e abstratas de ativismo e restrição judicial são muito simplistas e praticamente inúteis (KMIEC, 2004). No entanto, ele não chega a oferecer uma definição precisa de ativismo judicial, mas sim uma técnica para identificar juízes ativistas sem empregar a dualidade ativismo e autolimitação judicial. Ainda assim, seu trabalho é considerado uma contribuição fundamental para os estudos que se seguiram sobre ativismo judicial.

Após ampla análise da origem histórica do termo ativismo judicial e seus primeiros usos na jurisprudência norte-americana, Keenan Kmiec (2004) identificou os seus cinco principais significados⁸: a) anulação de atos normativos cuja constitucionalidade é sustentável; b) desrespeito ao precedente (horizontal e vertical); c) criação judicial; d) desvio da metodologia interpretativa; e) julgamentos direcionados pelo resultado.

Kmiec (2004), no entanto, ressaltou que alguns estudiosos não encontram qualquer significado para o termo ativismo judicial, isto é, trata-se de um termo virtualmente vazio, sendo um rótulo que carrega um pouco mais que uma conotação pejorativa.

O Prof. William P. Marshall (2002) realizou estudo considerando uma abordagem não conceitual, mas sim, enumerando um conjunto de indicadores do ativismo judicial, num total de sete⁹:

⁷ “A court is confined within the bounds of a particular record, and it cannot even shape the record. Only fragments of a social problem are seen through the narrow windows of a litigation. Had we innate or acquired understanding of a social problem in its entirety, we would not have at our disposal adequate means for constructive solution.”

⁸ “This Part identifies five core meanings of “judicial activism”: (1) invalidation of the arguably constitutional actions of other branches, (2) failure to adhere to precedent, (3) judicial “legislation,” (4) departures from accepted interpretive methodology, and (5) result-oriented judging.” (KMIEC, 2004, p. 1.444)

⁹ “Rather than coming up with a single definition, I have attempted to identify the indices of judicial activism that are often noted in the literature. I have reached a total of seven”. (MARSHALL, 2002, p. 103).

- a) ativismo contramajoritário: trata-se da anulação de atos elaborados pelos Poderes Legislativo ou Executivo, que são compostos de representantes democraticamente eleitos. De acordo com Marshall (2002) é a forma mais frequente de ativismo judicial;
- b) ativismo não-originalista: os tribunais, ao decidir, deixam de aplicar a noção de originalismo, que está fundamentada em uma estrita fidelidade ao texto ou à intenção original dos autores da Constituição;
- c) ativismo precedencial: os tribunais, ao decidir, desrespeitam os precedentes judiciais.
- d) ativismo jurisdicional: os tribunais, ao decidir, ignoram os limites jurisdicionais, expandindo sua jurisdição. Assim, a Suprema Corte passa a julgar matérias que não são, ordinariamente, da sua competência, ou recusa deliberadamente o exercício de jurisdição devidamente concedida¹⁰;
- e) criatividade judicial: criação de novas teorias e direitos em doutrina constitucional. Marshall (2002) explica que uma decisão não pode ser considerada automaticamente errada porque se baseia em uma nova teoria ou cria nova doutrina. Um dos motivos é o surgimento de novos problemas que testam o alcance e aplicabilidade de doutrinas estabelecidas, como, por exemplo, avanços em tecnologia médica, que forçam os constitucionalistas a repensar princípios como privacidade, personalidade e autonomia;
- f) ativismo remedial ou corretivo: os tribunais usam do seu poder para impor obrigações afirmativas contínuas sobre os outros Poderes ou supervisão judicial das instituições governamentais, como parte de uma correção (remédio). Marshall (2002) destaca que os conservadores têm rejeitado esta forma de ativismo, observando, neste ponto, o modelo de restrição judicial;
- g) ativismo partidário: trata-se do uso do poder judicial para realizar objetivos claramente partidários. Na compreensão de Marshall (2002) esta é a forma mais grave de ativismo judicial.

Marshall (2002) ressalta que ao descrever os indicadores de ativismo judicial não está sugerindo que uma decisão ativista é errada ou que uma decisão que se funda em restrição

¹⁰ Como será visto adiante, no direito norte-americano a Suprema Corte dispõe de mecanismos processuais para recusar jurisdição, que são denominados doutrinas de *justiciabilidade*.

judicial é correta¹¹. Aliás, o professor da Universidade da Carolina do Norte defende que algumas decisões ativistas são justificadas e, por isso, defensáveis.

Neste sentido é possível constatar que o *termo* ativismo judicial nos EUA é considerado como um conjunto de visões referentes à natureza da interpretação constitucional e o papel institucional da Suprema Corte.

2.2 O ativismo judicial nos EUA

Sunstein (2003) explica que, de modo amplo, podem-se destacar dois contornos de ativismo judicial, isto é, quando o tribunal limita ou expande, injustificadamente, direitos constitucionais:

Algumas pessoas rotulam uma decisão como ativista quando pensam que o tribunal tenha se afastado da abordagem correta à Constituição. Nesta visão, a palavra “ativista” não é meramente uma descrição; é também e sempre um insulto. Quando as pessoas criticam um tribunal por limitar ou expandir injustificadamente direitos constitucionais, e chama a limitação ou expansão “ativista”, eles normalmente querem dizer que o tribunal está se afastando do entendimento correto da Constituição. Rotular uma decisão como ativista é dizer que ela está errada. (SUNSTEIN, 2003, tradução nossa)¹².

Do ponto de vista puramente descritivo, Sunstein (2005a) anota que uma decisão considerada ativista não está necessariamente errada. Por exemplo, um tribunal que decida não seguir seus próprios precedentes pode ser visto como ativista (ativismo precedencial, na perspectiva de Marshall). Entretanto, a rejeição do precedente pode se dar devido à constatação de equívoco na decisão anterior ou sua desatualização para o caso atual

¹¹ Michael C. Dorf também defende este ponto de vista: “Eu não afirmo que a passividade judicial é sempre uma virtude. Por exemplo, ao discutir a resolução da Corte nos casos de assédio sexual, argumento que a Corte necessitava de uma oportunidade para usar seu famoso púlpito para articular uma visão moral ampla. Um Bickeliano poderia razoavelmente desdenhar desta e de outras das minhas prescrições como indevidamente “ativista”, embora argumentasse que o termo não deva necessariamente carregar uma conotação pejorativa. (DORF, 1998, p. 13, tradução nossa). “I do not contend that judicial passivity is always a virtue. For example, in discussing the Court’s resolution of the sexual harassment cases, I argue that the Court missed an opportunity to use its bully pulpit to articulate a broad moral vision. A Bickelian could fairly disdain this and other of my prescriptions as unduly “activist”, although I would argue that the term should not necessarily carry a pejorative connotation.”

¹² “Some people label a decision “activist” when they think that the court has departed from the correct approach to the Constitution. On this view, the word “activist” isn’t merely a description; it is also and always an insult. When people criticize a court for unjustifiably contracting or expanding constitutional rights, and call the contraction or expansion “activist”, they usually mean that the court departing from the right understanding of the Constitution. To label a decision as activist is to say that it is wrong.”

(*overruling*)¹³. Neste sentido, Sunstein (2005a) entende que o tribunal ativista está inteiramente correto.

Um tribunal também pode ser classificado como ativista quando anula ações de outras áreas do governo (ativismo contramajoritário, na perspectiva de Marshall). Sunstein (2003) também acredita que o ativismo possa ser justificado neste caso: “Ninguém pensa que um tribunal deve apoiar todas as ações dos outros ramos, e assim um tribunal que é ativista, nesse sentido, pode ser algo para comemorar.” (SUNSTEIN, 2003, tradução nossa)¹⁴.

Diante da dificuldade de entendimento sobre o termo “ativista”, Sunstein (2003) sugere, a fim de reduzir riscos de equívoco e prevenir confusão, utilizá-lo na última forma acima indicada, ou seja, analisar como frequentemente um tribunal anula as ações de outras áreas do governo.

[...] eu sugiro que é útil medir o ativismo judicial no modo que acabamos de mencionar – para ver como frequentemente um tribunal anula as ações de outros setores do governo, especialmente as ações do Congresso. Tais decisões antecipam o processo democrático – elas tiram decisões das mãos dos eleitores. (SUNSTEIN, 2003, tradução nossa)¹⁵.

De acordo com este entendimento, Sunstein (2005a) afirma que a decisão em *Roe v. Wade* (410 U.S. 113, 1973)¹⁶ é ativista, pois ampliou o direito à privacidade ao incluir, para a mulher, o direito ao aborto. Já *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537, 1896)¹⁷, que manteve a segregação racial, não é.

¹³ O *overruling* é um ato da jurisdição superior (Suprema Corte), no sistema do common law, para privar de autoridade, definitiva e formalmente, um precedente. Aquele precedente judicial perde seu caráter vinculante pela substituição de um novo. Pode se dar pela superação de uma interpretação equivocada ou pelas novas circunstâncias históricas. *Brown v. Board of Education overruled Plessy v. Ferguson*.

¹⁴ “No one thinks that a court should uphold all actions of the other branches, and so a court that is activist, in this sense, might be something to celebrate.”

¹⁵ “[...] I suggest that it is helpful to measure judicial activism in the way just mentioned – by seeing how often a court strikes down the actions of other parts of government, especially the actions of Congress. Such decisions preempt the democratic process – they take decisions out of the hands of voters.”

¹⁶ No caso *Roe v. Wade*, a Suprema Corte, pela primeira vez, foi indagada se o aborto estava protegido pelo direito constitucional de privacidade. Norma L. McCorvey (“Jane Roe”) alegou ter sido estuprada. O conteúdo central de *Roe v. Wade* é que o aborto deve ser permitido à mulher, por qualquer razão, até o momento em que o feto ainda não seja “viável”, ou seja, torne-se potencialmente capaz de viver fora do útero materno, sem ajuda artificial. Conforme a decisão, de 1973, a viabilidade é alcançada entre 6 ou 7 meses (24 a 28 semanas) iniciais de gestação. De acordo com a decisão, a maioria das leis contra o aborto nos Estados Unidos violava o direito constitucional à privacidade, garantido sob o devido processo legal previsto na 14ª Emenda da Constituição. O caso é conhecido pelo seu elaborado sistema trimestral e pelo complexo corpo de regras e princípios contidos naquele sistema.

¹⁷ *Plessy v. Ferguson* envolvia uma lei da Louisiana, promulgada em 1890, que obrigava as empresas a fornecer “acomodações iguais, mas separadas, para brancos e negros”. Alegando ser sete oitavos caucasiano, Plessy opôs-se à lei munido de argumentos constitucionais: alegou que a disposição sobre instalações separadas lhe negava a “igual proteção das leis”. Na decisão, a Suprema Corte entendeu que a 14ª Emenda obrigava a igualdade tão somente para os direitos civis e políticos. Assim, não estava garantida a igualdade social, o que

Portanto, afirma Sunstein (2003), um tribunal que frequentemente anula leis é ativista, enquanto um tribunal que raramente o faz é contido. Tal abordagem, explica ainda o autor norte-americano, é simplesmente um modo de definir termos e deixar claro o que se está dizendo, não sugerindo que um tribunal ativista, assim definido, está sempre errado, ou que um tribunal restritivo, assim definido, está sempre correto. Portanto, para ele, esta é uma definição de valor neutro. Todavia, ressalta que existe uma desvantagem nesta metodologia, pois não há um critério para avaliar as decisões da Corte:

Suponha que o Congresso está aprovando leis manifestamente inconstitucionais – digamos, uma dúzia por ano – e que a Suprema Corte está invalidando cada uma delas. Este tribunal é ativista, mas suas decisões são inteiramente justificadas. Em *Brown v. Board*, o tribunal certamente foi ativista. Mas a maioria das pessoas acredita que ele também estava certo, no sentido de que a sua decisão foi baseada em uma compreensão adequada da Constituição. De fato, a nação alcançou agora um consenso bipartidário sobre a correção de Brown. (Eu não pretendo neste espaço oferecer um relato do que faz uma decisão correta, assim eu simplesmente observo o consenso aqui.) A Corte Rehnquist invalidou um número surpreendente de leis federais, mas talvez ao aprová-las o Congresso tenha repetidamente ignorado limitações constitucionais. Se assim for, as inúmeras invalidações devem ser comemoradas, não lamentadas. (SUNSTEIN, 2003, tradução nossa)¹⁸.

Sunstein (2003) se preocupa com a utilização da palavra “ativismo”, para evitar que se torne um termo inútil, usado para todos os fins. Assim, o autor mostra-se bastante atencioso com essa relação de correto e errado para o ativismo e a restrição judicial. Por isso, ele ainda reforça o entendimento considerando que tanto a conduta ativista quanto a restrição judicial podem ser injustificadas e ilegítimas.

O *ativismo judicial injustificado* mostra-se no tribunal que anula leis erroneamente. De igual modo, a *restrição injustificada* apresenta-se no tribunal que mantém leis inconstitucionais.

Já o *ativismo judicial ilegítimo* verifica-se quando o tribunal, frequentemente, não fundamenta suas decisões na Constituição; decide de acordo com suas próprias predileções políticas e, comumente, invalida decisões de outros Poderes. Neste sentido, a Suprema Corte dos EUA presidida por William H. Rehnquist, no período de 1986 a 2005, é considerada por

significava não poder exigir do Estado leis para abolir as distinções com base na cor ou forçar a igualdade social.

¹⁸ “Suppose that Congress is enacting patently unconstitutional laws – say, a dozen each year – and that the Supreme Court is invalidating every one of them. This court is activist, yet its decisions are entirely justified. In *Brown v. Board*, the court was certainly activist. But most people believe that it was also right, in the sense that its decision was based on a proper understanding of the Constitution. Indeed, the nation has now achieved a bipartisan consensus on the correctness of Brown. (I don’t intend in this space to offer an account of what makes a decision correct, so I simply note the consensus here.) The Rehnquist Court has invalidated an astonishing number of federal statutes, but perhaps in passing them Congress has repeatedly ignored constitutional limitations. If so, the numerous invalidations should be celebrated, not lamented.”

Sunstein (2003) um exemplo de ativismo judicial ilegítimo. O autor norte-americano também percebe o ativismo judicial ilegítimo nas Cortes Warren e na chamada Era Lochner.

Sunstein (2003) responde por que um tribunal pode seguir o ativismo judicial ilegítimo:

Parte da resposta reside no fato de que a Constituição é muitas vezes ambígua, e suas grandes expressões ("proteção igual", "devido processo legal", "liberdade de expressão") podem ser entendidas de muitas maneiras diferentes. Onde a Constituição é ambígua, as pessoas estão mais propensas a lê-la de uma forma que se encaixa com os seus próprios compromissos políticos. (SUNSTEIN, 2003, tradução nossa)¹⁹.

Sunstein (2003) explica, ainda, que esse ativismo impede os eleitores de aprovar as leis que eles escolhem, através de seus representantes eleitos, bem como de fazê-las sem uma base constitucional suficiente. Constata-se, assim, que essa forma de ativismo judicial fere frontalmente o processo democrático.

Por outro lado, o tribunal que, em numerosas ocasiões, mantém decisões dos outros Poderes, mesmo aquelas violadoras da Constituição, pratica *restrição ilegítima*. (SUNSTEIN, 2003).

O ativismo judicial normalmente está caracterizado em decisões com caráter liberal e de vanguarda, através de uma atuação progressista do Poder Judiciário a fim de anular leis, garantir direitos individuais, entre outros indicadores. Entretanto, existe, também, o *ativismo judicial conservador*, conforme ilustra o Professor Ramom Tácio de Oliveira:

Por outro lado, uma postura ativista para negar direitos também foi adotada pela Suprema Corte Americana. Com efeito, no caso Dred Scott v. Sandford ficou reconhecido que escravo não era sujeito de direito (LEAL, 2010). No período denominado *Lochner era* (1905 a 1937), a Suprema Corte, com orientação fortemente ativista, declarou inconstitucionais diversas leis estaduais que instituíam direitos trabalhistas. (OLIVEIRA, 2015, p.177).

Além da Corte Warren, famosa por seu ativismo progressista no período de 1953 a 1969, e da época conhecida como Lochner, o ativismo judicial também tem sido destacado na Suprema Corte atual, com início em muitas decisões do período em que William Rehnquist era seu Presidente (1986 a 2005), e na sequência, com o Presidente John G. Roberts Jr. Para o

¹⁹ "Part of the answer lies in the fact that the Constitution is often ambiguous, and its great phrases ("equal protection", "due process", "freedom of speech") can be understood in many different ways. Where the Constitution is ambiguous, people are most likely to read it in a way that fits with their own political commitments."

Professor Alan B. Morrison (2013) a Corte Rehnquist/Roberts merece o título de ativista conservadora.

O primeiro caso citado por Morrison (2013) como intervenção judicial conservadora da Corte Rehnquist se refere à decisão em *Bush v. Gore* (2000), que será analisada detalhadamente no capítulo 5 desta tese.

O ativismo judicial conservador da Corte Rehnquist também pode ser visualizado em mais dois casos descritos por Morrison (2013): *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995)²⁰ e *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000)²¹. Nesses julgamentos a Suprema Corte declarou inconstitucionais leis fundamentadas na Cláusula de Comércio (Commerce Clause), considerando que o Congresso havia excedido no seu poder. Deve-se lembrar, todavia, que desde 1938 a Corte aceitava a legislação federal com fundamento na Cláusula de Comércio, como apoio ao New Deal de Roosevelt.

Já na Corte Roberts, o Professor Alan Morrison (2013) considera conservadora, entre outras, a decisão sobre o Affordable Care Act (Obamacare), em *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566 (2012), que será analisada no capítulo 5. Sua posição refere-se ao entendimento dos juízes quanto à norma que previa a expansão na cobertura dos Estados para o programa de saúde Medicaid. Entendeu-se inconstitucional a norma, considerando a forma como o Congresso legislou, que condicionava à perda total dos fundos financeiros do Medicaid para os Estados, caso não aceitassem a alteração no programa.

Ainda na Corte Roberts, Morrison (2013) define como a decisão mais ativista, no sentido conservador, o caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). Trata-se do financiamento de campanha eleitoral por pessoas jurídicas sem fins lucrativos. A Corte entendeu que essas pessoas jurídicas têm direito, conforme a Primeira Emenda Constitucional, a financiar campanhas eleitorais. A decisão revogou uma lei federal que estava em vigor desde 1947 e que proibia pessoas jurídicas e sindicatos de utilizar seus recursos financeiros em campanhas eleitorais, bem como leis estaduais que se aplicavam a todos os tipos de eleições, inclusive de juízes para tribunais estaduais.

Em todos os casos citados, Morrison não analisou se o ativismo judicial conservador era apropriado ou não. Seguindo a noção de Sunstein (2003) sobre ativismo judicial, a análise

²⁰ Referente à lei federal que tornava crime o fato de ter uma arma em escola ou em suas proximidades.

²¹ Referente ao *Violence Against Women Act* (lei de violência contra a mulher). A Suprema Corte considerou que o Congresso não tinha autoridade para proibir atos de violência contra as mulheres.

é realizada considerando como a Corte vem atuando diante das declarações de inconstitucionalidade de leis, ou seja, o respeito ou não aos atos do Congresso.

Há que se falar, ainda, das versões de direita e de esquerda de ativismo judicial, que estão relacionadas ao ativismo partidário, indicado por Marshall (2002), conforme acima descrito. Assim, de acordo com a proposta de Sunstein (2003) e, segundo ele próprio, a Corte Warren (1953-1969) era altamente ativista em relação às leis e atos dos Estados e muito menos quanto ao Congresso. Já a Corte Rehnquist foi altamente ativista para ambos, tendo anulado pelo menos 26 atos do Congresso de 1995 a 2003, frequentemente adotando o viés político do Partido Republicano como fundamentação. Assim, conclui Sunstein (2003), a Corte Rehnquist foi engajada no ativismo judicial de direita.

É possível concluir, portanto, que nos EUA o termo ativismo judicial é mais recente do que a prática propriamente dita, ou seja, os conceitos possuem uma pré-história (CONTINENTINO, 2012, p. 127)²². Além disso, não existe uma definição precisa do que seja o fenômeno do ativismo judicial nos EUA.

No próximo tópico será analisado o ativismo judicial no Brasil, buscando compreendê-lo pela ótica dos juristas nacionais sob influência ou não do direito norte-americano.

2.3 O ativismo judicial no Brasil

Diante da diversidade de critérios de observação para conceituar o ativismo judicial, como visto no tópico anterior, Ramos (2008) também faz importante advertência sobre a análise crítica do fenômeno em destaque, considerando os diferentes sistemas jurídicos adotados nos EUA e no Brasil, isto é, o *common law* e o *civil law*, respectivamente. Alerta Ramos que “o fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário” (2008, p. 104). Essa preocupação foi igualmente exposta por Continentino (2012) ao questionar se o estudo do ativismo judicial no Brasil deve seguir a mesma metodologia dos estudos norte-americanos:

As diferenças procedimentais entre as formas de deliberar e decidir no Supremo Tribunal Federal e na Suprema Corte Americana, bem como a quantidade de processos julgados anualmente pelos magistrados, teriam alguma repercussão na configuração do ativismo judicial? (CONTINENTINO, 2012, p. 147).

²² Kmiec também corrobora este entendimento: “A ideia de ativismo judicial já existe há muito mais tempo que o termo. Antes do século XX, estudiosos do direito enquadravam mais o conceito de legislação judicial, isto é, juízes fazendo direito positivo.” (KMIEC, 2004, p. 1.444). “The idea of judicial activism has been around far longer than the term. Before the twentieth century, legal scholars squared off over the concept of judicial legislation, that is, judges making positive law.”

Assim, por opção metodológica, antes de explicar a compreensão do ativismo judicial pátrio é importante considerar o aspecto histórico e político do Poder Judiciário no Brasil.

Utilizando-se da abordagem comparativa é possível perceber que nos EUA encontram-se decisões consideradas ativistas desde o início do século XIX²³, o que não quer afirmar, como já explicado anteriormente, que se tratam de decisões erradas ou corretas, boas ou ruins. Além disso, é importante ressaltar o amadurecimento democrático daquele país desde sua Constituição, que data de 1787.

Por outro lado, o Brasil passou por intervalos e rupturas em sua democracia, tal como o Estado Novo (1937-1945) e a ditadura militar (1964-1985), considerado um verdadeiro Estado de Exceção (CONTINENTINO, 2012). Assim, o Poder Judiciário sofreu fortes pressões e ingerências políticas que reprimiram sua atuação institucional, deixando assim de exercer função garantística e promotora dos direitos fundamentais.

Percebe-se, portanto, que antes da promulgação da Constituição da República de 1988 o Judiciário tinha uma conduta considerada passivista, ou seja, uma interferência reduzida nas ações dos outros Poderes. De outro lado, após o fim do regime militar e a promulgação de uma Constituição democrática, o olhar para o Judiciário passa a ser outro. Os juízes não estão mais vinculados, ideologicamente, ao regime anterior²⁴. Trata-se de uma cultura constitucional aberta a novos padrões normativos.

Desta forma, o Judiciário “vai se consolidando como importante canal de articulação de conflitos políticos e sociais” (CONTINENTINO, 2012, p. 148), o que configura a judicialização:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (BARROSO, 2012, p. 24).

Verifica-se, assim, o fenômeno de expansão do Poder Judiciário em detrimento dos outros Poderes. Os tribunais passaram a se manifestar sobre temas que antes não eram de sua competência, expandindo sua influência em todos os domínios da vida, originando

²³ O caso *Marbury v. Madison* foi julgado em 1803 pela Suprema Corte dos EUA. É considerado um marco no direito constitucional, pois a partir dele que se instituiu o controle de constitucionalidade difuso e concreto (*judicial review* no direito norte-americano), reconhecendo que a Constituição é soberana e que os atos e leis que a contrariam são nulos. A decisão deste caso pode ser considerada ativista.

²⁴ “No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar”. (BARROSO, 2012, p. 24). Cabe destacar que na composição atual do STF o Ministro mais antigo é Celso de Mello (1989), seguido de Marco Aurélio (1990).

complementos para o termo judicialização, tais como judicialização da política, judicialização das relações sociais, judicialização da saúde, entre outros.

O fenômeno, ainda segundo Barroso (2012), possui causas múltiplas e não está restrita ao Judiciário nacional. Tais causas, no Brasil, estão assim sintetizadas: a) redemocratização do país; b) constitucionalização abrangente e c) sistema de constitucionalidade.

Para o Ministro Barroso, o principal motivo da judicialização no Brasil se encontra na redemocratização, que “fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira” (2012, p. 24), pois reavivou a cidadania, com maior nível de informação e de consciência de direitos à população, que passou a exigir os seus interesses judicialmente. O Ministério Público também passou por uma expansão institucional.

A segunda causa é a constitucionalização abrangente, ou seja, inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária passaram a integrar a Constituição de 1988, o que as transformam em pretensões jurídicas, podendo ser exigidas em processos judiciais, como ocorreu com o direito à saúde, que além de estar previsto como direito social dentro do título sobre direitos e garantias fundamentais, ainda foi privilegiado em seção própria, dentro do título da Ordem Social.

A terceira causa da judicialização está no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é híbrido, permitindo-se a forma difusa e concreta (modelo americano), bem como a forma concentrada e abstrata (modelo europeu). O rol de legitimados para as ações diretas de controle de constitucionalidade é amplo, admitindo, assim, que “quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.” (BARROSO, 2012, p. 25).

Outra causa da judicialização, agora apresentada por Jürgen Habermas (2001), é a circunstância fática da inoperância do Legislativo, que pode ser promovida até mesmo por uma inércia intencional. Habermas (2001) analisa a jurisprudência americana e alemã, apresentando sua crítica, devido à lesão ocasionada à divisão funcional dos Poderes. Para Habermas, a judicialização é uma anomalia, a qual denomina como uma espécie de *direito dos juízes*:

Aqui nos interessam as consequências que a materialização do direito traz para a divisão funcional de Poderes. Debateremos detalhadamente a crítica que atualmente é objeto o desenvolvimento do direito por parte dos juízes, desenvolvimento este que chega a converter-se em uma legislação implícita, colocando assim em risco a racionalidade da administração da justiça e sobrecarregando excessivamente a base

de legitimidade própria do poder judiciário. (HABERMAS, 2001, p. 517, tradução nossa)²⁵.

Habermas (2001) chama a atenção para os derradeiros papéis insculpidos na separação dos poderes, ou seja, enquanto ao Legislativo, no cumprimento e desenvolvimento de suas políticas, cabe interpretar, desenvolver, incrementar ou aumentar direitos, ao Poder Judiciário cabe mobilizar as normas que lhe são previamente fornecidas pelo direito e pela lei, com a finalidade última de tomar decisões coerentes ao caso concreto.

Habermas exerce uma crítica contumaz às situações em que o Poder Judiciário, bem como o Poder Executivo, exercem o múnus próprio do Legislativo ante a inércia do mesmo, eivado por uma atitude meramente contemplativa das exigências fáticas do mundo da vida: “O que torna irritante e novidoso na atual situação é a ampla propagação da acessibilidade na reflexão de argumentos normativos que, conforme o clássico esquema da separação dos poderes, estavam reservados ao legislador parlamentar e ao Poder Judiciário”. (HABERMAS, 2001, p. 524, tradução nossa)²⁶.

Essa omissão do Poder Legislativo é o núcleo da teoria do vácuo de poder, que Sérgio Rubens Birchall Becattini bem explica:

Essa teoria advoga que um vácuo de poder é criado pela inatividade de um órgão do Estado. Diante deste vácuo, que pode ameaçar a própria democracia, outros órgãos do Estado poderiam alargar suas competências para atender as demandas da população, carente de atuação do Estado. Segundo esta teoria, a inatividade de um poder imediatamente confere legitimidade à atuação do Poder Judiciário. (BECATTINI, 2012, p. 63).

Ainda de acordo com Becattini (2012), devido à massificação da sociedade, o crescimento econômico e o aumento das funções do Estado, os legisladores têm demonstrado o afastamento da vontade geral do povo, para privilegiar os interesses de grupos determinados, responsáveis pelo financiamento das campanhas eleitorais ou de grandes interesses econômicos. Nesse caso, segundo a teoria do vácuo de poder, a judicialização e, em alguns casos, o ativismo judicial, passa a ser justificado e legitimado, permitindo ao Judiciário

²⁵ “Aquí nos interesan las consecuencias que de la materialización del derecho se siguen para la división funcional de poderes. Hemos discutido ya en detalle la crítica de que hoy es objeto el desarrollo del derecho por parte de los jueces, desarrollo que llega a convertirse en una legislación implícita, poniendo así en peligro la racionalidad de la administración de justicia y sobrecargando en exceso la base de legitimidad con que cuenta el poder judicial”.

²⁶ “Lo irritante y nuevo en la situación actual es la ancha difusión del acceso reflexivo a razones normativas que, conforme al esquema clásico de la división de poderes, estaban reservadas al legislador parlamentario y a la administración de justicia”.

que assuma “o papel de autoridade realmente preocupada em concretizar os direitos fundamentais consagrados na Constituição.” (BECATTINI, 2012, p. 64).

O Prof. José Adércio Leite Sampaio também explica a teoria do vácuo do poder como forma de legitimar o ativismo judicial:

O ativismo judicial se impõe assim como uma compensação a essa falta de racionalidade da práxis política, como uma forma de atenuar o hiato existente entre o ideal político e a realidade constitucional, ou para preencher o “vácuo [deixado] pela renúncia do legislador [...] do seu papel político próprio”. A Corte Constitucional é vista, sob esse ângulo, como “representante do povo ausente” ou como reserva do autogoverno, conferindo legitimidade ao sistema constitucional como um todo e à própria atividade governamental em particular. (SAMPAIO, 2002, p. 65).

Para Habermas, cuida-se, sem dúvida, de uma irritante renúncia do Poder Legislativo que, por meio de atitudes passivas, meramente contemplativas da faticidade social, invocam a necessidade de outro Poder manifestar-se normativamente para a resolução de casos concretos, até mesmo em simples casos,

Nos mais simples casos, a incontrolada transferência de competências legislativas para tribunais e administrações vem fomentada pela atitude oportunista de ‘esperar e ver’ do Legislativo que renuncia a fazer uso de suas competências e a regulamentar matérias que devido à sua própria natureza exigem leis específicas. (HABERMAS, 2001, p. 525, tradução nossa)²⁷.

Desta forma, Habermas reconhece, por vezes, a incontestável necessidade do Judiciário de tomar decisões, em que pese todas as cautelas necessárias, numa zona que a denomina de cinzenta entre a produção legislativa propriamente dita e a aplicabilidade do direito e dos discursos jurídicos que devem se complementar de maneira clara, inequívoca, por elementos tomados dos discursos de fundamentação.

A partir da judicialização é necessário diferenciar o ativismo judicial. Os dois fenômenos estão muito próximos, mas não têm as mesmas origens.

De acordo com o Ministro Luis Roberto Barroso, o ativismo judicial (2012, p. 25) “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”

O Prof. Elival da Silva Ramos (2013) também contribui com entendimento que relaciona a conduta do juiz à ultrapassagem das linhas demarcatórias de sua função:

²⁷ “En los casos simples el desplazamiento incontrolado de competencias legislativas hacia los tribunales y las Administraciones viene fomentado por la oportunista actitud de ‘esperar y ver’ de un legislador que renuncia a hacer uso de sus competencias y a regular materias que por su propia naturaleza exigen leyes”.

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2013, p. 308).

Em geral “[a] ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (BARROSO, 2012, p. 25-26)²⁸. Diante desse contexto, o ativismo judicial pode se apresentar quando os Poderes Legislativo e Executivo estão retraídos ou são falhos²⁹, impedindo o atendimento efetivo de demandas sociais.

Enquanto os autores supracitados trabalham com uma única definição de ativismo judicial, o Prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz e a Mestre Thereza Cristina Bohlen Bitencourt Marcondes (2015) trazem interessante análise sobre a sua compreensão com supostos na reviravolta linguístico-pragmática. Destacam, assim, três visões de ativismo judicial: de feição Positivista; na era do Constitucionalismo da efetividade e na perspectiva contemporânea. Para esses autores, a análise de qualquer decisão judicial somente é possível após identificar a visão de ativismo judicial que se está articulando.

O ativismo judicial de feição Positivista, segundo Cruz e Marcondes (2015), está fundamentado no princípio da separação de Poderes, fixado pelo pensamento do Liberalismo. Assim, qualquer excesso do Judiciário era recriminado pela doutrina Positivista como ativismo, ameaçando a segurança jurídica. Ainda segundo os autores, esta visão deu azo à construção de doutrinas de judicial *self-restraint* (restrição judiciária), que condenavam qualquer decisão que fugisse do modelo exegético-dogmático.

De acordo com Cruz e Marcondes (2015), o constitucionalismo da efetividade surge nos anos 1970 e início da década de 1980, com a proposta de mudança na postura do juiz, de forma a ampliar suas atividades judicantes. “Desse modo, o ativismo judicial se transformou numa boa opção, pois representava a busca de um Judiciário atuante e engajado.” (CRUZ;

²⁸ A noção de ativismo judicial trazida pelo Ministro do STF está restrita ao ativismo judicial progressista, tal qual o exercido pela Corte Warren, no sentido de compensar as deficiências do processo político democrático. Portanto, a ideia do ativismo conservador no direito brasileiro foi excluída nesta concepção, o que é compreensível consoante o contexto histórico e político do Brasil, conforme explicado anteriormente, e as causas da judicialização apontadas por Barroso (2012).

²⁹ “A demonização da política foi o primeiro passo para a legitimação do ativismo judiciário. A apropriação do senso comum de que o político eleito é corrupto, até que se prove o contrário; de que os partidos são por princípio venais; e de que a política sempre encerra interesses inconfessáveis, tem legitimado a atuação legislativa do STF.” (OLIVEIRA, 2008, p. 5449-5450).

MARCONDES, 2015, p. 170). O juiz positivista indiferente cede espaço ao juiz progressista e comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais.

A doutrina constitucional brasileira, mais amadurecida, realizou uma profunda revisão do constitucionalismo da efetividade, a fim de dar uma visão contemporânea ao ativismo judicial (CRUZ; MARCONDES, 2015). Assim, após os abusos praticados pelo Judiciário e os riscos à democracia com o constitucionalismo da efetividade, o Judiciário passa a ser pautado por uma atitude responsável e transparente, que leva os direitos a sério (CRUZ; MARCONDES, 2015). Desta forma, o ativismo judicial se configura, para Cruz e Marcondes (2015), pelo abuso do jogo de linguagem do Direito. Portanto, se a interpretação do juiz se conforma com o jogo da linguagem jurídica, como a noção de homem e mulher no julgamento da ADPF n. 132, que reconheceu a união estável homoafetiva, não há ativismo judicial:

Acreditamos que o STF levou o direito a sério, trabalhando dentro da potencialidade da linguagem aos elementos do direito, não inovando o texto constitucional. [...] Isso porque sabemos que o Constitucionalismo Contemporâneo se firmou na defesa intransigente das minorias, do pluralismo jurídico, e da tolerância com visões diversas do que se entende por “vida boa”. (CRUZ; MARCONDES, 2015, p. 190).

Em que pese a profunda contribuição do trabalho de Cruz e Marcondes, nesta tese considera-se ativismo judicial o exercício da função jurisdicional para além das balizas impostas pelo próprio ordenamento jurídico (RAMOS, 2013).

Assim, é importante apresentar os fatores de impulsão ao ativismo judicial no Brasil, conforme sintetizados por Ramos (2013), ressaltando que não há uma ordem de prioridade nesta sequência:

- a) a ineficiência dos Poderes representativos em adotar as providências normativas adequadas à concretização do projeto social-democrático previsto na Constituição de 1988 é considerada por Ramos (2013) uma das principais causas do ativismo judiciário;
- b) o modelo de Estado intervencionista também é um fator importante. O Estado democrático-social de perfil intervencionista, prestigiado na Constituição de 1988, é atuante, provendo tudo (saúde, educação, previdência, segurança, etc.) e intervindo em tudo, o que se verifica, principalmente, através das funções de governo, legislativa e administrativa. Assim, pressionado pela sociedade para acelerar a consecução dos fins traçados na Constituição, inclusive “a imediata fruição de direitos sociais ou a

extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras” (RAMOS, 2013, p. 271), o Judiciário releva os limites impostos à sua atuação, e tenta concretizar o programa delineado constitucionalmente;

- c) a intensificação do controle abstrato de normas induz ao incremento do ativismo pela maior proximidade da fiscalização de constitucionalidade, assim efetuada, do exercício da função legislativa;
- d) o neoconstitucionalismo³⁰, disseminado na doutrina brasileira, impulsiona o ativismo judicial, uma vez que contempla manifestações de um difuso moralismo jurídico, que tem como característica a principiologização do direito, o que permite o subjetivismo de decisões judiciais. Os juízes valem-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e, “potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores.” (RAMOS, 2013, p. 285); e
- e) a assunção da atividade normativa atípica pelo Supremo Tribunal Federal (STF) é fator de estímulo ao ativismo judicial, como é o caso da edição de súmulas vinculantes, conforme o art. 103-A da Constituição, que é de observância obrigatória por todos os órgãos do Poder Judiciário e pelas entidades e órgãos da Administração pública de todos os níveis federativos ou, ainda, a nova configuração emprestada pelo STF ao mandado de injunção, ao apreciar a questão do direito de greve dos servidores públicos³¹, que, ao acolhê-lo, procederá, subsidiária e provisoriamente, à regulamentação do modo do exercício do direito protegido, com eficácia *erga omnes* e sem vinculação ao caso concreto (RAMOS, 2013).

Segundo o Ministro Barroso, a postura ativista se manifesta através de diferentes condutas, que podem incluir a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário³²; a

³⁰ O neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, consiste em um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, a partir da formação do Estado de direito ao longo das décadas finais do século XX, que enfatiza a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, valorizando, exageradamente, os princípios constitucionais. Assim, conforme conclui Dimitri Dimoulis, ao afirmar que, “na prática, a rejeição ao positivismo jurídico oferece uma espécie de carta de alforria ao intérprete para que ele atribua às normas jurídicas o sentido que considere mais adequado”. (RAMOS, 2013, p. 286).

³¹ Mandados de Injunção n. 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA, julgados em 25/10/2007, sob relatoria do Ministro Eros Grau.

³² Trata-se da criação ou criatividade judicial citada por Kmiec (2004) e Marshall (2002). É possível citar como exemplo a decisão do STF na ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DF, que pediam o reconhecimento da união

declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição³³; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas³⁴ (BARROSO, 2012).

Percebe-se que as condutas ativistas no direito brasileiro, conforme indicadas por Barroso (2012), são inferiores àquelas apontadas pelos professores norte-americanos, Kmiec (2004) e Marshall (2002). O Prof. Elival da Silva Ramos explica que é compreensível uma conceituação ampla de ativismo judicial nos sistemas de *common law*,

[...] que abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações (raras, na perspectiva jurisprudencial da família anglo-saxônica) em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional. (RAMOS, 2008, p. 110).

O Prof. Anderson Vichinkeski Teixeira (2012) classifica as condutas ativistas em positivas e nocivas. Assim, o ativismo judicial *positivo* consiste em assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição, fundamentando suas decisões, mormente, em princípios³⁵. O ativismo judicial *nocivo* busca, sobretudo, fazer preponderar um padrão de racionalidade eminentemente político³⁶.

A caracterização da decisão marcada pelo ativismo judicial *positivo*, de acordo com o entendimento de Teixeira (2012), pode ser assim estabelecida:

entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O pedido foi julgado procedente determinando a interpretação do art. 1.723 do Código Civil conforme à Constituição. Todavia, a própria Constituição, no § 3º do art. 226, reconhece apenas a união estável formada por pessoas de sexos opostos.

³³ Marshall (2002) compreende esta conduta como ativismo contramajoritário, que para ele é a forma mais frequente de ativismo judicial. Kmiec (2004) também identifica esta forma de ativismo judicial.

³⁴ Nos significados de Kmiec (2004) parece que esta conduta está no ativismo direcionado pelo resultado. No estudo de Marshall trata-se do ativismo remedial ou corretivo, podendo, ainda, estar inserido no ativismo jurisdicional.

³⁵ Anderson Vichinkeski Teixeira explica que diversas técnicas hermenêuticas surgiram subsidiariamente à subsunção. Assim, na segunda metade do século XX surge uma nova ideia de racionalidade jurídica, que pressupõe a norma jurídica como gênero, do qual são espécies a regra e o princípio. As características dos princípios (abstração e generalidade) “permitem que o julgador possa decidir tão somente com base em princípios e, até mesmo, *contra legem*, mas desde que esteja sustentado em uma fundamentação principiológica apta a desconstituir a validade, legitimidade ou necessidade premente de aplicação de determinada norma-regra, sobretudo em condições de deslegitimar a fundamentação principiológica desta.” (TEIXEIRA, 2012, p. 45).

³⁶ Segundo Teixeira (2012), do ponto de vista estrutural, a **racionalidade jurídica** possui um quadro normativo determinado, dentro do qual está orientada à realização dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico. Já a **racionalidade política** se encontra em diversos setores da sociedade que possuem bens próprios, frequentemente conflitantes com os bens de outros setores concorrentes, e dependem da escolha política para fazer valer seus interesses. A decisão política não considera tão somente o bem-em-si e a sua necessidade de tutela, mas avalia os seus impactos sociais, interessados na sua proteção ou garantia, e a vinculação desse bem ao setor da sociedade que dá legitimidade a quem tem o poder de decidir.

1. Decisão que busque primordialmente assegurar direitos fundamentais;
2. Decisão orientada à garantia da supremacia da Constituição;
3. Decisão fundamentada substancialmente em princípios jurídicos, sobretudo em princípios constitucionais;
4. Decisão sustentada por técnicas hermenêuticas que não extrapolem a *mens legis* e não derroguem a *mens legislatoris* do ato normativo em questão. (TEIXEIRA, 2012, p. 52).

Quanto às quatro espécies de ativismo judicial *nocivo*, citadas por Teixeira (2012), que lesam o equilíbrio da ordem constitucional e da estabilidade interinstitucional, é possível realizar um paralelo com a metodologia dos norte-americanos Kmiec e Marshall:

- a) *atuação como legislador positivo*: decorre de comportamento do Judiciário que tem por fim extrapolar sua condição de imparcialidade e produzir construções normativas incompatíveis até mesmo com o que as modernas técnicas hermenêuticas oferecem em termos de preenchimento de lacunas jurídicas e de resolução de conflitos entre normas. De acordo com Teixeira (2012) é a forma mais flagrante de ativismo judicial nocivo;³⁷
- b) *ofensa ao princípio da separação dos Poderes*: o Judiciário ultrapassa suas prerrogativas funcionais e toma para si competências que são atinentes a outros Poderes;³⁸
- c) *desconsideração por precedentes jurisprudenciais*: ocorre quando o tribunal desrespeita precedentes, tanto vertical (outros tribunais inferiores ou superiores) quanto horizontalmente (do mesmo tribunal), e a decisão desconsidera ou colide com entendimentos consolidados em jurisprudência firmada sobre matéria análoga ou idêntica, sem que, para tanto, tenha ocorrido alguma circunstância nova a ensejar mudança de orientação jurisprudencial;³⁹
- d) *decisões judiciais viciadas por decisionismo político*: na opinião de Teixeira (2012) essa é a modalidade mais nociva de ativismo judicial, pois antes mesmo de se conhecer os pormenores do caso concreto, parte-se de predeterminações e predefinições que fogem dos limites da causa e buscam a satisfação de orientações morais, ideológicas ou políticas que o julgador possui. Neste sentido, o magistrado

³⁷ Esta espécie de ativismo judicial corresponde ao que Kmiec (2004) compreende como criação judicial. Para Marshall (2002) corresponde ao indicador de criatividade judicial.

³⁸ Marshall (2002) entende que este é o indicador do ativismo jurisdicional, podendo, ainda, ser compreendido no indicador de ativismo remedial ou corretivo. Kmiec (2004), por sua vez, não tem um significado específico de ativismo judicial para a espécie indicada por Teixeira. Parece que tal espécie estaria inserida no significado apontado por Kmiec como anulação de atos normativos cuja constitucionalidade é sustentável, considerando o respeito ao princípio da separação de Poderes.

³⁹ Kmiec (2004) e Marshall (2002) reconhecem esta forma de ativismo precedencial.

busca encontrar qualquer fundamento legal ou jurisprudencial apenas para justificar a adoção de uma decisão já predefinida ideologicamente (TEIXEIRA, 2012, p. 51).⁴⁰

Com efeito, Teixeira (2012) considera que o ativismo judicial, nocivo ou não, representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos. Portanto, trata-se de uma patologia constitucional.

Percebe-se que os fatores que levam ao ativismo judicial nos EUA e no Brasil não são os mesmos. Nos EUA, conforme Marshall (2002), o ativismo judicial mais frequente é o contramajoritário, que deve-se, certamente, ao sistema federativo adotado naquele país, com ampla competência legislativa dos Estados. Assim, muitos atos legislativos são questionados judicialmente e podem ser anulados se não estiverem de acordo com a Constituição. Há, ainda, o ativismo precedencial, que é típico do sistema de *common law*, não se aplicando ao direito brasileiro, bem como o ativismo não-originalista.

As condutas ativistas mais frequentes pelo Poder Judiciário brasileiro são, considerando a definição de Marshall (2002), a criatividade judicial, ativismo jurisdicional e ativismo remedial ou corretivo. Além disso, o fator preponderante para o ativismo judicial brasileiro é a concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes, a fim de assegurar direitos fundamentais e garantir a supremacia da Constituição. Busca-se, com tais condutas, impedir um retrocesso ao passado histórico de restrições de direito.

É importante destacar neste estudo comparativo entre os sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro, em que foram ressaltadas as diferenças, a tendência, cada vez maior, de aproximação do Brasil aos EUA. Essa aproximação se verifica quanto ao princípio do *stare decisis*⁴¹, que visa à uniformização da jurisprudência no controle de constitucionalidade, bem como a um mecanismo de controle para recursos extraordinários dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, tal qual o *writ of certiorari*⁴² para a Suprema Corte dos EUA.

⁴⁰ No estudo de Marshall (2002) esta espécie de ativismo estaria inserida no ativismo partidário. Kmiec (2004) reconhece expressamente esta forma como um dos cinco significados de ativismo judicial, que é o julgamento direcionado pelo resultado.

⁴¹ O princípio do *stare decisis* significa a doutrina do precedente, vigente no sistema norte-americano, sob a qual tribunais e juízes estão vinculados às decisões anteriores quando casos semelhantes se encontram em julgamento. Todas as decisões da Suprema Corte dos EUA têm força de precedente obrigatório.

⁴² Conforme Daniela de Angelis (2012), no *writ of certiorari* “as partes requerem à Suprema Corte que aprecie e julgue o mérito da ação, anteriormente analisada pelas instâncias inferiores. Para tanto, devem as partes comprovar o preenchimento de três requisitos: existência de prejuízo concreto (*standing*), existência de dano real e não apenas em tese (*ripeness*), demonstrar que a causa não perderá o objeto pelo transcurso do tempo (*mootness*). Ocorre que, ainda que presentes esses requisitos, a Corte não está obrigada a conhecer do recurso

A partir da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, conhecida como reforma do Judiciário, sobressaem duas inovações: a súmula vinculante e o requisito da repercussão geral.

A EC inseriu o art. 103-A e alterou o art. 102, § 2º da Constituição Federal, introduzindo a *súmula vinculante* e, por consequência, um sistema de precedente obrigatório. Assim, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o STF pode, de ofício ou por provocação, aprovar súmula com efeito vinculante. Além disso, as decisões do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade passaram a ter eficácia vinculante sobre todos os demais tribunais e a Administração Pública (§ 2º do art. 102, CF).

O *requisito da repercussão geral* das questões constitucionais para admissão de recurso extraordinário está previsto no art. 102, § 3º, da Constituição Federal, que funciona como filtro para apreciação pelo STF. Desta forma, a competência do STF ficou limitada às questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, conforme a Lei n. 11.418/06, que regulamentou o requisito da repercussão geral no Código de Processo Civil.

Esses dois novos mecanismos buscam maior eficiência dos tribunais, evitando recursos meramente protelatórios, congestionamento dos tribunais e, por consequência, a celeridade na solução das demandas.

A criação da súmula vinculante⁴³ foi diretamente relacionada ao grande número de ações em trâmite no país, bem como a expressiva quantidade de demandas múltiplas, isto é, que envolvem a mesma matéria, tais como planos econômicos e cobrança de tributos, acarretando os processos de massa. Como visto anteriormente, esse excesso de demanda tem a ver com a judicialização no Brasil, pois a sociedade, com maior nível de informação e consciente de seus direitos, passou a demandar mais do Judiciário.

Diante dos processos de massa, os juristas e magistrados, há muito tempo, se preocupam com a inserção de instrumentos para aprimorar uma jurisdição constitucional de massa, conforme destaca Baracho Júnior:

Podemos dizer, utilizando expressões empregadas pelos ex-ministros do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence, que este modelo tem em vista uma jurisdição de massas, que promove um distanciamento consciente das particularizações características de garantias como a do juízo natural e do contraditório, de modo a atender uma comunidade de titulares de direitos complexa,

apresentado, podendo decidir de forma discricionária não apreciar o *writ*. Composta por nove membros (*judges*), o *writ* somente será apreciado caso quatro ou mais juízes assim decidam.” (ANGELIS, 2012, p. 120).

⁴³ Foram aprovadas 53 Súmulas Vinculantes pelo STF, desde 30/05/2007, quando foi aprovada a Súmula Vinculante n. 1.

que deixou de ser composta apenas por homens brancos, proprietários e capazes para integrar negros, mulheres, crianças, índios, idosos, dentre outros. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 287).

O Ministro Sepúlveda Pertence também chamou a atenção para esse tema no Recurso Extraordinário n. 191.896-9/PR, julgado em 27/05/1997, quando cita a carência do dogma do *stare decisis* no Brasil e os riscos e inconvenientes da declaração incidental de inconstitucionalidade com eficácia teoricamente restrita ao caso concreto e às partes do litígio (BRASIL, 1997). Adotou-se no Brasil o sistema de controle de constitucionalidade difuso, importado do sistema norte-americano, mas com efeito relativo às partes, deixando ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, a fim de conferir-lhe efeitos erga omnes (art. 52, X, CF). Verifica-se, então, o inconveniente citado pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

Certo, assim, que, quando exarada incidentemente, para resolver questão prejudicial do caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade – malgrado emanada do próprio Supremo Tribunal que, mediante ação direta, poderia proferi-la com eficácia **erga omnes** –, é de eficácia relativa. (BRASIL, 1997, grifo nosso).

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 191.896-9/PR, a 1ª Turma do STF reforçou⁴⁴ o entendimento da inaplicabilidade da reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição, para os demais tribunais, quando a inconstitucionalidade da norma já houvesse sido declarada incidentalmente pelo STF⁴⁵. Entendeu-se, portanto, que a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF, em controle difuso, vinculava os tribunais inferiores, prescindindo da suspensão pelo Senado Federal, vez que o ato normativo já se tornara inválido.

Sobre essa orientação, assim se manifestou o Ministro Gilmar Mendes:

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do

⁴⁴ Esse entendimento já estava sendo adotado desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 190.728-2/SC.

⁴⁵ “EMENTA: Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (Const., art. 97): inaplicabilidade, em outros tribunais, quando já declarada pelo Supremo Tribunal, ainda que incidentemente, a inconstitucionalidade da norma questionada: precedentes.

1. A reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se na presunção de constitucionalidade que os protege, somado a razões de segurança jurídica.

2. A decisão plenária do Supremo Tribunal, declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos erga omnes, elide a presunção de sua constitucionalidade: a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário.” (BRASIL, 1997).

Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*. (BRASIL, 2014).

O tema voltou ao STF através da Reclamação n. 4.335-5/AC (BRASIL, 2014), que por maioria decidiu pelo caráter expansivo da decisão que declara inconstitucional ato normativo em controle difuso⁴⁶. A Reclamação foi interposta pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em virtude do indeferimento do pedido de progressão de regime a alguns apenados, pelo juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, sob a alegação de que a decisão do STF, que declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90 (Crimes Hediondos), produzia efeitos inter partes, por ter sido proferida incidentalmente no Habeas Corpus n. 82.959, julgado em 23/02/2006⁴⁷.

Na Reclamação n. 4.335-5/AC, o relator, Min. Gilmar Mendes, sustenta o entendimento de que a suspensão de execução da lei pelo Senado atualmente revela-se inútil, citando vários casos em que a Corte, ao prolatar a decisão, já lhe estava atribuindo efeito erga omnes (BRASIL, 2014). Daí notar-se o avanço da jurisprudência brasileira no sentido de aproximar o controle de constitucionalidade ao *stare decisis* do sistema norte-americano.

De acordo com Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira e Nuno Garoupa, as implicações jurídicas dos dois mecanismos introduzidos pela EC n. 45/2004 – súmula vinculante e requisito da repercussão geral – “podem ser extremamente significantes em um sistema judiciário congestionado e onde o ativismo de cortes inferiores tem sido problemático em termos de segurança jurídica e efetiva aplicação do direito.” (DE SANTA CRUZ OLIVEIRA; GAROUPA, 2013, p. 123).

Por outro lado, não se pode esquecer, especialmente no caso da súmula vinculante, que se trata de um mandamento em abstrato, por isso, potencialmente aplicável a um conjunto maior de situações, seja em tribunais inferiores ou nos órgãos da Administração Pública de todas as esferas. Diferentemente da doutrina do *stare decisis*, que pressupõe um conjunto de

⁴⁶ “Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.” (BRASIL, 2014).

⁴⁷ O tema foi disposto na Súmula Vinculante n. 26, aprovada em 16/12/2009 pelo Plenário do STF. “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

fatos e circunstâncias similares para ensejar a aplicação do precedente obrigatório (DE SANTA CRUZ OLIVEIRA; GAROUPA, 2013, p. 130).

A ideia de parcimônia da Corte no emprego do controle de constitucionalidade também é defendida por Sunstein, conforme explica o Prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004), pois suas decisões, na prática, acabam por provocar uma legislação *sui generis*. Desta forma, Sunstein ainda postula uma conduta cooperativa entre a Suprema Corte e os demais órgãos do Judiciário, para fins de amadurecimento da questão constitucional nas instâncias inferiores. Assim, as decisões da Corte serão efetivamente respeitadas (CRUZ, 2004).

Cruz (2004) afirma que Dworkin, diferente da postura minimalista de Sunstein, chega à mesma conclusão, mas por vias diversas. “Dworkin (1999), ao contrário, sustenta a ideia de que a Jurisdição Constitucional, deve funcionar como um todo, incluindo a Suprema Corte junto de todos os tribunais, de modo que a integridade seja elemento decisional trabalhado por todo o Poder Judiciário.” (CRUZ, 2004, p. 339). Assim, para Dworkin, deve haver uma interação de mão dupla entre a Suprema Corte e os tribunais inferiores, e não a obrigação dos juízes acatarem os precedentes, mesmo quando discordarem deles.

Cruz (2004) conclui que suas inferências de jurisdição constitucional, apoiadas na teoria discursiva de Habermas, coincidem com as ideias de Sunstein e Dworkin, ainda que por caminhos diversos:

Curiosamente, as conclusões de Sunstein (1995) e de Dworkin (1999) coincidem, por vias diversas, com as ilações deste trabalho suportado pela teoria discursiva de Habermas (1997), como a de que um diálogo entre as Cortes Constitucionais e os Supremos Tribunais com a Jurisdição Constitucional Ordinária confere benefícios à legitimidade num Estado Democrático de Direito. (CRUZ, 2004, p. 341-342).

Percebe-se, então, que existe um temor, tanto no sistema norte-americano quanto no brasileiro, no que tange à vinculação de decisões judiciais. Especificamente no Brasil, a definição da súmula vinculante como mandamento abstrato aproxima o STF do Poder Legislativo, o que pode, em determinados casos, consistir em fator de estímulo ao ativismo judicial, como já alertou Ramos (2013).

Conforme destacado por Teixeira (2012), o ativismo judicial tem uma face positiva, pois o Judiciário passa a atender as demandas da sociedade que o Legislativo ou Executivo tem se omitido. Por outro lado, também possui uma face negativa ou nociva, pois a democracia concreta somente é possível com atividade política intensa e saudável⁴⁸, portanto,

⁴⁸ O Professor norte-americano Cass Sunstein defende o minimalismo judicial como promotor da democracia deliberativa. Desta forma, será analisado adiante como o ativismo judicial prejudica o processo democrático.

com os Poderes Legislativo e Executivo atuantes e investidos de credibilidade (BARROSO, 2012).

Assim, conclui Ramos (2008), que também não há, no Brasil, necessariamente que tratar o ativismo judicial apenas no sentido pejorativo, como uma conduta incorreta e inadequada⁴⁹, pois pode ser uma conduta cabível, a fim de proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas⁵⁰.

Cabe analisar, entretanto, se e quando este posicionamento ativo do Judiciário realmente é necessário no atual contexto histórico e político, e quando é melhor restringi-lo a fim de efetivamente garantir a democracia em uma sociedade plural como a brasileira, através dos representantes eleitos pelo povo. Tais reflexões serão realizadas nos capítulos 5 e 6 desta tese.

⁴⁹ Esta também é a conclusão de Continentino (2012, p. 137): “[...] o conceito não remete necessariamente a uma atuação errada ou indevida da Suprema Corte, já que, não raro, discute-se a melhor forma de interpretação das normas, o que – a depender das técnicas hermenêuticas adotadas – gerará resultados contraditórios”.

⁵⁰ Pode-se, novamente, citar a decisão do STF sobre o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, não abrangida expressamente pela Constituição de 1988. O Poder Legislativo manteve-se inerte diante das novas exigências sociais.

3 OS RECORTES TEÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL

Após analisar as noções de ativismo judicial, no Brasil e nos EUA, entende-se importante traçar paralelos entre os diferentes modelos de teorias de aplicação do direito, a fim de continuar a reflexão proposta. As teorias ora estudadas são analisadas em matéria de interpretação constitucional quando se está diante de normas abstratas da Constituição, tal como a liberdade de expressão ou a proteção da igualdade.

3.1 Passivismo ou autocontenção judicial

A primeira noção é sobre passivismo ou autocontenção judicial (*judicial self-restraint*), que é o oposto do ativismo judicial. Trata-se da conduta pela qual o Judiciário busca reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Barroso (2012) sintetiza a conduta dos juízes e tribunais passivistas:

a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. (BARROSO, 2012, p. 26).

Pela autocontenção o juiz deve se limitar a avaliar a constitucionalidade de uma lei através de critérios objetivos, a fim de defender a democracia, pois a lei foi a escolha da maioria dos cidadãos da sociedade, por via dos seus representantes eleitos.

Ramos (2013, p. 129), por seu turno, relaciona o passivismo judiciário ao “positivismo liberal e sua atrofiada teorização hermenêutica”, que defende a superioridade absoluta do texto normativo sobre a atividade do intérprete-aplicador, a qual fica reduzida à mera constatação e aplicação mecânica dos enunciados normativos.

Nos EUA o passivismo judicial possui raízes no **interpretativismo**, nas suas duas variantes, o textualismo e o originalismo (RAMOS, 2013). Ambas são teorias interpretativas conexas ao judicial review. Ramos (2013) esclarece a diferença: pelo *textualismo* ou literalismo a Suprema Corte deve considerar apenas o texto da Constituição, analisando o texto da lei que afronta o artigo constitucional, verificando se aquele se adequa a este. Já no *originalismo*, o intérprete deve olhar além do texto constitucional, identificando o significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam dar ao texto.

Por outro lado, os defensores do **não-interpretativismo** combatem o passivismo judicial e veem o ativismo de forma positiva⁵¹ (RAMOS, 2013).

O não-interpretativismo ou *construction* se divide em duas variantes: conceitualismo e simbolismo. O *conceitualismo* reconhece que a sociedade evolui e muda. Assim, o significado da Constituição também evolui conforme os conceitos básicos derivados (pela Corte) do próprio documento. Através do *simbolismo* a Corte pode buscar as aspirações fundamentais da história e tradição norte-americana para determinar a constitucionalidade das ações das diferentes ramificações políticas do governo (RAMOS, 2013).

Segundo Ramos (2013) o não-interpretativismo conceitualista é identificado, para alguns autores, como originalismo moderado. Também, conforme descrito por Ramos (2013), o não-interpretativismo simbolista se afasta do positivismo clássico ou liberal para se aproximar do moralismo jurídico⁵², pois sua aplicação envolve a elaboração e fortalecimento de valores além daqueles constitucionalizados pelos autores da Constituição.

Ronald Dworkin (1999) também explica o passivismo. Primeiro ele cita o que os passivistas entendem por sua teoria, para, em seguida, demonstrar sua fragilidade.

Os juízes “passivos”, dizem eles, mostram grande deferência para com as decisões de outros poderes do Estado, o que é uma qualidade do estadista, enquanto os “ativos” declaram essas decisões inconstitucionais sempre que as desaprovam, o que é tirania. [...] As grandes cláusulas constitucionais que nossos irmãos ativos invocam para anular o que foi feito pelo Congresso, pelo presidente ou pela legislação de algum estado são apresentadas em uma linguagem muito genérica e abstrata. Todos terão uma opinião diferente sobre o que querem dizer. [...] Em tais circunstâncias, a teoria democrática insiste em que as próprias pessoas devem decidir se a Constituição proscreve a segregação, assegura a liberdade de aborto ou proíbe a pena de morte. Isso significa atribuir ao Estado e aos legislativos nacionais a última palavra sobre essas questões. (DWORKIN, 1999, p. 442).

A noção trazida por Dworkin (1999) mais uma vez leva ao entendimento de que o passivismo judicial privilegia as decisões dos representantes do povo, que estão comprometidos com a democracia. Desta forma, a Corte, ao decidir normas constitucionais abstratas, deve adotar como sua a resposta do legislativo.

⁵¹ Mesmo assim Ramos (2013) adverte sobre a ambiguidade do termo “ativismo”, que serve para caracterizar qualquer modalidade de não-interpretativismo. Assim, “a expressão “ativismo judicial” possui uma carga valorativa positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais.” (RAMOS, 2013, p. 133).

⁵² O moralismo jurídico teve como um de seus principais representantes o norte-americano Ronald Dworkin. O pensamento moralista será tratado neste capítulo, no tópico sobre a teoria construtivista. Neste momento, basta compreender que a base do moralismo jurídico é o fundamentalismo axiológico, que concebe uma ordem objetiva de valores fundamentais que deve apoiar o direito positivo. Neste sentido, o juiz atua tendo sempre como norte essas diretrizes valorativas.

O autor norte-americano afirma que o passivismo judicial deve ser entendido como uma questão do direito (o que a Constituição, devidamente interpretada, realmente exige?), não de aprovação (quem deve fazer a Constituição?) ou de competência (que instituição tem autoridade para decidir o que a Constituição exige?). Assim, a Corte interpretará as normas constitucionais abstratas declarando, juridicamente, que elas “não concedem aos cidadãos *nenhum* direito, a não ser os direitos concretos que, indiscutivelmente, decorrem somente da linguagem dessas cláusulas.” (DWORKIN, 1999, p. 444). Portanto, o passivismo terá sempre uma resposta negativa aos casos constitucionais polêmicos.

Dworkin (1999) critica essa teoria interpretativa, pois os problemas constitucionais polêmicos, segundo ele, exigem uma interpretação, o que é defendido sob o regime de direito como integridade (teoria construtivista).

Os passivistas, conforme cita Dworkin (1999), indicam o caso *Lochner* e outros como exemplos em que o ativismo da Suprema Corte foi errado, pois se baseou nos direitos individuais para impedir ou frustrar programas legislativos justos e desejáveis. Entretanto, Dworkin adverte que se a Corte tivesse aceitado irrestritamente o passivismo judicial, haveria mais a lamentar do que a comemorar:

Na verdade, se fossemos reunir as decisões mais lamentadas da Corte ao longo da história constitucional, acharíamos muitas outras nas quais o erro esteve na falta de intervenção em momentos nos quais, como hoje pensamos, os princípios constitucionais de justiça exigiam uma intervenção. Os norte-americanos sentiriam mais orgulho de sua história política se esta não incluísse, por exemplo, os casos *Plessy* ou *Korematsu*. Nesses dois casos, a decisão majoritária do legislativo foi profundamente injusta, e também, como muitos juristas hoje acreditam, inconstitucional; lamentamos que a Suprema Corte não tenha intervindo para fazer justiça em nome da Constituição. (DWORKIN, 1999, p. 449).

Ronald Dworkin (1999) esclarece, ainda, que rejeitar o passivismo não significa aceitar irrestritamente o ativismo judicial. Para ele, o ativismo judicial está atrelado ao senso de justiça do juiz, que ignora o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da cultura política nacional. É uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, que dá lugar à tirania. Por isso, Dworkin considera que o direito como integridade (teoria construtivista) não consiste em uma interpretação ativista ou similar.

De acordo com o Ministro Barroso, a posição ativista ou de passivismo (autocontenção) judicial é variável conforme o grau de prestígio dos Poderes Legislativo e Executivo. No Brasil, nos últimos anos, se percebe “uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo” o que tem

fomentado o ativismo judicial “em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.” (BARROSO, 2012, p. 27).

3.2 Criação do direito pelo Judiciário e discricionariedade judicial

Hodiernamente não se questiona que as decisões judiciais também são criativas e inovadoras. É lógico, entretanto, que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos juízes, aplicadores oficiais do direito, é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo (RAMOS, 2013).

Kelsen (1994) já havia exposto que a decisão judicial (norma individual) é criação do Direito e não sua mera aplicação:

A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior. [...] Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e, em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas. (KELSEN, 1994, p. 260-261).

Para Kelsen (1994), ainda que seja determinado na norma geral o órgão, o processo e o conteúdo da norma individual a proferir, como ocorre no caso de uma decisão judicial cujo conteúdo se encontra predeterminado na lei, existe aplicação do Direito e produção jurídica⁵³.

Kelsen (1994) também admitiu que o tribunal recebe poder ou competência para produzir, no caso concreto, uma norma jurídica individual⁵⁴ cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária. Neste caso o tribunal está aplicando a norma jurídica que lhe confere poder para criação *ex novo* de direito material.

Assim, dizer que o tribunal tem competência para exercer a função de legislador não é exato, considerando a legislação como normas jurídicas gerais, pois como explica Kelsen, a

⁵³ “Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída.” (KELSEN, 1994, p. 264).

⁵⁴ “A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial.” (KELSEN, 1994, p. 265).

competência do tribunal é apenas para “criar uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem perante si” (1994, p. 271). O tribunal não tem competência para criar norma jurídica geral, o que configura, como visto em Marshall (2002) e Kmiec (2004), ativismo judicial.

Existe, ainda, a possibilidade da criação de norma geral pelo tribunal quando este receber tal competência. Normalmente tribunal de última instância pode receber competência para criar decisão que vincula o caso concreto e outros idênticos. É o denominado precedente judicial, conforme explica Kelsen:

Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar. (KELSEN, 1994, p. 278).

Deve-se destacar, entretanto, que o tribunal necessita receber competência para produzir normas gerais através de decisões com força de precedentes. Quando isso ocorre há, necessariamente, concorrência entre o tribunal e o órgão legislativo instituído pela Constituição, o que significa descentralização da função legislativa. Neste caso é imperioso analisar dois tipos de sistemas jurídicos tecnicamente diferentes.

No primeiro sistema a produção de normas jurídicas gerais (leis) está reservada a um órgão legislativo central e os tribunais limitam-se a aplicar tais normas aos casos concretos, produzindo as normas individuais. Neste sistema o processo legislativo é bastante resistente, com dificuldades para se adaptar às mudanças sociais, ou seja, sua desvantagem é a falta de flexibilidade. Por outro lado, existe segurança jurídica, considerada para Kelsen “no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais” (1994, p. 279). Kelsen também relaciona este sistema ao princípio do Estado de Direito (KELSEN, 1994).

No segundo sistema sequer existe um órgão legislativo central. Desta forma, os tribunais e os órgãos administrativos podem decidir os casos concretos conforme sua livre apreciação. Justifica-se, segundo Kelsen (1994), no suposto fato de que nenhum caso é perfeitamente igual a outro. Os tribunais necessitam avaliar as particularidades de cada caso a fim de conduzir a resultados satisfatórios, o que as normas jurídicas gerais podem impedir. A

radical descentralização da criação do Direito por este sistema caracteriza grande flexibilidade, mas, também, a total ausência de segurança jurídica.

Também é pacífico o entendimento de que o legislador não pode predeterminar todos os elementos que só aparecem através das particularidades de cada caso concreto. Neste sentido há que se falar, mais uma vez, na existência da função criadora de Direito pelos tribunais, que necessita de certa margem de livre apreciação. É a ideia de Kelsen sobre a norma jurídica geral como moldura:

A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo. (KELSEN, 1994, p. 272).

Esta margem de livre apreciação do julgador pode ser definida como discricionariedade judicial. Karl Engisch alerta que este conceito é um dos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito (RAMOS, 2013). Além disso, seu estudo tem sido intenso no âmbito do Direito Administrativo, mas pouco lembrado nos demais setores da Dogmática Jurídica, salvo em algumas reflexões de Teoria do Direito, comumente relacionadas à interpretação e aplicação de textos normativos (RAMOS, 2013).

O Positivismo do século XVIII negou qualquer discricionariedade no exercício da função jurisdicional, reduzida ao automatismo da subsunção meramente lógico-formal (RAMOS, 2013). A revisão de Kelsen trouxe o tema da discricionariedade judicial, que pode ser “entendida genericamente como liberdade de ação nos limites do direito, tanto na função legislativa, quanto na função jurisdicional [...]” (RAMOS, 2013, p. 123).

Desta forma, tanto o legislador quanto o juiz devem observar parâmetros jurídicos previamente estabelecidos, o que, por outro lado, também significa certa liberdade dentro desses limites. De acordo com Kelsen (1994) a diferença é somente quantitativa, ficando o legislador mais livre na criação do Direito do que o juiz.

Ramos (2013) explica que o legislador ao compor o nível primário do ordenamento jurídico está limitado apenas às normas constitucionais, que, textualmente, se apresentam de modo aberto (normas princípios, conceitos indeterminados, etc). O juiz, no entanto, está condicionado à totalidade do sistema jurídico. Sua liberdade sofrerá gradação conforme o texto normativo seja mais preciso e objetivo ou demandar a integração de lacunas, ou, ainda, a formulação de conceito indeterminado.

Assim, a discricionariedade do juiz se restringe ao plano da compreensão do significado dos dispositivos legais, o que relaciona a discricionariedade e a interpretação, “podendo-se dizer que aquela é parte integrante desta”. (RAMOS, 2013, p. 127-128).

Cabe lembrar, ainda, que a interpretação, conforme Eros Roberto Grau (2010), é atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas⁵⁵.

Há também mais um aspecto importante: o legislador a partir da metade do século XX, principalmente o constituinte, utiliza-se de um sistema aberto, com referência a princípios e conceitos jurídicos indeterminados. O principal objetivo deste sistema é manter um espaço de conformação mais ou menos amplo no exercício da operação de concretização das normas (GRAU, 2010). A necessidade da abertura do direito constitucional ao tempo, e do consequente desenvolvimento constitucional, é exposta pelo jurista português José Joaquim Gomes Canotilho:

Direito constitucional aberto ao tempo é aquele cuja constituição contém uma regulamentação deliberadamente incompleta (“sistema lacunoso”, “constituição não é codificação”), de modo a permitir e garantir um espaço de liberdade para o antagonismo, compromisso e consenso pluralísticos. Consequentemente, muitas das suas normas são normas abertas, de modo a poderem ser preenchidas ou concretizadas de forma renovada e cambiante. O carácter “lacunoso e aberto” das normas surge, assim, como consequência do “compromisso constituinte”, a favor da mudança democrática no quadro da própria constituição. (CANOTILHO, 1993, p. 147-148).

Assim, para interpretar o texto legal, transformando-o em norma, o juiz (intérprete natural) necessariamente será discricionário, e não arbitrário, o que significa liberdade, mas dentro de certos limites. Além disso, considerando a necessidade de concretização e atualização constitucional, o intérprete deve estar atento ao dinamismo da vida político-social⁵⁶.

⁵⁵ “[...] interpretar/aplicar o direito é concretizá-lo, ir dos textos e dos fatos à norma jurídica geral e, em seguida, à norma de decisão, no desenvolvimento de uma prudência; por isso não existe, no direito, uma única solução correta, senão várias.” (GRAU, 2010, p. 161).

⁵⁶ “Dizendo-o de outro modo: o texto constitucional regula *uma ordem histórica concreta* e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção na realidade histórica. A Constituição é a *ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico* e, como ela é um dinamismo, é *contemporânea à realidade*. Assim, porque quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza, em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. O que realmente existe, aqui e agora, é a *Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada*.” (GRAU, 2010, p. 169).

3.3 Teoria decisionista

Seguindo a metodologia de traçar paralelos entre os diferentes modelos de teorias de aplicação do direito, entende-se importante, para delinear a noção de ativismo judicial no Brasil, descrever sobre o decisionismo proposto por Carl Schmitt na segunda década do século XX (1922). As principais obras de Schmitt para traçar a noção de decisionismo são *Teologia Política* (1922) e *O Valor do Estado* (1914).

O conceito mais explorado de decisionismo schmittiano está relacionado a uma tese positiva; “a tese de que na origem do direito estaria o puro e simples exercício de uma vontade fáctica ou de um poder legislador arbitrário” (SÁ, 2012, p. 37). Essa teoria, que está centrada na decisão soberana e na ausência da norma, contribui para o Direito Constitucional, sendo o poder constituinte originário sua expressão máxima, pois desse poder deriva a Constituição, que “supre o nada jurídico anterior” (SILVA, 2007, p. 36).

Entretanto, lembra Alexandre Franco de Sá (2012), que Schmitt foi um sério crítico do normativismo kelseniano. Desta forma, é preciso analisar o pleno sentido teórico do decisionismo de acordo com a confrontação ao normativismo de Kelsen.

Alexandre Franco de Sá (2012, p. 27-28) defende uma dimensão teórica do decisionismo schmittiano, considerando que na origem do direito existe uma decisão ilimitada sob o ponto de vista normativo, que é irreduzível à mera defesa política da existência de um poder arbitrário e normativamente ilimitado. De acordo com o professor português:

Por outras palavras: conjugando as teses apresentadas em *O Valor do Estado* com o decisionismo apresentado em *Teologia Política*, dever-se-á concluir que o decisionismo concebe o direito não a partir de uma relação de derivação ou de dependência em relação ao poder fáctico do Estado que o decide, mas como uma realidade que é, em relação ao poder do Estado, co-originária; [...]. (SÁ, 2012, p. 32).

Schmitt, diferente de Kelsen, entende que não há identidade entre o Estado soberano e o direito como sistema normativo, assim como a impossibilidade de o Estado se determinar como uma entidade puramente normativa, considerando o estado de exceção, ao diferenciar a manutenção do Estado e a excepcional suspensão da regular aplicação das normas jurídicas.

Por uma leitura superficial do texto de Schmitt, o decisionismo considera que o momento da decisão é irreduzível à norma jurídica. “É da decisão que brotam as normas jurídicas; e, portanto, é também a partir dela, enquanto indeterminada normativamente, que pode brotar a sua suspensão num caso excepcional.” (SÁ, 2012, p. 39). O texto abaixo

também confirma a interpretação do decisionismo direcionado a uma posição puramente arbitrária:

Diz Schmitt que “a decisão, considerada normativamente, nasceu de um nada”. Para alguns dos seus intérpretes, essa frase não seria senão a confissão de que, no decisionismo, manifestar-se-ia essencialmente um niilismo, no qual a origem do direito estaria entregue a uma pura e simples autoafirmação de poder, a qual, encontrando como sua determinação simplesmente “nada”, seria marcada, na sua essência, como puramente arbitrária. (SÁ, 2012, p. 39-40).

Alexandre Franco de Sá, por outro lado, analisando as obras de Schmitt e a confrontação com o normativismo kelseniano, entende que a interpretação do decisionismo acima exposta é incoerente. O professor português concorda que Schmitt realmente entende que a decisão não tem uma ordem jurídica como princípio que a determina, nem é limitada ou restringida por normas jurídicas, entretanto, a decisão tem sempre a ordem como um fim, o que exclui a possibilidade da sua representação como puro e simples exercício de um poder arbitrário destituído de qualquer vínculo (SÁ, 2012, p. 40). Acresce seu entendimento a seguinte passagem de Schmitt:

Qualquer norma geral requer uma configuração normal das relações de vida à qual deve encontrar aplicação de facto e que a submete à sua regulação normativa. A norma precisa de um *medium* homogêneo. Essa normalidade fáctica não é meramente um “pressuposto exterior” que o jurista pode ignorar; ela faz antes parte da sua vigência imanente. Não há norma que seja aplicável a um caos. A ordem tem de ser criada para que a ordem jurídica tenha um sentido. (SCHMITT apud SÁ, 2012, p. 41).

Desta forma, conclui Alexandre Franco de Sá (2012), que no decisionismo schmittiano a decisão nunca é pura e simplesmente desvinculada (arbitrária). Há, inevitavelmente, um vínculo fundamental, que não é o vínculo imediato a normas jurídicas, irreduzível à sua simples aplicação cega, mas sim um vínculo primordial a uma ordem que assegura a existência de uma ordem jurídica e a vigência dessas mesmas normas.

Importante é saber quem tem competência para, no estado de exceção (nada jurídico), decidir soberanamente. De acordo com Schmitt “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”. “A decisão do soberano é exceção à regra, mesmo porque, para Schmitt – ao contrário do que muitos pensam – no Estado democrático de Direito soberano é o povo – titular da decisão maior – que elege o poder constituinte” (SILVA, 2007, p. 37).

Assim, na teoria decisionista a atuação do legitimado é ilimitada, pois ele é quem cria a própria norma. Não existe norma anterior a autorizar a decisão, já que se está diante do

estado de exceção ou nada jurídico (niilismo). Essa decisão soberana que determinará o fim do caos e o início da ordem.

O decisionismo e o ativismo judicial estão muito próximos. Como se viu no capítulo anterior, o ativismo judicial no Brasil está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Assim, muitos juízes, ao conferir concretude às normas constitucionais, utilizam-se de princípios, com textura aberta em maior ou menor grau, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, buscando a “justiça”, ou o que eles entendem como tal, impondo seus valores e preferências, muitas vezes contrariando as deliberações democráticas.

Essa conduta favorece decisões que não têm fundamento no conteúdo normativo, mas sim, em argumentos pragmáticos. Em alguns casos, o que se vê é a criação normativa pelo juiz, que não é representante eleito do povo, não tendo, portanto, condições de decidir pela sociedade, mas sim, apenas no caso concreto, conforme as peculiaridades em julgamento.

Desta forma, o ativismo judicial pode levar à aplicação da teoria decisionista, com o propósito de efetivar direitos fundamentais, sem considerar argumentos normativos.

3.4 Teoria construtivista

A teoria construtiva de interpretação do direito, apresentada pelo filósofo norte-americano Ronald Dworkin, busca uma forma de superar a tensão entre segurança jurídica e decisão justa, que reduza a discricionariedade judicial, com base em decisões racionais. A teoria construtiva se opõe às teorias semânticas, entre elas o Positivismo jurídico.

Para fundamentar sua teoria construtivista, Dworkin apresenta a concepção do *direito como integridade*, desvinculada de qualquer preocupação maior com uma teoria da justiça. Para ele, o ordenamento atual carrega em si vários direitos, resultado de um longo processo histórico. Assim, o juiz já tem material suficiente para empreender uma reconstrução racional do direito baseando-se apenas no conceito de integridade na deliberação judicial, o qual requer que,

[...] até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Para nós, a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, mas isso não significa que, em alguma das duas formas assinaladas [integridade na legislação e integridade na

deliberação judicial], a integridade seja necessariamente, ou sempre, superior às outras virtudes. (DWORKIN, 1999, p. 261-262).

Assim, o direito como integridade parte do pressuposto de que os juízes devem identificar os direitos e deveres legais que foram criados por um único autor, a comunidade personificada, que expressa uma concepção coerente de justiça e equidade. Desta forma, as “proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.” (DWORKIN, 1999, p. 272).

Cláudio Ladeira de Oliveira (2008) sintetiza o direito como integridade para Dworkin:

De acordo com o modelo do “Direito como integridade”, o Direito de uma comunidade deve ser visto pelos juízes que o interpretam nos casos concretos não como um conjunto esparso e incoerente de decisões políticas passadas. O ideal de integridade não fornece diretamente respostas aos casos concretos mas sim uma recomendação aos juízes para que concebam o Direito como um todo. Assim, as decisões judiciais estão limitadas pelo dever de justificar suas opções com uma teoria coerente, a qual também deve poder ser justificada. Decisões não podem ser o resultado de meras preferências pessoais arbitrárias: devem ser justificadas como a expressão de princípios gerais e duráveis. (OLIVEIRA, 2008, p. 5457).

Assim, o Estado deve atuar no tratamento de seus cidadãos de acordo com um único e coerente conjunto de princípios e não de modo arbitrário.

De acordo com o modelo do direito como integridade, a comunidade política está submetida às decisões políticas particulares explicitamente adotadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, bem como pelo “sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam” (OLIVEIRA, 2008). Esses princípios implícitos devem ser utilizados pelos juízes para fundamentar suas decisões em casos difíceis. Desta forma é necessário trabalhar com um ideal⁵⁷ “como se” o Direito fosse estruturado por um conjunto coerente de princípios de justiça e equidade.

O intérprete deve compatibilizar o respeito às decisões políticas da comunidade com as necessárias inovações que terminam por inserir no conjunto do direito vigente. “E para explicar este processo que conjuga criação e manutenção Dworkin utiliza o exemplo de uma obra literária redigida sucessivamente por diversos autores, a ‘chain novel’.” (OLIVEIRA, 2008, p. 5458). No romance em cadeia cada autor inovará, mas sem perder a coerência com os capítulos anteriores. Para isso, o autor atual deve interpretar os capítulos anteriores como se fossem todos escritos por um único autor, a fim de dar sequência.

⁵⁷ Dworkin recebeu muitas críticas devido ao alto teor de idealismo da sua teoria do direito como integridade.

Portanto, para Dworkin, o julgador deve prosseguir a história institucional e não recomeçá-la do zero, articulando sua interpretação, com coerência, ao restante das decisões políticas da comunidade. Para essa realização, o juiz deve se valer de ‘princípios’ que possam justificar estas decisões, “princípios que não necessariamente foram desejados pelos legisladores do passado mas que são capazes, atualmente, de apresentar as várias decisões com alguma coerência e valor.” (OLIVEIRA, 2008, p. 5459).

No entanto, nos casos difíceis haverá mais de uma interpretação aceitável. Assim, caberá ao intérprete escolher, não de modo arbitrário, entre as interpretações viáveis, qual delas mostra, à melhor luz, o direito, considerando a moralidade política. Ronald Dworkin reconhece que os juízes podem fundamentar suas decisões com base em controvertidos juízos de moralidade.

É o que resulta da tese que Dworkin denominou “leitura moral” (*moral reading*) da Constituição, segundo a qual as normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais controversos ‘devem ser compreendidas no modo que sua linguagem sugere mais naturalmente: eles referem-se a princípios morais abstratos e incorporam estes princípios por referência, como limites ao poder estatal’. (OLIVEIRA, 2008, p. 5451).

O Prof. Cass Sunstein (1996) afirma que a teoria de Dworkin está baseada no desacordo dos intérpretes sobre “o que é o direito” quando estão diante de algum caso difícil, como por exemplo, se o governo pode proibir o discurso do ódio. Neste caso eles estariam discordando sobre a melhor interpretação construtiva da prática legal da comunidade. Assim, continua Sunstein, “Dworkin afirma que a interpretação no direito consiste de diferentes esforços para fazer um texto regulatório “o melhor que ele possa ser”. Esta é a concepção de Dworkin de direito como integridade.” (SUNSTEIN, 1996, p. 49, tradução nossa)⁵⁸.

Com esta concepção, segundo Sunstein (1996), o juiz tenta adequar sua decisão aos materiais legais pré-existentes, buscando, ainda, invocar princípios. Deste modo, o juiz deve tentar projetar aqueles materiais em sua melhor luz. Para isso, o intérprete judicial precisa, segundo Sunstein, de acordos incompletamente teorizados ou um elevado grau de autoconsciência teórica, mesmo que idealmente para Dworkin, com base em seu juiz Hércules⁵⁹. Mas Dworkin defende exatamente o contrário, isto é, teorias de nível alto, abrangentes e abstratas.

⁵⁸ “Thus Dworkin claims that interpretation in law consists of different efforts to make a governing text “the best it can be.” This is Dworkin’s conception of law as integrity.”

⁵⁹ Trata-se de um juiz imaginário, criado por Dworkin, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade (DWORKIN, 1999).

Sunstein (1996) entende que essas teorias são inviáveis na prática, aplicáveis somente ao juiz Hércules:

Essas teorias são derivadas e exercidas sobre problemas específicos. Mas isto não é como os advogados reais procedem. Eles tentam evitar questões amplas e abstratas. Tais questões são muito difíceis, abrangentes e sem fim para os atores legais lidarem. Eles impedem que as pessoas que discordam sobre princípios abrangentes alcancem um consenso sobre os resultados específicos. Desta forma, Hercules realmente não poderia participar nas deliberações judiciais comuns; ele seria visto como um usurpador, até mesmo um excêntrico. (SUNSTEIN, 1996, p. 49, tradução nossa)⁶⁰.

Sunstein (1996) também considera que os juízes comuns são menos teorizados profundamente, não somente por causa dos limites de tempo e capacidade, mas também por causa da moralidade distintiva de julgar em uma sociedade pluralística.

Dworkin (2010), no entanto, não está negando que na maior parte das vezes o raciocínio realmente se efetiva de dentro para fora, ou seja, inicia-se por problemas distintos que surgem pelas mais diversas causas, sofrendo o impacto da limitação de tempo e de argumentos. “Um juiz que raciocina de dentro para fora raramente terá tempo ou necessidade de se dedicar a longas e trabalhosas pesquisas ou argumentações. Às vezes, porém, conseguirá fazê-lo.” (DWORKIN, 1999, p. 79). Todavia, não há qualquer impedimento a que o juiz adote uma argumentação mais teórica. Além disso, um advogado, juiz, ou jurista não pode prever quando esse argumento será necessário.

Assim, utilizando-se de cautelosa analogia, Dworkin exemplifica com a ciência, citando a física, química, cosmologia, microbiologia, metalurgia e engenharia. Acredita-se que cada um desses conjuntos de conhecimentos é compatível um com outro e, ainda, que dispostos hierarquicamente encontre-se a física como mais abstrata e os outros possam ser vistos como campos de pensamento progressivamente mais concretos. A partir disso Dworkin exemplifica:

Uma engenheira que constrói um novo tipo de ponte trabalha de dentro para fora. Ela só sabe com quais problemas vai se deparar quando eles se apresentarem, e não tem como dizer, pelo menos até esse momento, se os problemas que inevitavelmente encontrará vão exigir que ela repense algum princípio da metalurgia, ou se, caso o façam, sua incursão pela metalurgia vai exigir que ela – ou outra pessoa – repense a física de partículas. (DWORKIN, 2010, p. 81).

⁶⁰ “These theories are derived from and brought to bear on particular problems. But this is not how real lawyers proceed. They try to avoid broad and abstract questions. Such questions are too hard, large, and open-ended for legal actors to handle. They prevent people who disagree on large principles from reaching consensus on particular outcomes. In this way, Hercules could not really participate in ordinary judicial deliberations; he would be seen as a usurper, even an oddball.”

Desta forma, para Dworkin (2010), a argumentação teórica está sempre presente no raciocínio jurídico, seja para Hércules ou para o jurista mortal, que raciocina de dentro para fora, pois existe um vasto campo de justificação, incluindo os princípios bastante abstratos da moralidade política. Em regra, presume-se a certeza desses princípios, mas é possível que sobrevenha a necessidade de reexaminá-los, mesmo que não se saiba quando nem como.

Eder Fernandes Monica (2007) conclui que a teoria construtivista de interpretação do Direito, fundamentada na concepção do direito como integridade, reduz a discricionariedade judicial e oferece meios ao juiz para reconstrução do direito, gerando um aumento da segurança jurídica ao mesmo tempo em que é possível produzir decisões aceitáveis e justas, baseadas no próprio direito vigente.

De outro lado, o Prof. Elival da Silva Ramos (2013) entende que a aceitação dos pressupostos teóricos do moralismo jurídico, que fundamentam o direito como integridade, constitui fator de impulsão ao ativismo judicial:

A razão disso reside no fundamentalismo axiológico que está na base do moralismo jurídico, presidindo a ideia de que há uma ordem objetiva de valores fundamentais que deve servir de modelo ao direito positivo, atuando o juiz como um autêntico sacerdote a serviço dessas diretrizes ontológicas. (RAMOS, 2013, p. 134-135).

Entretanto, Dworkin (1999) é categórico em negar que sua concepção de direito como integridade conduza ao ativismo judicial, pois para ele, um juiz ativista ignora o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da cultura política, para impor aos outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. Enfim, para Dworkin, o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico.

O direito como integridade, na concepção de Dworkin, impõe que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, portanto, suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional e não ignorá-la. E esse exercício interpretativo é vulnerável à concepção teórica.

Ainda assim, Ramos (2013) insiste que a proposta teórica de Dworkin possui uma marca ativista. Em busca da continuidade da tradição política dos EUA, consistente na ordem de valores historicamente situada, admite-se que os juízes possam transpor os marcos estritamente jurídicos da atividade interpretativa, “como fica nítido na defesa da absorção da equidade pela ordem jurídica, via interpretação, por ser isto conveniente à Constituição (e não

compatível com as suas normas, nos limites da concretização possível).” (RAMOS, 2013, p. 136-137).

3.5 Abordagens interpretativas do direito constitucional norte-americano

Diante do julgamento de casos difíceis, aqueles que estabelecem confrontos entre direitos e garantias fundamentais, o intérprete pode encontrar ambiguidades no texto constitucional.

Essas disputas sobre o significado do texto constitucional frequentemente se estabelecem diante do tribunal superior da nação, competente para julgar matéria constitucional. No caso do Brasil trata-se do Supremo Tribunal Federal e, nos Estados Unidos, a Suprema Corte. Desta forma, são *esses tribunais que acabam por dizer o significado dos direitos para o seu povo*.

É necessário estabelecer sobre o que os juízes do tribunal superior discordam quando interpretam o texto legal diante dos casos difíceis. Sunstein (2005a) afirma que é possível separar os juízes em dois planos.

O primeiro se refere à ideologia: direita e esquerda. Neste sentido, Sunstein (2005a) está se valendo da grande disputa partidária e ideológica nos Estados Unidos: partido Democrata em oposição ao partido Republicano. Assim, os “presidentes Democratas tendem a nomear juízes liberais, enquanto presidentes Republicanos nomeiam os conservadores.” (SUNSTEIN, 2005a, p. 24, tradução nossa)⁶¹. Portanto, em matérias com alto grau de valoração política ou moral, que a lei tenha deixado espaço para dúvida razoável, a ideologia pode desempenhar um importante papel.

O segundo plano envolve o próprio modo de interpretar: alguns juízes são mais limitados, buscando interpretar a Constituição estritamente como ela foi escrita; outros, no entanto, podem ser mais livres ao interpretar, buscando a Constituição como base para impor seus próprios valores e preferências⁶² (SUNSTEIN, 2005a).

É possível, então, distinguir os juízes ou tribunais minimalistas e maximalistas. O grupo que adota conduta minimalista busca evitar decisões amplas e teorias abstratas, tentando limitar sua atenção somente sobre o que é necessário resolver no caso em

⁶¹ “Democratic presidents tend to appoint liberal judges, whereas Republican presidents appoint conservative ones.”

⁶² Deve-se, atentar, todavia, para o aspecto do pluralismo social. Em sociedades tão heterogêneas, a interpretação da norma constitucional com a utilização de valores e preferências pode ter como resultado mais desacordos. O próprio tribunal é formado por juízes com variadas formações e visões.

julgamento. Já na conduta maximalista, busca-se resolver tudo que possa ser resolvido no caso, com decisões amplas, gerais, para o futuro, com base em justificativas teóricas ambiciosas (SUNSTEIN, 1999).

Em trabalhos mais recentes o Professor Cass Sunstein apresentou uma nova configuração, mais detalhada, sobre os perfis (Personae) constitucionais dos juizes da Suprema Corte. Desse modo, Sunstein (2013) categoriza quatro tipos de juizes:

- a) Heróis: a principal característica deste perfil é que eles estão inteiramente dispostos a invocar entendimentos ambiciosos da Constituição para invalidar as decisões do governo federal e dos Estados. Acreditam em um papel potencialmente transformador da sociedade em nome da Constituição. “Todos os Heróis podem ser considerados “ativistas” no sentido de que eles estão dispostos a usar a Constituição para anular atos do Congresso e dos legislativos estaduais.” (SUNSTEIN, 2013, p. 4, tradução nossa)⁶³. Possui como principal ícone Earl Warren (Corte Warren) e a decisão no caso *Brown v. Board of Education*;
- b) Soldados: são juizes que se caracterizam pela deferência ao processo político. Buscam promover a concretização das normas produzidas pelos poderes politicamente legitimados, como cumprimento às ordens superiores. Para Sunstein (2013) o juiz Oliver Wendell Holmes é considerado o ícone deste perfil;
- c) Minimalistas (Burkeanos): adotam postura cuidadosa, evitando teorias abstratas e abrangentes. Privilegiam as práticas e tradições socialmente sedimentadas. Por isso, suas decisões são restritas ao caso em julgamento. O juiz Felix Frankfurter é o ícone Burkeano;
- d) Mudos: são juizes que optam pelo silêncio sobre as grandes controvérsias constitucionais. Neste sentido, os juizes Mudos afastam da Corte, sempre que possível, os casos altamente complexos, utilizando as doutrinas de justiciabilidade e as virtudes passivas. Assim, Alexander Bickel é o principal teórico deste perfil. Sunstein (2013) ressalta, no entanto, que nenhum juiz pode ser frequentemente mudo e, por isso, nenhum membro da Corte, do passado ou do presente, pode ser caracterizado neste perfil.

⁶³ “All Heroes can be considered “activist” in the distinctive sense that they are willing to use the Constitution to strike down acts of Congress and of state legislatures.”

Sunstein (2013) explica que esses perfis são abstratos e estilizados, pois nenhum juiz do mundo real “é” um ou outro. Eles são associados aos perfis em determinadas ocasiões ou mostram uma tendência em adotar determinado perfil nos casos mais importantes e desafiadores. Durante a carreira ou mesmo uma época, muitos juízes podem adotar perfis diferentes. Os perfis também não estão vinculados à ideologia. Assim, tanto liberais quanto conservadores podem ser Heróis, Soldados, Minimalistas ou Mudos.

Não se pode afirmar, segundo Sunstein (2013), que a adoção de um perfil seja uma decisão oportunista ou manipuladora:

É importante ver que a adoção de um Perfil não precisa ser oportunista ou manipuladora; geralmente é um reflexo autêntico do papel que "resulta" da teoria de interpretação preferida do juiz. No entanto, não se pode negar que um juiz pode adotar um Perfil por razões estratégicas. Por exemplo, um juiz pode preferir em abstrato ser um Herói, mas em função das limitações relevantes (como precedente, dinâmica interna em um tribunal colegiado, ou reação pública antecipada), poderia escrever como um Burkeano – com a esperança que o caminho Burkeano possa eventualmente produzir o mesmo resultado que o heroísmo prescreveria. O Mudismo também pode ser estratégico, uma forma de aguardar o tempo correto. (SUNSTEIN, 2013, p. 2-3, tradução nossa)⁶⁴.

Ainda que a análise de Sunstein demonstre “que as decisões de questões constitucionais essenciais para a vida em sociedade podem resultar mais do perfil psicológico dos juízes do que de determinada teoria constitucional” (ANDRADE et al., 2015), é importante analisar as abordagens interpretativas, com suas características e consequências, a fim de constatar os limites que se impõem para os tribunais superiores. Ao ultrapassar certos limites, os tribunais podem, na intenção de dizer o significado do direito, exercer o papel do legislador e praticar alguma forma de ativismo judicial.

Para essa empreitada adotar-se-á o entendimento e a classificação de Cass Sunstein. O Professor da Universidade de Harvard explica quatro abordagens que têm dominado o debate constitucional norte-americano, e como elas são aplicadas às atuais questões constitucionais (SUNSTEIN, 2005a).

⁶⁴ “It is important to see that adoption of a Persona need not be opportunistic or manipulative; it is generally an authentic reflection of the role that “falls out” of the judge’s preferred theory of interpretation. Nonetheless, it cannot be denied that a judge might adopt a Persona for strategic reasons. For example, a judge might prefer in the abstract to be a Hero, but in light of relevant constraints (such as precedent, internal dynamics on a multimember court, or anticipated public reaction), she might write as a Burkean – with the hope that the Burkean path might eventually produce the same result that heroism would dictate. Muteness might also be strategic, a form of biding one’s time until the time is right.”

3.5.1 *Perfeccionismo: aperfeiçoamento da Constituição*

Os perfeccionistas querem interpretar a Constituição da melhor forma que ela possa vir a ser, ou seja, pretendem aperfeiçoá-la. “[...] eles acreditam que a tarefa judicial contínua é tornar o documento tão bom quanto ele pode ser através da interpretação de seus termos gerais, de uma forma que lance seus ideais na melhor luz possível.” (SUNSTEIN, 2005a, p. 31, tradução nossa)⁶⁵. É a preferida pelos liberais americanos.

Por isso os juízes considerados perfeccionistas estão dispostos a interpretar o texto constitucional de um modo que reflita suas próprias crenças mais profundas sobre liberdade de expressão, igual proteção das leis, o poder do Presidente e outras questões fundamentais. (SUNSTEIN, 2005a). Eles pretendem o reconhecimento ou a criação de novos direitos ou, ainda, novos e criativos significados a partir de princípios positivados ou não na Constituição (SILVA, 2009). Os liberais americanos insistem que a Suprema Corte deve reconhecer direitos do seu interesse como parte da Constituição.

O perfeccionismo foi exercido em maior escala nas decisões liberais da denominada Corte Warren⁶⁶ (SUNSTEIN, 2005a). No entanto, é possível encontrar juízes conservadores que também atuam como perfeccionistas. Sunstein exemplifica:

Quando eles interpretam a norma de Igual Proteção para proibir ação afirmativa, provavelmente eles devem ser vistos na tentativa de tornar a norma "o melhor que ela pode ser", em vez de seguir algum entendimento original. Como veremos, alguns conservadores são perfeccionistas em roupa de fundamentalista; eles invocam a história, mas eles realmente não se preocupam com ela. (SUNSTEIN, 2005, p. 31-32, tradução nossa)⁶⁷.

Assim, podem-se encontrar intérpretes da Constituição se dizendo fundamentalistas, isto é, procurando o entendimento original dos “pais fundadores”, mas em verdade desconsiderando a história e interpretando como eles próprios pensam.

Sunstein (2005) também explica que Ronald Dworkin via o perfeccionismo como parte importante da interpretação jurídica, embora não o denominasse assim. Para Dworkin a interpretação da lei é uma questão de avaliar a norma existente “em sua melhor luz

⁶⁵ “(...) they believe that the continuing judicial task is to make the document as good as it can be by interpreting its broad terms in a way that casts its ideals in the best possible light.”

⁶⁶ Além do Presidente da Suprema Corte Earl Warren (período: 1953 a 1969), Sunstein (2005a) também cita como perfeccionistas os juízes William Brennan (período: 1956 a 1990), Thurgood Marshall (período: 1967 a 1991) e William O. Douglas (período: 1939 a 1975).

⁶⁷ “When they interpret the Equal Protection Clause to forbid affirmative action, they should probably be seen as trying to make the clause “the best it can be”, rather than as following any original understanding. As we shall see, some conservatives are perfectionists in fundamentalist clothing; they invoke history, but they don’t really care about it.”

construtiva” ou de torná-las “o melhor que elas podem ser”. Assim, por exemplo, se os tribunais estiverem decidindo se a Constituição protege o direito ao suicídio assistido por médico, de acordo com Sunstein (2005), Dworkin entendia que os juízes devem identificar o princípio mais atrativo, que possa justificar as decisões anteriores da Corte sobre o conteúdo de liberdade e questionar se aquele princípio também protege o direito ao suicídio assistido por médico.

3.5.2 Majoritarismo: limitação judicial e deliberação democrática

A segunda abordagem trazida por Sunstein (2005) é o majoritarismo, que pretende reduzir o papel da Suprema Corte no governo americano, permitindo que o processo democrático exerça sua vontade, pois a regra da maioria é pressuposição básica da democracia americana.

Os majoritários acreditam que certos julgamentos devem ser deixados para os representantes eleitos. Trata-se, portanto, de uma forma de limitação judicial, que tem atraído o apoio de advogados e professores de direito norte-americanos, mas nem tanto dos juízes na Suprema Corte. Sunstein (1999) esclarece que nesta abordagem há um esforço para resolver as questões constitucionais estritamente pela lei.

Por esta forma, sugere-se que os tribunais devem apoiar alguns julgamentos de espaços democráticos do governo, exceto aqueles claramente errados. Sunstein (1999) cita como exemplo os inumeráveis casos pós-*New Deal*⁶⁸ julgados pela Suprema Corte.

3.5.3 Fundamentalismo: entendimento original da Constituição

A terceira abordagem é o fundamentalismo. Os fundamentalistas⁶⁹ acreditam que a Constituição deve ser interpretada de acordo com o “entendimento original”, por isso o originalismo é sua teoria oficial. Por esta compreensão, o documento fundador deve ser interpretado para dizer exatamente o que ele dizia ao tempo de sua ratificação, no século XVIII. Assim, por exemplo,

⁶⁸ Entre 1933 e 1937 o Presidente dos EUA, Franklin Delano Roosevelt, tomou uma série de medidas econômicas e sociais com o objetivo de recuperar a economia após a crise de 1929. O conjunto de medidas ficou conhecido como *New Deal* e seu princípio básico foi a forte intervenção do Estado na economia. Portanto, nos casos pós-*New Deal* levados à Suprema Corte, os juízes foram mais limitados, respeitando “as apreciações legislativas plausíveis”. (SUNSTEIN, 2008, p. 62).

⁶⁹ Sunstein (2005a) aponta os Juízes Antonin Scalia e Clarence Thomas como fundamentalistas na atual composição da Suprema Corte dos Estados Unidos. Scalia foi nomeado pelo Presidente Reagan (repblicano) em 1986, enquanto Thomas foi nomeado por George H. W. Bush (repblicano) em 1991.

Se a Constituição originalmente não proibiu o governo federal de discriminar com base em raça, então ao governo federal é permitido discriminar sobre aquela base. Se a Constituição originalmente não permitiu que o Congresso proíba o trabalho infantil, então o Congresso não pode proibir o trabalho infantil. Se a Constituição originalmente não deu ampla proteção para discordância política, então os tribunais não podem dar ampla proteção para discordância política. (SUNSTEIN, 2005, prefácio, tradução nossa)⁷⁰.

Sunstein (2005) considera, inclusive, a interpretação constitucional sob abordagem fundamentalista tal qual o fundamentalismo religioso:

O fundamentalismo religioso geralmente representa um esforço para restaurar o significado literal de um texto sagrado. [...] A “construção exata” da Constituição encontra um paralelo na interpretação do Corão ou da Bíblia. Alguns fundamentalistas parecem abordar a Constituição como se ela fosse inspirada diretamente por Deus. (SUNSTEIN, 2005, prefácio, tradução nossa)⁷¹.

Numa primeira abordagem do fundamentalismo poder-se-ia até pensar que se trata de uma interpretação bastante modesta do direito constitucional, seguindo uma interpretação literal do texto original. No entanto, conforme afirma Sunstein (2005a), o fundamentalismo na abordagem constitucional pode ser destrutivo e pernicioso, como, por exemplo, prejudicar o direito à liberdade ou eliminar o direito à privacidade dos americanos.

Sunstein (2005a) explica que a teoria interpretativa dos fundamentalistas é ampla e ambiciosa, pois eles são cômicos de que o direito constitucional atual não reflete seus próprios pontos de vista. Assim, os fundamentalistas têm inclinações radicais, buscando realizar mudanças em grande escala no direito constitucional. Entretanto, não procuram efetivar tais alterações de uma só vez.

Os fundamentalistas não querem decisões restritas, sob medida para os fatos dos casos específicos. Eles não acreditam, por exemplo, que os juizes devem dizer que este plano de ação afirmativa é ilegítimo por causa de suas características distintivas, mas que outros programas de ação afirmativa com outras características podem ser válidos. Tais decisões restritas, eles pensam, deixam uma grande quantidade de imprevisibilidade e também aumentam a discricão judicial. Eles insistem que regras firmes, claras, estabelecidas previamente, são a melhor forma de garantir clareza para o futuro. (SUNSTEIN, 2005a, p. 26-27, tradução nossa)⁷².

⁷⁰ If the Constitution did not originally ban the federal government from discriminating on the basis of race, then the federal government is permitted to discriminate on that basis. If the Constitution did not originally permit Congress to forbid child labor, then Congress cannot forbid child labor. If the Constitution did not originally give broad protection to political dissent, then courts cannot give broad protection to political dissent.

⁷¹ “Religious fundamentalism usually represents an effort to restore the literal meaning of a sacred text. (...) “Strict construction” of the Constitution finds a parallel in literal interpretation of the Koran or the Bible. Some fundamentalists seem to approach the Constitution as if it were inspired directly by God.”

⁷² “Fundamentalists do not want narrow rulings tailored to the facts of the particular cases. They don’t believe, for example, that judges should say that this affirmative action plan is illegitimate because of its distinctive features, but that other affirmative action programs with other features might be valid. Such narrow rulings,

Para Sunstein (2005a) a maior batalha no direito constitucional atual é entre os fundamentalistas e seus adversários minimalistas.

3.5.4 Minimalismo: uma decisão de cada vez

A última abordagem é o minimalismo, que não adota teorias gerais de interpretação, por isso é oposição ao fundamentalismo. Os minimalistas querem dar um passo de cada vez no amadurecimento das matérias divergentes e não escolhem lados em matérias sociais de grande escala. Segundo Sunstein (2005a), os minimalistas podem ser tanto conservadores quanto liberais⁷³.

Para eles “a Constituição não está congelada no passado” (SUNSTEIN, 2005a, prefácio, tradução nossa)⁷⁴, além disso, discordam daqueles que querem que a Suprema Corte elabore novos direitos e liberdades sem um fundamento seguro em suas tradições e práticas.

Os juízes minimalistas preferem decisões que atraem o apoio das pessoas, mantendo as muitas posições teóricas diferentes. É claro que aqui está se tratando de matérias constitucionais bastante controvertidas. Por isso eles tentam evitar discutir questões muito profundas, como o papel da religião na sociedade, o significado da garantia da liberdade de expressão, a extensão da proteção da liberdade na Constituição, ou o alcance da autoridade do Presidente como Comandante supremo das Forças Armadas (SUNSTEIN, 2005a).

Desta forma, os minimalistas acreditam em decisões restritas e superficiais, no sentido de adotar acordos incompletamente teorizados, em que a maioria das questões fundamentais é deixada sem decidir (SUNSTEIN, 2005a), possibilitando, então, que a matéria fundamental continue disponível para deliberações democráticas.

Para os minimalistas, o direito constitucional consiste em séries de acordos incompletamente teorizados em que os juízes aceitam certa abordagem para a liberdade de expressão, ou igualdade, ou liberdade religiosa, sem necessariamente

they think, leave a great deal of unpredictability and also increase judicial discretion. They insist that firm, clear rules, laid down in advance, are the best way of ensuring clarity for the future.”

⁷³ Sunstein (2005a) considera como minimalistas duas juízas da Suprema Corte dos EUA. Refere-se, primeiramente, a abordagem da juíza *Ruth Bader Ginsburg* que é, na maioria das vezes, **minimalista liberal**, porque ela decide os casos sem estabelecer princípios amplos. A juíza *Sandra Day O'Connor*, que compôs a Suprema Corte entre 1981 e 2006, foi considerada por ele como **minimalista conservadora**, pois na maioria das vezes suas decisões eram na direção conservadora, contribuindo bastante para decisões limitando programa de ação afirmativa e para aumentar o poder do governo em relação à proteção da vida fetal. Mas ela se recusou a votar para proibir programas de ação afirmativa em todas as circunstâncias ou para rejeitar o precedente de *Roe v. Wade*.

⁷⁴ “They insist that the Constitution is not frozen in the past.”

concordar sobre as bases mais profundas daquela abordagem. (SUNSTEIN, 2005a, p. 28, tradução nossa)⁷⁵.

Os acordos incompletamente teorizados favorecem a pluralidade da sociedade contemporânea e o respeito mútuo. Por outro lado, as decisões judiciais amplas, ou seja, aquelas que encerram as discussões, podem levar ao arrependimento do país no futuro.

No direito norte-americano, os minimalistas aprovam o sistema de precedentes, pois promove estabilidade e evita que o juiz tenha que decidir questões fundamentais quando novos casos surgirem. Sunstein (2005a) explica que os fundamentalistas não hesitam em rejeitar precedentes que eles acreditam estar errados, passando, assim, a seguir seus próprios julgamentos. Os minimalistas, no entanto, são mais cautelosos e, primeiro, prestarão atenção no que foi decidido anteriormente. Talvez eles discordem em como a matéria foi decidida, mas concordem com a decisão (SUNSTEIN, 2005a).

Sunstein (2005a) alerta que os juízes minimalistas têm consciência das grandes dificuldades que as decisões restritas e superficiais podem criar para os tribunais inferiores, as outras áreas do governo e os cidadãos comuns, que querem saber o significado da lei. “Mas na maioria das áreas controversas, eles estão dispostos a pagar o preço da incerteza, acreditando que é ainda pior definir a lei do que poderia revelar ser o erro.” (SUNSTEIN, 2005a, p. 29, tradução nossa)⁷⁶.

Por isso, Sunstein (2005a) considera mais adequado o minimalismo, pois é uma abordagem da Constituição que recusa congelar o documento no século XVIII (fundamentalismo), mas que reconhece firmemente o papel limitado do judiciário federal e promove um espaço amplo para o governo democrático.

Portanto, neste estudo pretende-se dar enfoque para este modo de interpretação do Direito Constitucional, o que passa a ser feito a partir do próximo capítulo, descrevendo melhor sua origem e características, bem como analisando algumas decisões da Suprema Corte norte-americana, porque é nos EUA que se originou.

⁷⁵ “For minimalists, constitutional law consists of series of incompletely theorized agreements in which judges accept a certain approach to free speech, or equality, or religious freedom, without necessarily agreeing on the deepest foundations of that approach.”

⁷⁶ “But in the most of controversial areas, they are willing to pay uncertainty’s price, believing that it is even worse to set out law that might turn out to be badly wrong.”

4 MINIMALISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DE CASS SUNSTEIN

No Brasil o minimalismo judicial é mais conhecido através das publicações do professor norte-americano Cass R. Sunstein. No entanto, a ideia original de atuações judiciais passivistas⁷⁷ teve antecessor. Sunstein aprimorou a noção de minimalismo judicial que vem sendo difundida hoje.

No início do capítulo anterior afirmou-se que as Cortes constitucionais é que dizem o direito, ou seja, acabam por dar a última palavra na interpretação da lei quando há dúvida razoável. Todavia, essa é uma perspectiva que, inclusive, causa muita desconfiança na sociedade.

Assim, Conrado Hübner Mendes (2011) defende as teorias do diálogo, que buscam a interação entre as instituições. O pano de fundo, aqui, é a separação de Poderes. Portanto, a ideia é trabalhar o diálogo entre os três Poderes do Estado, a fim de que nenhum prevaleça sobre o outro. Neste sentido, descabe o monopólio judicial na interpretação da Constituição, que também deve ser exercida pelos outros Poderes.

Mendes (2011) explica que a tensão básica entre os autores que defendem uma decisão judicial sensível ao diálogo é de grau. Desta forma, há os minimalistas, que preferem atuações passivas, enquanto os maximalistas intervêm ativamente.

O primeiro autor a se destacar neste contexto foi o americano Alexander Bickel. A obra inicial de Bickel foi escrita na década de 60, no auge da Corte Warren, conhecida pelo seu ativismo liberal em políticas sociais. Segundo Mendes (2011) a obra não traz um argumento bem estruturado, uma sequência sistemática de ideias. Por outro lado, Bickel sentia-se incomodado com a conduta ativista exercida pela Suprema Corte em plena democracia norte-americana.

A contribuição de Bickel para o minimalismo veio com as “virtudes passivas”. Trata-se de uma forma de julgamento facultada à Corte constitucional. Assim, além de julgar leis constitucionais e inconstitucionais, a Corte pode decidir “não decidir”, utilizando as técnicas de não decisão ou virtudes passivas. Conforme Mendes (2011, p. 111), “são ferramentas processuais por meio das quais a corte evita emitir sua opinião sobre o caso, pois ela não pode estar obrigada a legitimar tudo aquilo que não considere inconstitucional.”

⁷⁷ Não se deve confundir o minimalismo judicial com passivismo ou autocontenção judicial (self restraint). De acordo com Sunstein (1999, p. 28), o minimalismo não significa restrição judicial, quando este termo é entendido como a falta de disposição judicial para invalidar leis.

No direito norte-americano a Suprema Corte dispõe de mecanismos processuais para recusar jurisdição, que são denominados doutrinas de *justiciabilidade*⁷⁸. Assim, os juízes, às vezes, não querem decidir os casos ou todas as questões, por exigir que se manifestem muito além do que gostariam. Portanto, negar um *certiorari* (recurso específico para a Suprema Corte) é uma forma de exercer este entendimento⁷⁹.

O Prof. Cass Sunstein (1999) argumenta que, se determinada matéria de alta complexidade (casos difíceis)⁸⁰ ainda não está “madura” para decisão pela Corte, ou se os juízes necessitam receber mais informações, pois podem estar muito divididos para decidir, as doutrinas de *justiciabilidade* podem minimizar o risco de erros e aumentar a amplitude para continuar a deliberação democrática sobre o problema. Por esses motivos a Corte deve ser prudente e esperar, o que significa enfatizar as virtudes passivas.

Desta forma, Sunstein visualiza as virtudes passivas de Bickel como parte do minimalismo judicial:

Minha sugestão é que a noção de "virtudes passivas" pode ser analisada de forma mais produtiva, se vemos essa noção como parte do minimalismo judicial e como um esforço para aumentar o espaço para a escolha democrática e para reduzir os custos de decisão e os custos de erro. (SUNSTEIN, 1999, p. 40, tradução nossa)⁸¹.

Sunstein (1999) explica que negar um *certiorari* reduz os custos da decisão para a Corte, bem como pode reduzir os custos dos erros⁸² se a Corte não está plenamente confiante

⁷⁸ Os princípios básicos de justiciabilidade, segundo Sunstein (1999), são destinados a limitar as ocasiões para interferência judicial em processos políticos. Esses princípios envolvem *mootness*, *ripeness*, *reviewability* e *standing*, que são típicos do processo judicial norte-americano. Portanto, trata-se de um esforço para minimizar a presença judicial na vida pública americana (SUNSTEIN, 1999).

⁷⁹ A Procuradora Federal Daniela de Angelis desenvolveu trabalho comparativo acerca da discricionariedade no recebimento ou não do *writ of certiorari* pela Suprema Corte dos EUA e o requisito da repercussão geral no recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal brasileiro, ambos exercendo a importante função de filtro de acesso às Cortes Constitucionais, que passam a apreciar apenas as questões mais relevantes para a sociedade. A autora concluiu que o legislador brasileiro buscou inspiração no modelo norte-americano (ANGELIS, 2012).

⁸⁰ Sunstein (1999) entende que o caminho minimalista normalmente faz bastante sentido quando a Corte está lidando com *questão constitucional de alta complexidade* sobre a qual as pessoas estão profundamente envolvidas e a nação está dividida. A complexidade, para Sunstein (1999, p. 5), pode resultar da falta de informação, de circunstâncias cambiantes ou de incerteza moral (legalmente relevante).

⁸¹ “My suggestion is that the notion of the “passive virtues” can be analyzed in a more productive way if we see that notion as part of judicial minimalism and as an effort to increase space for democratic choice and to reduce the costs of decision and the costs of error.”

⁸² Sunstein (1999) entende que decidir, às vezes, pode ter um alto custo. Esses custos são tanto para os litigantes quanto para os tribunais e não se referem especificamente a questões econômicas. Por exemplo, tentar estabelecer uma decisão geral sobre o direito de morrer tomaria muito tempo, seja por falta de informação suficiente do julgador, seja pela pressão do tema ou, ainda, pela insegurança ou desacordo dos membros de um tribunal. Já os custos de uma decisão errada incluem o próprio julgamento equivocado, bem como os seus efeitos sobre todo o sistema legal e social. Os custos dos erros são calculados em função de seus números e de sua magnitude. Os altos custos dos erros podem vir de um grande número de pequenos equívocos ou de um pequeno número de grandes enganos. Assim, se uma decisão for incorreta e ampla, pode

para julgar, ou se a Corte pensa que a continuidade da discussão em tribunais inferiores e arenas não judiciais provavelmente será mais produtiva. Por outro lado, negar um *certiorari* também pode criar incerteza indesejável e permitir a perpetuação de injustiça inconstitucionalmente inaceitável. Por isso, Sunstein (1999) reforça que o exercício das virtudes passivas depende da substância do caso e de considerações institucionais⁸³.

Uma das principais características do minimalismo está na humildade do juiz sobre suas próprias capacidades. Se ele não está totalmente certo que sua decisão é correta, então o melhor é proferir uma decisão minimalista, podendo utilizar-se das virtudes passivas.

Além das virtudes passivas e das doutrinas de *justiciabilidade*, o minimalismo judicial envolve duas características principais: estreiteza/limitação (*narrowness*) e superficialidade (*shallowness*). Além disso, os minimalistas geralmente buscam evitar matérias de princípio básico ou fundamental, isto é, temas mais profundos devem ser deixados para convergência na sociedade plural. Assim, eles tentam alcançar os acordos incompletamente teorizados.

Desta forma, Sunstein estrutura diferentes formas de minimalismo, mas todas têm em comum a ideia de favorecer “pequenos passos” (graduação) nas decisões de alta complexidade (SUNSTEIN, 2009).

Portanto, podem-se distinguir dois componentes ou dimensões do minimalismo: **substancial e procedimental**.

O minimalismo procedimental, mais relevante para Sunstein (1999), é considerado gênero, do qual a primeira espécie é o *minimalismo promotor da democracia*, no qual os julgamentos são estreitos (*narrow*), a fim de forçar a decisão pelos atores politicamente responsáveis. A segunda espécie se dá pela recusa de jurisdição da Suprema Corte dos EUA, através da negativa do *writ of certiorari* e as doutrinas de *justiciabilidade*. Por último, e mais explorado, é o minimalismo através de julgamentos estreitos (*narrow*) e incompletamente teorizados (*shallowness*) (SUNSTEIN, 2005b)⁸⁴.

Essas formas e características do minimalismo serão analisadas nos próximos tópicos.

ter custos especialmente altos porque afetará muitos casos futuros. Por isso Sunstein (1999) defende a cautela dos juízes, através do minimalismo judicial, para evitar os altos custos que uma decisão ou os erros dessa decisão possam provocar.

⁸³ Em obra mais recente (Constitutional Personae, 2015), Sunstein critica Bickel, qualificando sua proposta de “cultivo das *virtudes passivas* no controle de constitucionalidade, como uma espécie de covardia, ainda que o termo seja respeitosamente evitado. A forte crítica de Sunstein chega a surpreender, tendo em vista que Bickel é comumente lembrado pelo seu perfil contramajoritário. Portanto, o livro de Sunstein, além de seu contributo tipológico, lança uma nova perspectiva crítica sobre a obra de Bickel e, conseqüentemente, sobre seu estilo de contramajoritarismo.” (ANDRADE et al, 2015).

⁸⁴ Sunstein (2005b), após esclarecer dúvidas sobre o minimalismo, levantadas por Siegel (2005), confirma que uma mesma decisão judicial pode ser minimalista em uma dimensão (procedimental, por exemplo), e não seguir esta conduta em outra dimensão.

4.1 Minimalismo procedimental (formal) e minimalismo substancial

Sunstein (1999) distingue o procedimento minimalista e a substância minimalista.

Na forma *procedimental*, que é o tema mais dedicado por Sunstein, o minimalismo é projetado para não decidir tudo, isto é, decidir os casos tão restritamente quanto possível. Há determinados temas substantivos (fundamentais) controvertidos que podem ser deixados em aberto, sem afetar o resultado específico do caso em julgamento. Outras vezes, esses temas já são pacificamente admitidos, não havendo necessidade de discussão teórica ou, ao contrário, não precisam ser tomados como certos, pois no passado ninguém se preocupou com isso e, no futuro, também não haverá essa necessidade (SUNSTEIN, 1999).

Assim, os minimalistas procedimentais buscam deixar muitas matérias fundamentais sem decidir, provocando compromissos substantivos diferentes, que produzem tipos diferentes de minimalismos. Desta forma, um acordo incompletamente teorizado poderia ser possível em qualquer conjunto específico de compromissos. Por exemplo, o princípio da liberdade de expressão pode ser fundamentado por várias posições diferentes. Neste caso, podem-se ter minimalistas de várias classes, como explica Sunstein:

Nós poderíamos até imaginar minimalismo liberal, minimalismo socialista, minimalismo da Ku Klux Klan, minimalismo libertário, minimalismo aristotélico, minimalismo comunista, minimalismo nazista, e assim por diante. Estes vários tipos de minimalistas poderiam tentar produzir decisões estreitas ao invés de amplas, e aqueles que aceitam essas formas de pensar poderiam tentar evitar muita profundidade teórica. (SUNSTEIN, 1999, p. 62, tradução nossa)⁸⁵.

No minimalismo *substancial* não há entendimento amplo, profundamente elaborado sobre as normas substantivas da Constituição. O entendimento do conteúdo mínimo indiscutível da Constituição é mais restrito e com uma teorização menos profunda.

Essas normas constitucionais substantivas podem se referir tanto aos temas estruturais (separação de Poderes e federalismo, por exemplo), como aos direitos individuais. Sunstein se ocupa do minimalismo substantivo em direitos individuais. Neste sentido, o autor se refere a dez compromissos básicos (SUNSTEIN, 1999), com conteúdo substantivo mínimo, que são amplamente compartilhados e exigíveis judicialmente:

⁸⁵ “We could even imagine liberal minimalism, socialist minimalism, Ku Klux Klan minimalism, libertarian minimalism, Aristotelian minimalism, communist minimalism, Nazi minimalism, and so forth. These various kinds of minimalists could try to produce narrow rather than wide decisions, and those who accept these ways of thinking might try to avoid a lot of theoretical depth.”

- a) Proteção contra prisão ilegal (liberdade de locomoção);
- b) Proteção do dissenso político (livre discurso político);
- c) Direito ao voto, sem qualquer distinção (direito político);
- d) Liberdade religiosa;
- e) Garantia contra a interferência estatal sobre a propriedade (direito de propriedade);
- f) Proteção contra o abuso da autoridade policial à pessoa ou à propriedade;
- g) Princípio da legalidade⁸⁶;
- h) Proibição de tortura e punição física cruel⁸⁷;
- i) Proteção contra a escravidão e contra a discriminação racial ou de gênero (direito à igualdade);
- j) Proteção substantiva do corpo humano contra invasão do governo (direito à privacidade e à liberdade).

Como se verifica, esse núcleo substantivo do minimalismo judicial é composto por abstrações incompletamente especificadas, ou de presunções fortes, refutáveis em circunstâncias incomuns. O que importa, no entanto, é que os dez compromissos são defendidos por intérpretes da Constituição, mesmo com abordagens teóricas diferentes. Podem ser conservadores ou liberais; aqueles que defendem um papel judicial mais agressivo ou aqueles que pensam o oposto.

A discussão sobre o conteúdo do princípio da igualdade na Constituição é uma tarefa muito árdua para se chegar a um consenso, considerando as diversas abordagens teóricas dos intérpretes. Trata-se, então, de uma matéria com abstração teórica de nível muito alto. Todavia, qualquer que seja a abordagem teórica, todos concordarão que o Estado “não pode discriminar as pessoas com base na raça ou impor obrigações seletivamente sobre as pessoas de certa raça, ou negar aos afro-americanos benefícios reservados aos brancos, ou impedir as mulheres, porque elas são mulheres, de receber qualquer emprego ou educação.” (SUNSTEIN, 1999, p. 67, tradução nossa)⁸⁸.

Também não se tem acordo sobre o conteúdo substantivo do direito à privacidade e à liberdade. Entretanto, independentemente da abordagem teórica adotada, todos concordam

⁸⁶ Na Constituição do Brasil (1988) está previsto no art. 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁸⁷ Alguns Estados do território norte-americano preveem a pena de morte como punição criminal. Entretanto, isso somente é possível após o devido processo legal, com a garantia do direito de defesa do acusado e decisão definitiva do tribunal.

⁸⁸ “[...] may not segregate people on grounds of race, or impose burdens selectively on people of a certain race, or deny African Americans benefits reserved to whites, or prevent women, because they are women, from receiving either employment or education.”

que sob circunstâncias normais o Estado não pode esterilizar alguém, ou impedi-lo de ter um filho ou, ainda, forçá-lo a não se submeter a uma intervenção cirúrgica. Sunstein (1999) reforça: ainda que alguém discorde da decisão em *Roe v. Wade*, quase sempre aceita essas proposições sobre o direito à privacidade.

Sunstein (1999) esclarece que tanto o minimalismo procedimental quanto o minimalismo substantivo são relativos, não absolutos. Assim, o minimalismo é mais adequado em certas circunstâncias e, o maximalismo, em outras.

Os parâmetros abstratos para identificar quando um e outro são recomendados foram indicados pelo professor de Harvard. Assim, as decisões amplas e profundas (**maximalistas**) devem ser tentadas *quando*: a) os juízes tiverem considerável confiança nos méritos daquela solução; b) a solução puder reduzir o custo da incerteza para futuros tribunais e litigantes; c) o planejamento for importante e d) uma abordagem maximalista puder promover objetivos democráticos, quer criando as pré-condições para a democracia ou por imposição de bons incentivos aos políticos eleitos, os quais são responsáveis pela prestação de contas (SUNSTEIN, 1999).

Por outro ângulo, o **minimalismo** torna-se mais atrativo *quando*: os juízes estão atuando com incerteza moral ou factual constitucionalmente relevante e circunstâncias que mudam rapidamente; b) uma solução puder confundir casos futuros; c) a necessidade de planejamento não parecer premente e d) as pré-condições do governo democrático não estiverem em jogo e os objetivos democráticos não forem susceptíveis à promoção através de uma decisão judicial.

Mendes (2011) explica que há quem se posicione contra o minimalismo, justificando que essa conduta judicial se opõe aos valores básicos do Estado de Direito, isto é, a certeza, segurança, máxima capacidade de planejamento. Essas qualidades são conquistadas exatamente por decisões amplas e profundas (maximalistas).

Com efeito, cada parâmetro do maximalismo e do minimalismo, citados acima por Sunstein (1999), deve ser confrontado caso a caso. “Não se pode apoiar ou rejeitar um ou outro em abstrato e sem maiores qualificações.” (MENDES, 2011, p. 123). Entretanto, Sunstein (1999) defende fortemente o minimalismo judicial quando os tribunais não têm informação que justifique a confiança em uma decisão; quando os custos da decisão estreita não pareçam altos para decisões futuras; e quando os julgamentos minimalistas não criem um sério risco de tratamento desigual (SUNSTEIN, 1999).

A carência de informação relevante para os tribunais consiste em matéria de alta complexidade, definindo o minimalismo judicial como resposta razoável. Neste caso, a

informação que falta é técnica, não cabendo aos juízes o seu conhecimento. Tentar decidi-lo de forma ampla e profunda pode gerar erros. Nesse cenário os tribunais devem respeitar os demais atores políticos com competência para regular a matéria.

Michael Dorf (1998) segue este mesmo raciocínio ao explicar a necessidade de deferência da Suprema Corte aos atores políticos, como o Congresso e as agências administrativas, quando tratar de julgamentos políticos que envolvem interpretação administrativa de normas federais.

Pode-se entender esta prática de deferência como um meio de se adaptar à evolução das circunstâncias: mantidas inalteradas todas as outras coisas, agentes eleitos são mais sensíveis à mudança de valores e atitudes públicas do que os tribunais. Na medida em que as agências administrativas são entendidas como especialistas independentes, elas são mais capazes de atualizar-se com os detalhes de um mundo em mudança do que os tribunais; na medida em que elas são entendidas como agentes do Poder Executivo, compartilham da natureza democrática desse Poder e recebem deferência sob esse fundamento. Ao reduzir a quota global de responsabilidade da Corte na elaboração de normas jurídicas, a falta de deferência da era moderna responde ao entendimento da Corte dos limites das suas próprias capacidades e legitimidade. (DORF, 1998, p. 47, tradução nossa)⁸⁹.

Dorf (1998) explica que os juízes vivem e trabalham em relativo isolamento, o que ocasiona a capacidade limitada para ajustar suas doutrinas às mudanças cada vez mais rápidas do mundo, pois não conseguem acompanhá-las⁹⁰. Esclarece, ainda, que as limitações metodológicas e institucionais da Corte geram problemas especiais.

O Professor Michael Dorf (1998) cita como exemplo o caso *United States of America v. Microsoft Corporation* (147 F.3d 935), julgado em 23 de junho de 1998, pelo D. C. Circuito. Trata-se de recurso interposto pela Microsoft, a fim de suspender decisão liminar que a impediu de exigir a instalação integrada, pelos fabricantes de computadores, do sistema operacional Windows 95 e do navegador Internet Explorer.

Na decisão o tribunal reconhece a limitação de sua competência institucional para a matéria e a necessidade de uma decisão restrita:

⁸⁹ “One could understand this practice of deference as a means of adapting to changing circumstances: other things being equal, elected officials are more responsive to changing public values and attitudes than are courts. To the extent that administrative agencies are understood as independent experts, they are better able to keep up with the details of a changing world than are the courts; to the extent that they are understood as agents of the Executive branch, they share in the democratic nature of that branch and receive deference on that basis. By reducing the Court's overall share of responsibility in the elaboration of legal norms, the deference default of the modern era responds to the Court's understanding of the limits of its own abilities and legitimacy.”

⁹⁰ É importante destacar que o Professor Dorf foi assessor do Juiz Stephen Reinhardt na Corte de Apelação para o Nono Circuito e, também, para o Juiz Anthony M. Kenedy na Suprema Corte dos EUA.

Mas nós não propomos que ao fazer esta pergunta o tribunal deve embarcar na avaliação da concepção do produto. Na lei antitruste, a partir da qual todo este processo emerge, os tribunais têm reconhecido os limites de sua competência institucional e por esse fundamento têm rejeitado as teorias de "subordinação tecnológica." A avaliação do tribunal de um pedido de integração ** 136 * 950 deve ser restrita e respeitosa. [FN13] Como o Quinto Circuito colocou, "[T]al violação deve ser limitada àquelas instâncias onde o fator tecnológico ligando o hardware ao software foi projetado com o objetivo de vincular os produtos, ao invés de conseguir algum resultado tecnologicamente benéfico. Qualquer outra conclusão poderia enredar os tribunais em uma investigação técnica para a justificação das inovações de produto". (COLUMBIA, 1998, tradução nossa)⁹¹.

O Professor Michael Dorf (1998) explica que é possível encontrar quem acredite na solicitude excessiva do tribunal com a Microsoft, ao deferir seu pedido, haja vista sua alegação de que o sistema operacional Windows 95 e o navegador Internet Explorer constituem um produto integrado. Dorf, no entanto, justifica que "a atitude do tribunal era totalmente compreensível, dada a tendência da tecnologia de computador evoluir mais rapidamente do que a doutrina jurídica formulada no modo convencional." (DORF, 1998, p. 12, tradução nossa)⁹².

Segundo Dorf (1998), a sociedade tem se tornado cada vez mais complexa, interdependente e evoluído rapidamente. Neste contexto, as organizações hierárquicas e centralizadas tornaram-se menos hábeis para responder às necessidades sociais. Isso é o que ocorre com o Judiciário. Por isso, Dorf defende o diálogo e a deferência dos tribunais com as decisões das agências reguladoras e dos outros Poderes, que são espaços com maior participação da sociedade.

No novo modelo regulatório, cidadãos e outros grupos interessados participam diretamente na formulação de políticas, os reguladores participam das atividades que eles regulam, e transparência serve para limitar as oportunidades para a agência apreender e se conduzir. [...] Inovações semelhantes em áreas tão diversas como os serviços de apoio à família, policiamento comunitário, e planta de segurança de energia nuclear, bem como antecedentes históricos em silvicultura, intervenção militar e saúde pública, fornecem provas da adaptabilidade muito difundida da regulação por descentralização livremente coordenada. (DORF, 1998, p. 58-59, tradução nossa)⁹³.

⁹¹ "But we do not propose that in making this inquiry the court should embark on product design assessment. In antitrust law, from which this whole proceeding springs, the courts have recognized the limits of their institutional competence and have on that ground rejected theories of "technological tying." A court's evaluation of a claim of integration **136 *950 must be narrow and deferential. [FN13] As the Fifth Circuit put it, "[S]uch a violation must be limited to those instances where the technological factor tying the hardware to the software has been designed for the purpose of tying the products, rather than to achieve some technologically beneficial result. Any other conclusion would enmesh the courts in a technical inquiry into the justifiability of product innovations."

⁹² "[...] the court's attitude was wholly understandable, given the tendency of computer technology to evolve more rapidly than legal doctrine formulated in the conventional way."

⁹³ "In the new regulatory model, citizens and other interested constituencies participate directly in the formulation of policy, regulators participate in the activities they regulate, and transparency serves to limit the

Esse pensamento é defendido no capítulo 6 desta tese, nos tópicos 6.3 e 6.4, com fundamento nas políticas públicas de saúde traçadas pelo Ministério da Saúde, com apoio dos Conselhos de Saúde, que preveem a participação de diversos setores da sociedade na sua regulamentação.

Assim, o minimalismo tende a ser a conduta apropriada quando a Corte está funcionando no meio do pluralismo razoável ou fluxo moral, quando certas circunstâncias estão evoluindo rapidamente, ou quando a Corte está incerta que uma decisão ampla (geral) possa fazer sentido em casos futuros. Por outro lado, quando o tribunal tem motivo para confiar em fundamentos teóricos de alguma área jurídica, é possível decidir com profundidade⁹⁴. Sunstein (1999) sugeriu que a conduta maximalista era adequada para julgar os casos de igualdade de gênero⁹⁵.

4.2 Decisões judiciais restritas e superficiais

Os juízes minimalistas têm por objetivo decidir o caso concreto. Não querem estabelecer, com sua decisão judicial, regras amplas e gerais que serão válidas para futuros casos em abstrato. Por isso suas decisões são mais estreitas (*narrow*), restringem-se ao caso *in judge*. Os juízes minimalistas não se arriscam para além do problema específico, tentando limitar sua atenção sobre as especificidades do caso apresentado à Corte.

Sunstein (2009) diferencia a estreiteza (*narrowness*) da amplitude (*width*) pelo grau. Exemplifica o autor: “Ninguém é a favor de decisões limitadas às pessoas com os mesmos nomes ou iniciais como aqueles dos litigantes perante a Corte.” (SUNSTEIN, 2009, p. 43, tradução nossa)⁹⁶. Entretanto, os juízes minimalistas escolherão opções mais estreitas, diante de alternativas razoáveis, especialmente em casos fronteiriços do direito constitucional. Em tais casos os minimalistas temem os efeitos potencialmente nocivos de decisões amplas, ou seja, que alcancem muito além do caso em julgamento.

Cass Sunstein (2009) explica que optar por decisões mais restritas é uma circunstância em muitos domínios da própria vida. As pessoas sensatas buscam dar pequenos passos, pois

opportunities for agency capture and self-dealing. [...] Similar innovations in areas as diverse as family support services, community policing, and nuclear power plant safety, as well as historical antecedents in forestry, military procurement, and public health, provide evidence of the widespread adaptability of regulation by loosely coordinated decentralization.”

⁹⁴ Sobre este aspecto, Ronald Dworkin critica Sunstein, dizendo que é melhor se proteger dos juízes “muito convencidos” da exatidão de suas teorias morais. (DWORKIN, 2010, p. 103)

⁹⁵ “I have suggested that this is now true for the área of sex equality.” (SUNSTEIN, 1999, p. 263).

⁹⁶ “No one favors rulings limited to people with the same names or initials as those of the litigants before the Court”.

estão cientes de que grandes passos podem ter consequências indesejadas, principalmente se forem difíceis de reverter. Esta abordagem também é válida no Direito, pois decisões amplas podem produzir resultados que os juízes virão a se arrepender.

Sunstein (1999) cita alguns casos em que a decisão da Suprema Corte foi minimalista, exatamente pela característica da limitação.

O primeiro é *United States v. Virginia et al.*, 518 U.S. 515 (1996). Neste caso, uma estudante do ensino secundário do Estado da Virgínia apresentou, em 1989, uma reclamação ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos, devido ao fato de que o Instituto Militar de Virgínia (VMI) não aceitava a candidatura de mulheres.

Os tribunais inferiores concordaram com os argumentos do Instituto Militar, que alegou ter um método de treinamento bastante rigoroso, que não poderia ser disponibilizado para mulheres sem sofrer profundas modificações. As acomodações também teriam que ser alteradas, para ter privacidade, o que não existia entre os estudantes masculinos. Assim, o VMI concluiu que tais alterações para acomodar estudantes femininas seriam tão drásticas como destruir o seu programa de ensino. Desta forma, havia argumento para manter a discriminação sexual para aquele método de educação. O Instituto ainda criou um programa paralelo, em um colégio vizinho, apenas para mulheres, a fim de salvar a escola exclusiva para homens. A juíza Ginsburg, da Suprema Corte, chamou o programa paralelo para mulheres de “sombra pálida” do VMI, por faltar a igualdade material.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, por 6 votos a 2⁹⁷, considerou inconstitucional a exclusão de mulheres do VMI, por violar a norma de igual proteção prevista na 14ª Emenda Constitucional, considerando que a discriminação baseada em gênero, neste caso, não tinha fundamento jurídico.

A decisão da Suprema Corte é considerada minimalista, pois foi limitada a este caso, uma vez que os juízes se recusaram claramente a falar mais sobre a legitimidade da discriminação baseada em gênero na educação. Não proferiram uma decisão que pudesse alcançar outras instituições de educação que também adotassem a separação dos alunos por gênero ou admitissem apenas homens ou mulheres.

Também é considerada minimalista a decisão em *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), que declarou inconstitucional a Emenda n. 2 à Constituição do Estado do Colorado,

⁹⁷ A juíza Ginsburg deliberou a decisão da Corte e foi seguida pelos juízes Stevens, O'Connor, Kennedy, Souter e Breyer. O juiz Rehnquist apresentou um parecer favorável no julgamento. O juiz Scalia apresentou um voto dissidente e o juiz Thomas não tomou parte na decisão do caso.

que proibia os governos estadual e locais de promulgar leis ou políticas a fim de proteger os direitos de homossexuais.

A emenda foi imediatamente contestada por oito indivíduos e pelas cidades de Denver, Boulder e Aspen, que tinham direitos garantidos aos homossexuais. O processo foi contra o governador do Colorado, Roy Romer, o procurador-geral Gale Norton e o próprio Estado do Colorado. O fundamento do processo era a violação à liberdade de expressão, garantida na 1ª Emenda, bem como o direito à igual proteção da lei, previsto na 14ª Emenda.

A Suprema Corte decidiu por 6 votos a 3 pela inconstitucionalidade da Emenda 2 à Constituição do Estado do Colorado. O Juiz Kennedy, que proferiu a decisão da Corte seguida pela maioria⁹⁸, concluiu que aquela emenda classificava os homossexuais a fim de torná-los desiguais em relação às outras pessoas. Afirmou, ainda, que um Estado não pode considerar uma categoria de pessoas como estranhas às suas leis, o que viola a norma de igual proteção.

Neste caso a Suprema Corte discutiu restritamente a discriminação por orientação sexual, não mencionando outros casos que ocorriam, tal como a exclusão de homossexuais das Forças Armadas ou a proibição de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Sunstein (1999) esclarece que a decisão foi bastante escassa em fundamentação. Além disso, reforça que a característica minimalista é perfeitamente aceitável neste caso, à luz da complexidade e novidade das ideias levantadas pelos ataques constitucionais sobre discriminação contra homossexuais.

Porque essas questões são tão novas, e porque elas são uma parte da contínua deliberação política, a Corte estava correta em estabelecer um julgamento restrito e teoricamente incompleto, que permita espaço para o futuro debate político e judicial. (SUNSTEIN, 1999, p. 138, tradução nossa)⁹⁹.

Além de decisões restritas, os minimalistas buscam decisões que são superficiais e não profundas, no sentido teórico, tentando produzir justificativas e resultados sobre os quais diversas pessoas possam concordar, não obstante discordem sobre questões fundamentais. Sunstein (2009) exemplifica:

Por exemplo, as pessoas vigorosamente contestam o sentido fundamental da garantia da liberdade de expressão. A garantia deve ser vista como a proteção do próprio governo democrático, ou o mercado de ideias, ou a autonomia individual? Ou

⁹⁸ Concordaram com o juiz Kennedy os juízes Stevens, O'Connor, Souter, Ginsburg e Breyer. O Juiz Scalia proferiu voto dissidente e foi seguido pelos juízes Rehnquist e Thomas.

⁹⁹ "Because those issues are so new, and because they are a part of continuing political deliberation, the Court was right to provide a narrow and incompletely theorized judgment, one that allows room for future political and judicial debate."

considere as disposições sobre religião da Constituição. Essas devem ser entendidas como um esforço para reconhecer a dignidade da consciência privada, ou para minimizar conflitos religiosos, ou para tornar o próprio governo viável, ou em vez disso aumentar a utilidade social? (SUNSTEIN, 2009, p. 41-42, tradução nossa)¹⁰⁰.

De acordo com Sunstein (2009), os minimalistas não esperam resolver essas questões, mas sim, que suas decisões possam atrair o apoio compartilhado de pessoas que estão comprometidas com um ou outro desses entendimentos fundamentais, ou que estão inseguras sobre os fundamentos dos princípios constitucionais. “Os minimalistas querem juízes para decidir os casos sem tomar posições sobre as questões mais profundas na vida social.” (SUNSTEIN, 2009, p. 42, tradução nossa)¹⁰¹.

A preferência minimalista por decisões superficiais, ou com pouca profundidade (*shallowness*), de acordo com Sunstein (2009), está radcada em três considerações. A primeira consiste em simplificar as responsabilidades do juiz na hora de decidir, isto é, torna-se muito mais fácil resolver as disputas, uma vez que não precisa se preocupar em decidir os fundamentos de direito, principalmente na área constitucional, que podem ser extremamente difíceis e que, diante da superficialidade, é desnecessário.

A segunda consideração está relacionada à prevenção de erros. Um julgamento judicial em favor de uma ou outra razão fundamental pode produzir erros significativos. Já uma decisão com pouca profundidade teórica está “menos propensa a erros, simplesmente pela virtude de seu agnosticismo sobre as grandes questões do dia.” (SUNSTEIN, 2009, p. 42, tradução nossa)¹⁰². Neste sentido, Sunstein (2009) acredita que se algumas causas fundamentais, ou todos os litigantes razoáveis, podem convergir sobre uma justificativa ou um resultado, há bom motivo para acreditar que ele está correto.

Com a terceira consideração, Sunstein (2009) defende que as decisões superficiais tendem a promover a paz social ao mesmo tempo em que mostram um alto grau de respeito com aqueles que divergem sobre questões de alta complexidade.

Considere um julgamento, sobre as disposições de religião, que podem ser aceitas por aqueles com diferentes convicções religiosas, ou sem quaisquer convicções religiosas. Em uma sociedade heterogênea, é geralmente valioso garantir aos cidadãos, na medida do possível, que os seus próprios compromissos mais profundos não têm sido decidido fora dos limites. Ao realizar esta tarefa, decisões

¹⁰⁰ “For example, people vigorously dispute the underlying purpose of the free speech guarantee. Should the guarantee be seen as protecting democratic self-government, or the marketplace of ideas, or individual autonomy? Or consider the Constitution’s religion clauses. Should these be understood as an effort to recognize the dignity of the private conscience, or to minimize religious strife, or to make self-government feasible, or instead to increase social utility?”

¹⁰¹ “Minimalists want judges to decide cases without taking stands on the deepest questions in social life.”

¹⁰² “[...] less error-prone, simply by virtue of its agnosticismo on the great issues of the day.”

superficiais reduzem a intensidade dos conflitos sociais. Este ponto prático é complementado pelo fato de que aqueles que buscam a superficialidade estão demonstrando respeito para competir compromissos fundamentais. (SUNSTEIN, 2009, p. 42, tradução nossa)¹⁰³.

Sunstein (2009) também explica que a diferença entre a superficialidade ou pouca profundidade (shallowness) e a profundidade (depth) é de grau. Assim, as decisões judiciais possuem fundamentos, que exigem um grau de profundidade, pois ninguém aceitará uma decisão que simplesmente declare “Porque nós dizemos assim”. O ponto destacado por Sunstein (2009) é que os minimalistas buscam fundamentos que sejam minimamente controversos e que possam atrair o apoio de pessoas que estão inseguras ou que discordam sobre as questões de alta complexidade.

Portanto, para Sunstein (2009), as decisões restritas e superficiais (minimalistas) podem reduzir os custos da decisão e ao mesmo tempo reduzir os custos do erro. Além disso, permitem um grande espaço para a discussão e debate democrático, isto é, os participantes do processo político, com visões diferentes (muitas mentes)¹⁰⁴, podem continuar a debater as questões fundamentais.

4.3 Acordos incompletamente teorizados: decisões superficiais (gerais)

Os juízes minimalistas preferem deixar a definição de matérias mais profundas, que envolvem princípios gerais, para a deliberação e o consenso democrático, considerando a pluralidade e o multiculturalismo social. Assim, no próprio tribunal, que é formado por pessoas com diferentes concepções, é mais fácil convergir sobre aspectos mais gerais.

Sunstein (1996) exemplifica e explica:

Assim, por exemplo, sabemos que o homicídio é errado, mas discordamos sobre se o aborto é errado. Somos a favor da igualdade racial, mas estamos divididos sobre ação afirmativa. Acreditamos na liberdade, mas discordamos sobre aumentos no salário mínimo. Daí o fenômeno jurídico e político difundido de um acordo sobre um princípio geral ao lado de desacordo sobre casos específicos. O acordo é

¹⁰³ “Consider a judgment, about the religion clauses, that can be accepted by those with different religious convictions, or with no religious convictions at all. In a heterogeneous society, it is generally valuable to assure citizens, to the extent possible, that their own deepest commitments have not been ruled off-limits. By accomplishing this task, shallow rulings reduce the intensity of social conflicts. This practical point is supplemented by the fact those who seek shallowness are demonstrating respect for competing foundational commitments.”

¹⁰⁴ Referência ao livro de Cass Sunstein, “*A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn’t mean what it meant before*”, no qual ele afirma que decisões minimalistas concedem às muitas mentes uma oportunidade para contribuírem com seu próprio conhecimento para problemas sociais (SUNSTEIN, 2009, p. 45).

incompletamente teorizado, no sentido que é *incompletamente especificado*. (SUNSTEIN, 1996, p. 35, tradução nossa)¹⁰⁵.

Os acordos incompletamente teorizados são muito comuns na discussão das normas constitucionais, principalmente durante o período de elaboração da constituição. Normas abstratas protegem a “liberdade de expressão”, a “liberdade religiosa” e a “igualdade”. Os cidadãos concordam com a proteção dessas abstrações, enquanto discutem acirradamente sobre o que essas disposições realmente impõem (SUNSTEIN, 1996).

Acordos incompletamente especificados também têm usos sociais importantes, com vantagens práticas, pois permitem que as pessoas desenvolvam estruturas para decisão e julgamento, não obstante mantenham desacordos de grande escala. Ao mesmo tempo, conforme explica Sunstein (1996), os acordos auxiliam a produzir um alto grau de solidariedade social e compromisso compartilhado.

Portanto, essas formas de acordo ajudam a construir e consolidar uma cultura democrática e se mostram muito importantes na elaboração e interpretação de normas constitucionais.

Os acordos incompletamente especificados também têm a vantagem de permitir as pessoas mostrarem umas as outras um alto grau de respeito mútuo. Ao se recusar a resolver casos concretos que suscitam questões fundamentais de consciência, eles permitem que os cidadãos anunciem uns aos outros que a sociedade não deve tomar lados sobre estas questões até que ela seja obrigada a fazê-lo. (SUNSTEIN, 1996, p. 36, tradução nossa)¹⁰⁶.

Sunstein (1996) ainda explica outra forma de acordo incompletamente teorizado: “Às vezes as pessoas concordam sobre um princípio de nível médio, mas discordam sobre teoria geral e casos específicos.” (SUNSTEIN, 1996, p. 36, tradução nossa)¹⁰⁷. Assim, por exemplo, os juízes podem concordar que o governo está proibido de regular a liberdade de expressão, salvo se demonstrar um perigo manifesto e atual, mas podem discordar sobre se este princípio está fundado em considerações utilitárias ou kantianas e, ainda, discordar se o princípio

¹⁰⁵ “Thus, for example, we know that murder is wrong, but disagree about whether abortion is wrong. We favor racial equality, but are divided on affirmative action. We believe in liberty, but disagree about increases in the minimum wage. Hence the pervasive legal and political phenomenon of an agreement on a general principle alongside disagreement about particular cases. The agreement is incompletely theorized in the sense that it is *incompletely specified*.”

¹⁰⁶ “Incompletely specified agreements also have the advantage of allowing people to show one another a high degree of mutual respect. By refusing to settle concrete cases that raise fundamental issues of conscience, they permit citizens to announce to one another that society shall not take sides on such issues until it is required to do so.”

¹⁰⁷ “Sometimes people agree on a mid-level principle but disagree about both general theory and particular cases.”

permite o governo regular um discurso próprio para membros da Ku Klux Klan (SUNSTEIN, 1996).

Além desse, o Professor de Harvard explica mais um tipo de acordo incompletamente teorizado, o qual confessa interessá-lo mais e, preferencialmente, ao Direito. Trata-se de acordos incompletamente teorizados sobre resultados específicos, acompanhados por acordos sobre os princípios restritos ou de baixo nível que os fundamentam.

Assim, primeiro é necessário entender alguns termos utilizados por Sunstein:

Pelo termo “resultado específico”, quero dizer o julgamento sobre quem ganha e quem perde um caso. Pelo termo “princípios de baixo nível”, me refiro a algo relativo, não absoluto; quero dizer a mesma coisa para os termos “teorias e abstrações” (que uso indistintamente). (SUNSTEIN, 1996, p. 37, tradução nossa)¹⁰⁸.

De acordo com Sunstein (1996) não há fórmula para distinguir entre uma teoria de nível alto¹⁰⁹ e outras de nível intermediário ou mais baixo. Por isso, ele considera que as noções “nível baixo”, “alto” e “abstrato” são melhores entendidas em termos comparativos, tais como os termos “grande”, “velho” e “incomum”.

Por exemplo, o critério “perigo manifesto e atual” é uma abstração (ou teoria) relativa quando comparado com a reivindicação de que os membros do Partido Nazista podem marchar em Skokie, Illinois. Mas a ideia de “perigo manifesto e atual” é relativamente específica quando comparada com a pretensão que as nações devem adotar a norma constitucional abstrata “liberdade de expressão”. Já o mesmo termo “liberdade de expressão” é uma abstração (ou teoria) relativa quando medida em relação à aceitação de leis para financiamento de campanha ou, ainda, é menos abstrato que os fundamentos que justificam a liberdade de expressão, como, por exemplo, no princípio da autonomia pessoal. (SUNSTEIN, 1996).

Desta forma, o que Sunstein (1996) busca enfatizar é que quando as pessoas divergem sobre uma proposição de nível alto, elas podem ser capazes de chegar a um acordo quando baixam o nível de abstração. Os julgamentos incompletamente teorizados em casos específicos são o material comum do direito. O ponto do acordo é, muitas vezes, altamente especificado, no sentido que envolve um resultado específico e um conjunto de motivos que não fogem muito do caso em julgamento.

¹⁰⁸ “By the term “particular outcome,” I mean the judgment about who wins and who loses a case. By the term “low-level principles,” I refer to something relative, not absolute; I mean to do the same thing by the terms “theories” and “abstractions” (which I use interchangeably).”

¹⁰⁹ Sunstein (1996) considera como exemplo de teorias de nível alto o kantianismo e o utilitarismo.

Assim, os minimalistas defendem decisões mais superficiais do que profundas, ou seja, os resultados concretos são apoiados por raciocínio modesto e não em teorias abstratas. Deste modo, os juízes podem convergir sobre a decisão para o caso concreto, mesmo com fundamentos diferentes ou quando não tenham certeza sobre os fundamentos adequados. Dessa forma, os juízes minimalistas decidem os casos ao invés de adotar teorias (SUNSTEIN, 1999).

Não se deve, no entanto, acreditar que os acordos incompletamente teorizados não são fundamentados. Há uma grande diferença entre a recusa em dar um argumento ambicioso para uma decisão e a recusa em dar quaisquer razões. Às vezes a ambição é simplesmente desnecessária, e fundamentações de nível baixo constituindo acordo entre pessoas diferentes são totalmente suficientes (SUNSTEIN, 1999).

Os acordos incompletamente teorizados também são a base dos usos construtivos do silêncio. Quando os juízes resolvem deixar determinadas questões fundamentais em aberto, isto é, ficam em silêncio ou decidem “não decidir”, permitem a continuação do debate democrático sobre o tema e decisões posteriores. O Judiciário não fecha a questão. É a ideia básica do minimalismo judicial, isto é, “dizer não mais que o necessário para justificar um resultado, e deixar tanto quanto possível não decidido” (SUNSTEIN, 1999, p. 3, tradução nossa)¹¹⁰.

4.4 Minimalismo judicial e a promoção da democracia deliberativa

Sunstein (1999) está consciente que tanto o maximalismo quanto o minimalismo podem promover a democracia.

O autor norte-americano admite, inclusive, que é um projeto facilmente imaginável a promoção da democracia através do maximalismo (SUNSTEIN, 1999). Basta que os tribunais mantenham seu olhar voltado para os objetivos democráticos, proferindo decisões com entendimentos ambiciosos (amplos e teoricamente profundos). Como visto acima, isso é possível em determinadas circunstâncias. Mas Sunstein (1999) adverte que os juízes estão cientes de que eles podem estar sujeitos a erros e, por esta razão, geralmente são cautelosos sobre decisões que encerram o processo político.

Uma decisão ampla e antecipada proferida pela Corte, ainda que esteja correta, pode ter efeitos sistêmicos lamentáveis, como impedir a evolução, a adaptação e a troca

¹¹⁰ “[...] saying no more than necessary to justify an outcome, and leaving as much as possible undecided (...)”.

argumentativa que tendem a acompanhar a reforma social permanente (SUNSTEIN, 1999). Por isso o autor norte-americano explica suas objeções à decisão no caso *Roe v. Wade*. Nesta, que foi a primeira confrontação da Suprema Corte com a questão do aborto, em 1973, os juízes estabeleceram um conjunto de regras a ser seguido sempre que a questão surgisse. A Corte decidiu em excesso e muito rapidamente, quando deveria ter permitido a efetividade do processo democrático dos Estados, por mais tempo, a fim de deliberarem e adaptarem soluções genéricas para a questão do aborto (SUNSTEIN, 1999).

Desta forma, os juízes cautelosos, que intencionam promover a deliberação democrática, podem fazê-la com estratégias minimalistas, o que estimula os dois objetivos da democracia deliberativa: a responsabilidade política e a motivação. Essas estratégias, em regra, valorizam o processo legislativo, como exemplifica Sunstein:

1. Um tribunal pode derrubar leis vagas precisamente porque elas garantem que os membros do Poder Executivo, ao invés dos representantes eleitos, determinarão o conteúdo da lei;
2. Um tribunal pode usar a doutrina de não delegação para exigir decisões legislativas ao invés de executivas sobre determinadas matérias;
3. Um tribunal pode interpretar normas ambíguas de modo a mantê-las longe do terreno da dúvida constitucional, com base na teoria que julgamentos constitucionalmente problemáticos, para serem acolhidos, devem ser feitos por órgãos politicamente responsáveis, e não por burocratas e administradores. Esta ideia de “afirmação clara” é a versão pós-New Deal da doutrina de não delegação; isso mostra que a doutrina não está realmente morta, mas é usada de uma forma mais modesta e direcionada para garantir que certas decisões são tomadas pelo Congresso e não pelo Executivo.
4. Um tribunal pode invocar a doutrina de desuso, que proíbe o uso de leis antigas que não têm apoio público atual, para exigir mais na forma de responsabilidade e deliberação.
5. Um tribunal pode exigir que a discriminação seja justificada pela referência ao real e não aos fins hipotéticos, deixando assim em aberto a questão de saber se as justificativas seriam adequadas se realmente oferecidas e encontradas convincentes na política.
6. Um tribunal pode tentar garantir que todas as decisões sejam apoiadas pelas justificativas reconhecidas pelo público e não pelo poder e interesse próprio; pode, neste modo, moldar e fiscalizar o sistema de razão pública. (SUNSTEIN, 1999, p. 27, tradução nossa)¹¹¹.

¹¹¹ “1. A court might strike down vague laws precisely because they ensure that executive branch officials, rather than elected representatives, will determine the content of the law. 2. A court might use the nondelegation doctrine to require legislative rather than executive judgments on certain issues. 3. A court might interpret ambiguous statutes so as to keep them away from the terrain of constitutional doubt, on the theory that constitutionally troublesome judgments, to be upheld, ought to be made by politically accountable bodies, and not by bureaucrats and administrators. This “clear statement” idea is the post-New Deal version of the nondelegation doctrine; it shows that the doctrine is not really dead but is used in a more modest and targeted way to ensure that certain decisions are made by Congress rather than by the executive branch. 4. A court might invoke the doctrine of desuetude, which forbids the use of old laws lacking current public support, to require more in the way of accountability and deliberation. 5. A court might require discrimination to be justified by reference to actual rather than hypothetical purposes, thus leaving open the question of whether justifications would be adequate if actually offered and found persuasive in politics. 6. A court might attempt to ensure that all decisions are supported by public-regarding justifications rather than by power and self-interest; it might in this way both model and police the system of public reason.”

Essas ideias buscam abordagens judiciais mais restritas e que deixam muitas questões maiores em aberto. Elas promovem os ideais constitucionais sem arriscar uma intervenção judicial excessiva dentro de domínios políticos.

Neste cenário Sunstein cita três julgamentos em que foram proferidas decisões minimalistas pela Suprema Corte dos EUA.

Em *Kent v. Dulles*, 357 U.S. 116 (1958), o pedido de passaporte para Rockwell Kent foi negado pelo Secretário de Estado, sob o argumento que o requerente foi adepto do comunismo por longo tempo. A norma vigente para concessão e emissão de passaporte era bastante vaga e deixava ao poder discricionário do Secretário de Estado a decisão sobre o deferimento ou recusa dos pedidos. Na opinião de Sunstein (1999), algumas decisões simples poderiam ter sido emitidas pela Suprema Corte neste caso: a) invalidar a norma por considerá-la vaga e, portanto, a delegação de autoridade ao Executivo era inconstitucional; ou b) declarar que a recusa do passaporte violou o direito a viajar (direito de liberdade) ou o direito à liberdade de expressão; ou c) declarar que a norma era válida e, por isso, a decisão do Secretário estava plenamente autorizada.

Entretanto, a Suprema Corte tomou outra direção: considerou que a norma era vaga e não deveria ser interpretada de modo a permitir que o Secretário limitasse o direito a viajar. Os juízes não afirmaram que o Congresso tinha permitido expressamente ao Secretário agir assim, nem que o Congresso teria aprovado uma lei inconstitucional. Eles, apenas, entenderam que o Executivo teria essa permissão se o Congresso o autorizasse expressamente, através de uma lei clara. Assim, uma limitação relativa à circulação dos adeptos ao comunismo deveria ser autorizada expressamente pelo Legislativo (SUNSTEIN, 1999).

Desta forma, a decisão da Suprema Corte mostra-se minimalista, pois mesmo considerando a norma vaga, os juízes não resolveram dar uma única interpretação, obrigando que o passaporte fosse emitido ou não, para quem foi adepto do comunismo. Deixaram em aberto essa questão, para deliberação do Poder Legislativo, que é o responsável por decidir a matéria. Neste sentido, a conduta judicial minimalista promove a democracia deliberativa, como defende Sunstein (1999).

O segundo caso citado por Sunstein (1999) é bastante conhecido na jurisprudência norte-americana: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Em 1879 o Estado de Connecticut aprovou uma lei que criminalizava o ato de usar qualquer droga, dispositivo ou outro instrumento para evitar a concepção. Os diretores da Planned Parenthood League of Connecticut, Estelle Griswold e C. Lee Buxton, foram acusados, com base naquela lei estadual, por informarem e aconselharem pessoas casadas sobre como evitar a concepção,

bem como por prescrever dispositivo ou material anticoncepcional para uso da mulher. Os recorrentes alegaram que a lei, tal como aplicada, violava o direito à privacidade do casal, conforme as garantias da 14ª Emenda.

A maioria dos juízes da Suprema Corte decidiu que os recorrentes tinham legitimidade para garantir os direitos constitucionais das pessoas casadas e, que a lei do Estado de Connecticut violava o direito à privacidade conjugal, o qual está na “penumbra das garantias específicas do Bill of Rights” (USA, 1965).

Sunstein (1999) destacou o voto do juiz White, por considerá-lo estreito e superficial¹¹². O juiz White concluiu que o problema real assentava-se na ausência de uma relação próxima entre a justificativa do Estado, que era proibir as relações sexuais ilícitas, e a proibição específica no caso. Assim, o juiz White estava disposto a concordar que a proibição do uso de métodos contraceptivos antes ou fora do casamento seria legítima, mas duvidou que essa proibição dentro do casamento reforçasse a justificativa de proibição do Estado. Então, ele concluiu que a falha no nexo entre os meios e os fins mostrou que a lei estadual realmente repousava sobre outro tipo de justificação: “[...] com toda probabilidade, na crença de que o sexo não procriativo era evento imoral dentro do casamento. Essa crença ajudou a sustentar a promulgação da lei e, provavelmente, ajudou a garantir sua não revogação” (SUNSTEIN, 1999, p. 33, tradução nossa)¹¹³.

Todavia, essa crença já não refletia o pensamento dos cidadãos do Estado e, portanto, não podia fundamentar processos criminais. De outro lado, por se tratar de tema moralmente controvertido na década de 60, portanto uma questão de alta complexidade, o mais adequado seria, realmente, permitir que o assunto fosse mais discutido na sociedade para, então, se fosse o caso, a Suprema Corte decidir, pois a própria sociedade, através de seus representantes eleitos, poderia alterar a legislação.

Destarte, a decisão do juiz White demonstrou uma recusa em adentrar de forma ampla no direito à privacidade, bem como foi direcionada, mais estritamente, sobre a ausência de uma conexão plausível entre a justificativa e a sanção do Estado.

Verifica-se, no voto do juiz White, que a questão mais abrangente (conteúdo do direito à privacidade) foi deixada para discussão em outro momento. Houve uma decisão restrita, devidamente fundamentada, e que poderia obter o consenso dos demais juízes, mesmo com concepções morais ou políticas diferentes.

¹¹² “Justice White’s opinion was both narrow and shallow.” (SUNSTEIN, 1999, p. 33).

¹¹³ “[...] in all likelihood, on the belief that nonprocreative sex was imoral event within marriage. That belief helped support the enactment of the statute and probably helped ensure against its repeal.”

O terceiro julgamento é *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Trata-se de um caso sobre programa de ação afirmativa para admissão no ensino universitário, famoso pela decisão altamente minimalista do juiz Lewis Powell.

A Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, em Davis, mantinha um programa de ação afirmativa, reservando 16 vagas, de um total de 100, para "minorias desfavorecidas". Allan Bakke, que havia se candidato, em 1973 e 1974, a uma vaga no programa regular de admissão da Faculdade de Medicina, tendo sido rejeitado nas duas vezes, realizou estudo comparativo com os alunos admitidos no programa especial. Verificou, então, que seu desempenho foi mais favorável, no entanto, sua raça (branca) foi a única característica distintiva. Assim, Bakke alegou que o programa de admissão especial violava o direito à igual proteção legal, conforme previsto na 14ª Emenda.

A Suprema Corte do Estado da Califórnia julgou favoravelmente o pedido de Bakke e ordenou que a Universidade o admitisse. A Universidade, então, recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, que ficou dividida sobre a matéria. Quatro juízes de cada lado, pensando amplamente sobre aceitar ou recusar programas de ação afirmativa.

O juiz Lewis Powell discordou dos dois lados e sua decisão decorreu de uma análise minuciosa da relação entre o programa de ação afirmativa específico e as justificações invocadas no seu interesse. Constatou que a justificativa mais importante envolvia a necessidade da escola de medicina garantir um grupo discente com raça diversificada, não porque a diversidade de raça era um fim em si mesmo, mas porque a diversidade racial poderia promover a missão educacional da escola. Na visão do juiz Powell esta justificativa era legítima e convincente.

Assim, o juiz Powell rejeitou a visão de que todos os programas de ação afirmativa seriam ilegítimos (visão dos quatro juízes discordantes) e, também, a visão de que todos os programas deveriam ser acolhidos como uma resposta à discriminação do passado (visão próxima dos outros quatro juízes). A preocupação do juiz Powell ao analisar qualquer programa de ação afirmativa estava restrita a sua função em promover objetivos sociais legítimos.

Deste modo, Sunstein (1999) explica que a decisão do juiz Powell foi restrita e deixou muitas questões abertas. Além disso, o juiz enfatizou que aquele programa não foi sustentado por um corpo democraticamente eleito, pois foi uma criação da administração da Universidade, uma instituição que não possuía legitimidade eleitoral. Neste sentido, para Sunstein, “a decisão do juiz Powell foi promotora da democracia” (SUNSTEIN, 1999, p. 34,

tradução nossa)¹¹⁴, deixando para a sociedade decidir sobre a legitimidade ou não dos programas de ação afirmativa de modo geral.

A decisão majoritária da Suprema Corte (cinco votos) ordenou a admissão de Bakke para a escola de medicina da Universidade da Califórnia, em Davis, e considerou inconstitucional aquele programa especial de admissão. No entanto, a Corte não proibiu que a escola considerasse a raça como um fator em futuros programas de admissão.

Nota-se que neste julgamento a Suprema Corte estava extremamente dividida sobre a matéria. Assim, a decisão não poderia ser ampla e profundamente teorizada, no sentido de atingir outros casos, bem como de tentar discutir tudo que fosse possível sobre programas de ações afirmativas. Portanto, uma decisão minimalista, naquele momento, era a postura mais adequada, deixando em aberto uma questão de alta complexidade: a legitimidade dos programas de ação afirmativa.

Os três casos não envolvem decisões amplas, com acordos profundamente teorizados. Pelo contrário, todos envolveram julgamentos em que as pessoas poderiam convergir, ainda que defendessem teorias, crenças e valores divergentes. Tal estratégia permitiu que os grandes temas, mais controversos, não fossem decididos. Todavia, o caso específico levado à Suprema Corte foi decidido e fundamentado. Com isso Sunstein (1999) demonstrou que a conduta minimalista pode ser entendida como um esforço para promover a democracia e a deliberação.

4.5 Minimalismo Burkeano¹¹⁵

De acordo com o Professor Cass Sunstein (2009), os minimalistas Burkeanos acreditam que os princípios constitucionais devem ser construídos de forma progressiva e por analogia, com referência estrita às práticas antigas.

Quando há um conflito entre práticas consagradas pelo tempo e a melhor interpretação da Constituição, os juízes devem ficar atentos às práticas antigas, o que apresenta uma interpretação constitucional conservadora.

Como todos os minimalistas, os Burkeanos insistem em passos menores ao invés de terremotos; eles são desconfiados dos visionários. Mas eles também enfatizam a necessidade dos juízes prestarem cuidadosa atenção às tradições estabelecidas e

¹¹⁴ “[...] Justice Powell’s opinion was democracy-promoting”.

¹¹⁵ Referência ao escritor e político irlandês Edmund Burke, que viveu no século XVIII.

evitar argumentos políticos e morais independentes de qualquer tipo. (SUNSTEIN, 2009, p. 36, tradução nossa)¹¹⁶.

A defesa dos minimalistas Burkeanos reside na referência ao argumento de *mentes*, isto é, se muitas pessoas têm aceitado alguma prática do passado, então os tribunais devem observar esses julgamentos coletivos:

Se muitas pessoas têm acreditado que o casamento entre pessoas do mesmo sexo e suicídio devem ser proibidos, ou que o presidente deve buscar permissão do Congresso antes de ir para a guerra, nós não deveríamos mostrar respeito por seu julgamento coletivo? (SUNSTEIN, 2009, p. 36, tradução nossa)¹¹⁷.

Para Sunstein (2009), dois juízes da Suprema Corte norte-americana foram os maiores praticantes do minimalismo Burkeano – Felix Frankfurter e Sandra Day O’Connor –, pois em seus julgamentos favoreceram os “pequenos passos” (gradualmente) e muita atenção à experiência e tradição. Atualmente, o mais claro defensor desse pensamento na Suprema Corte parece ser o juiz Antonin Scalia (SUNSTEIN, 2008).

Neste sentido, defende-se que a Corte, quando participa do processo de mudança, deve observar um planejamento cauteloso. Conrado Hübner Mendes, analisando obra de Alexander Bickel¹¹⁸, explica:

A pretensão de mudanças bruscas fracassa, quanto mais as tentadas pela corte. Deve evitar espasmos e prezar pela continuidade. O autor menciona dois exemplos opostos: a decisão trágica do caso Dred Scott, que não usou de virtudes passivas para evitar proferir uma decisão de princípio que legitimou um regime repulsivo de escravidão (mesmo que a sociedade ainda não estivesse madura para a total integração, que começou com o caso Brown); e a pena de morte, que ainda não foi extinta nos EUA, mas que poderá ser no momento adequado. (MENDES, 2011, p. 116).

Existem duas formas de Burkeanismo. De acordo com Sunstein (2009), a primeira forma enfatiza as práticas sociais atuais, analisando como elas se prolongam durante o tempo e como se comportam sobre a interpretação adequada da Constituição. “Nesta visão, os juízes em casos constitucionais devem seguir uma concepção distintiva do papel dos juízes de

¹¹⁶ “Like all minimalists, Burkeans insist on small steps rather than earthquakes; they are suspicious of visionaries. But they also emphasize the need for judges to pay careful heed to established traditions and to avoid independent moral and political arguments of any kind.”

¹¹⁷ “If many people have believed that same-sex marriage and suicide should be banned, or that the presidente should seek Congress’s permission before going to war, shouldn’t we show respect for their collective judgment?”

¹¹⁸ Mendes (2011) esclarece que Bickel reconhece explicitamente o espírito conservador de Edmund Burke como fonte de seu trabalho.

direito comum, que é o de respeitar e imitar, em vez de avaliar e desafiar, práticas consagradas pelo tempo.” (SUNSTEIN, 2009, p. 48, tradução nossa)¹¹⁹.

Na segunda forma, os Burkeanos enfatizam a lenta evolução da doutrina judicial no tempo, podendo, portanto, rejeitar rupturas acentuadas do próprio passado do judiciário. “Nesta visão, os juízes atuais devem respeitar aqueles julgamentos anteriores, a fim de proteger as expectativas assentadas, para promover previsibilidade, e para mostrar humildade em face das conclusões de outros juízes.” (SUNSTEIN, 2009, p. 48, tradução nossa)¹²⁰.

Desse modo, Cass Sunstein esclarece que há grandes diferenças entre uma abordagem Burkeana que sobressaia sobre *práticas sociais* ou sobre *decisões judiciais*:

Aqueles que enfatizam práticas seriam céticos em relação a movimentos evolutivos no direito constitucional se esses movimentos dependem dos próprios julgamentos morais ou políticos dos juízes, embora possam ser minimalista. Para Burkeanos que enfatizam práticas, não é legítimo para os juízes construir direito constitucional através de pequenos passos - em, digo, a área de discriminação em razão da orientação sexual - que reflete os próprios julgamentos da Corte ao longo do tempo. Mas para aqueles que veem a evolução caso-a-caso do direito constitucional feita pelo juiz como um projeto burkeano aceitável, os passos judiciais merecem respeito, em parte porque esses passos são improváveis de se afastar radicalmente das convicções públicas. (SUNSTEIN, 2009, p. 49, tradução nossa)¹²¹.

Embora o minimalismo Burkeano seja considerado uma forma de pensamento constitucional conservador, muitos conservadores o rejeitam em favor de duas outras abordagens. A primeira é a originalista, que defende a interpretação da Constituição conforme seu significado ao tempo em que foi ratificada. Os originalistas insistem que os afastamentos do entendimento original são ilegítimos. “Nesta visão, aquele entendimento é a estrela-guia, não práticas consagradas pelo tempo.” (SUNSTEIN, 2009, p. 37, tradução nossa)¹²².

A segunda abordagem é o perfeccionismo conservador, pelo qual os juízes acreditam que devem respeitar o texto e estrutura da Constituição, mas quando houver ambiguidades, os tribunais estão autorizados a adotar a interpretação que faça melhor sentido ao documento ou que se projete na melhor luz.

¹¹⁹ “On this view, judges in constitutional cases should follow a distinctive conception of the role of common-law judges, which is to respect and mimic, rather than to evaluate and challenge, time-honored practices.”

¹²⁰ “On this view, current judges should respect those prior judgments, in order to protect settled expectations, to promote predictability, and to show humility in the face of the conclusions of other judges.”

¹²¹ “Those who emphasize practices would be skeptical of evolutionary movements in constitutional law *if* those movements depend on the judges’ own moral or political judgments, minimalist though they might be. For Burkeans who emphasize practices, it is not legitimate for judges to build constitutional law through small steps – in, say, the area of discrimination on the basis of sexual orientation – that reflect the Court’s own judgments over time. But for those who see the case-by-case evolution of judge-made constitutional law as an acceptably Burkean project, judicial steps deserve respect, in part because those steps are unlikely to depart radically from public convictions.”

¹²² “In their view, that understanding is the lodestar, not time-honored practices.”

Segundo Sunstein (2009), o que aproxima o minimalismo Burkeano, o originalismo e o perfeccionismo conservador é que todas elas desaprovam o pensamento liberal seguido, principalmente, pela Corte Warren. As três abordagens são consideradas conservadoras devido ao compartilhamento de incertezas quanto às decisões da Corte Warren e os argumentos oferecidos pelos defensores mais entusiastas daquela Corte:

A resposta mais simples é que todos os três desaprovam essas formas de pensamento liberal, que culminaram no trabalho da Corte Warren e (na ocasião) de seus sucessores. Todos os três rejeitam as visões liberais de direito constitucional; todos os três rejeitam a ideia, proeminente no final da década de 1960 e início da década de 1970, que a Suprema Corte deve proteger os grupos tradicionalmente desfavorecidos de maiorias políticas. (SUNSTEIN, 2009, p. 38, tradução nossa)¹²³.

O minimalismo Burkeano considera valiosas as tradições constitucionais, estendidas sobre décadas e até séculos, observando aquelas tradições como o produto de incontáveis decisões tomadas por muitos atores. “A tradição funciona como uma espécie de mercado, coletando simultaneamente os desejos e crenças aparentemente sem coordenação de muitas pessoas que dedicaram prolongados e árduos pensamentos sobre diferentes problemas.” (SUNSTEIN, 2008, p. 165).

Desta forma, a Constituição norte-americana deve seu conteúdo a um tipo de sequência espontânea, refletindo os atos e julgamentos de diversas pessoas em diversos momentos na história, que envolve desde grandes figuras (Abraham Lincoln, Woodrow Wilson, Franklin Delano Roosevelt, Martin Luther King Jr.) a pessoas comuns, expressando seus compromissos em muitos domínios (SUNSTEIN, 2009).

No entanto, as tradições não podem simplesmente ser boas porque são tradições. Assim, o Burkeanismo não faz sentido para uma nação que experimentou décadas ou séculos de injustiça e opressão. Sunstein (2009) esclarece que o Burkeanismo é mais bem justificado em termos pragmáticos e aponta seus fundamentos, começando pelo regime democrático:

Eles podem acreditar que o Burkeanismo faz mais sentido apenas para regimes democráticos geralmente com bom funcionamento, como nos Estados Unidos e Inglaterra. Podem apoiar este ponto com a sugestão de que o respeito de Burke por tradições depende de uma crença que muitas mentes participaram na sua construção. Em um regime não democrático, o argumento de muitas mentes para o Burkeanismo está indisponível. (SUNSTEIN, 2009, p. 88, tradução nossa)¹²⁴.

¹²³ “The simplest answer is that all three disapprove of those forms of liberal thought that culminated in the work of the Warren Court and (on occasion) its successors. All three reject liberal visions of constitutional law; all three reject the idea, prominent in the late 1960s and early 1970s, that the Supreme Court should protect traditionally disadvantaged groups from political majorities.”

¹²⁴ “They might believe that Burkeanism makes the most sense only for generally well-functioning democratic regimes, such as those in the United States and England. They might support this point with the suggestion

Outro fundamento está nos objetivos utilitaristas, que são mais facilmente alcançados com o Burkeanismo (SUNSTEIN, 2009). “Alternativamente, eles podem dizer que o fundamento de sua própria visão é mais vago e menos sectário, no sentido que tenta não tomar um padrão sobre as questões filosóficas mais profundas.” (SUNSTEIN, 2009, p. 88, tradução nossa)¹²⁵.

Diante desses fundamentos, Sunstein (2009) conclui que os Burkeanos chegariam a alguma razão geral para explicar porque as tradições merecem respeito. No entanto, o Professor norte-americano explica que o melhor fundamento vem do próprio Edmund Burke, enfatizando que muitas mentes têm contribuído para as práticas antigas, garantindo-lhes um tipo de credencial epistêmica.

Também é preciso avaliar as áreas ou assuntos nos quais o minimalismo Burkeano faz sentido. Sunstein (2009) explica que os Burkeanos mais compromissados indicam seu método em todos os domínios, todavia, ele entende que o argumento para o minimalismo Burkeano é mais forte em algumas áreas do que em outras. “Tem menos força em casos envolvendo discriminação oficial, onde as tradições não são confiáveis, e muito mais atração na área de separação de poderes, onde práticas sensíveis são suscetíveis de ter evoluído ao longo do tempo.” (SUNSTEIN, 2009, p. 92, tradução nossa)¹²⁶.

O Professor Cass Sunstein (2009) explica que a norma de igual proteção e o princípio da liberdade de expressão, por exemplo, não podem ser entendidos em termos Burkeanos. As práticas de discriminação racial e sexual não refletem os julgamentos independentes dos sujeitos que foram discriminados ao longo do tempo, os quais foram obrigados a aceitar um status quo injusto. Os fundamentos para o Burkeanismo também estarão ausentes na prática de censura (supressão da liberdade de expressão) arraigada numa nação.

De outro lado, o minimalismo Burkeano pode ser observado no caso que envolva a independência das agências reguladoras nos EUA, como exemplifica Sunstein:

Por mais de setenta anos, a Suprema Corte permitiu ao Congresso criar agências reguladoras "independentes" – agências cujos diretores não podem ser removidos pelo presidente, simplesmente porque não concorda com eles. Um presidente recém-eleito está alarmado com as visões dos membros nomeados pelo seu antecessor para o National Labor Relations Board – e ele quer demiti-los. Respondendo aos anseios do presidente, o Departamento de Justiça agora ataca a noção de "independência",

that Burke's respect for traditions depends on a belief that many minds have participated in their construction. In an undemocratic regime, the many minds argument for Burkeanism is unavailable.”

¹²⁵ “Alternatively, they might say that the foundation of their own view is more vague and less sectarian, in the sense that it attempts not to take a stand on the deepest philosophical questions.”

¹²⁶ “It has least force in cases involving official discrimination, where traditions are unreliable, and far more appeal in the area of separation of powers, where sensible practices are likely to have evolved over time.”

argumentando que é incompatível com a decisão constitucional para conferir poder executivo em "um Presidente dos Estados Unidos", e não em qualquer outra pessoa. (SUNSTEIN, 2009, p. 35, tradução nossa)¹²⁷.

Se a Suprema Corte dos EUA aceitasse o argumento do Departamento de Justiça, em favor do Presidente, criaria fortes incertezas constitucionais sobre várias outras agências reguladoras e muitas outras instituições estabelecidas. Neste sentido, “não há boa razão para rejeitar a sugestão Burkeana de que os tribunais não devem desestabilizar levemente organizações existentes, aceitas ao longo do tempo pelo Congresso e, igualmente, pelo presidente.” (SUNSTEIN, 2009, p. 90, tradução nossa)¹²⁸.

Sunstein (2009) trata o Burkeanismo sob um entendimento pragmático, considerando, assim, que sua defesa mais adequada está no fundamento de que aqueles que seguem práticas arraigadas, ou que tentam humildemente construir decisões sobre elas, terão melhores resultados em comparação com aqueles que abandonam as tradições ou as avaliam com base em teoria abstrata. Desta forma, fica claro o objetivo utilitarista, indicado acima, como fundamento para o Burkeanismo.

4.6 Objeções ao minimalismo judicial

Cass Sunstein defende o minimalismo judicial, mas também estabelece pontos duvidosos sobre sua adoção, ou seja, não é uma defesa absoluta. Primeiro, o autor norte-americano considera que nem todos os casos serão passíveis de decisões restritas e superficiais, pois em certos contextos esses resultados podem comprometer os objetivos democráticos.

O minimalismo judicial preconiza a redução dos custos da decisão e dos erros judiciais¹²⁹. Além disso, invoca a necessidade de permitir o espaço para deliberação democrática, deixando questões de alta complexidade em aberto, a fim de não comprometer o julgamento de casos futuros, pois novos fatos e perspectivas podem ser apresentados.

¹²⁷ “For over seventy years, the Supreme Court has permitted Congress to create “independent” regulatory agencies – agencies whose heads cannot be removed by the president simply because he disagrees with them. A newly elected president is alarmed by the views of his predecessor’s appointees to the National Labor Relations Board – and he wants to fire them. Responding to the president’s wishes, the Department of Justice now attacks the notion of “independence”, arguing that it is inconsistent with the constitutional decision to vest executive power in “a President of the United States”, and not in anyone else.”

¹²⁸ “There is no good reason to reject the Burkean suggestion that courts should not lightly unsettle existing arrangements, long accepted by Congress and the president alike.”

¹²⁹ É necessário lembrar que Sunstein não utiliza o termo “custos” apenas no sentido monetário ou técnico (SUNSTEIN, 1999).

Entretanto, Sunstein explica que uma decisão estreita e superficial pode ter baixo custo para aquele caso, mas transferir os altos custos para outros julgamentos. O autor cita como exemplo, nos EUA, os julgamentos envolvendo direitos de homossexuais e os relacionados à indenização punitiva na responsabilidade civil (*punitive damages*), devido à ausência de norma clara para avaliar a questão constitucional, o que produziu enorme complexidade em casos subsequentes. Portanto, recusar jurisdição nesses casos, como não admitir o recurso para a Suprema Corte (*writ of certiorari*), pode aumentar fortemente a tensão sobre todo o sistema legal (SUNSTEIN, 1999).

O Professor Neil S. Siegel (2005)¹³⁰ não concorda com o minimalismo e afirma que ele é normativamente sem atrativo porque deixa muita incerteza.

A questão, no entanto, permanece, se existe razão para adotar o minimalismo como uma teoria normativa de controle de constitucionalidade. Considerações normativas podem ser invocadas para justificar o minimalismo? Esta Parte argumenta que a resposta é não. (SIEGEL, 2005, p. 2003, tradução nossa)¹³¹.

Para Sunstein, “Siegel teme que as decisões minimalistas frequentemente deixem problemas importantes para os tribunais inferiores, não para os cidadãos e seus representantes, e, nessa medida, tais decisões não promovam os objetivos democráticos.” (SUNSTEIN, 2005b, p. 128, tradução nossa)¹³². No entendimento de Siegel (2005), o principal papel da Suprema Corte no sistema constitucional norte-americano é como guardião dos direitos fundamentais dos indivíduos, portanto, frequentemente deve fornecer orientações, tanto para os tribunais inferiores quanto para o processo político, emitindo decisões claras, relativamente amplas e profundas, a fim de reduzir os custos agregados da decisão.

Mas Sunstein (2005b) insiste que certas matérias devem mesmo ser deixadas para decisão pelos tribunais inferiores, pois eles servem como filtro e não encerram a discussão, mantendo o debate deliberativo dentro da cidadania como um todo.

Diante disso, a característica da decisão restrita (*narrowness*), assinalada no minimalismo procedimental, pode encontrar obstáculos no Brasil, considerando o requisito da exigência de repercussão geral para os recursos extraordinários serem admitidos a julgamento

¹³⁰ Em 2005 Neil S. Siegel, professor de Direito e Ciência Política na Duke University, escreveu um longo artigo apresentando objeções ao minimalismo judicial. No mesmo ano o Professor Cass Sunstein (2005b) apresentou sua réplica.

¹³¹ “The question remains, however, whether there exists reason to adopt minimalism as a normative theory of judicial review. Can normative considerations be invoked to justify minimalism? This Part argues that the answer is no.”

¹³² “Siegel fears that minimalist decisions often leave important problems to lower courts, not to citizens and their representatives, and to that extent such decisions do not promote democratic goals.”

no STF. De acordo com o art. 102, § 3º da Constituição Federal, o recurso extraordinário será admitido pelo STF, apenas, se mais de um terço dos seus membros decidirem pela existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, que consistem em relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que transcenda os interesses subjetivos das partes em litígio.

Se a repercussão geral for julgada inexistente e, por consequência, o recurso inadmitido, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente. Em caso de admissão do recurso extraordinário, os demais recursos com fundamento em idêntica controvérsia serão sobrestados nos tribunais inferiores até que o STF decida sobre o mérito da questão. A decisão do STF será aplicada pelos tribunais inferiores a todos os recursos perante eles interpostos, afetando, assim, o processamento dos casos individuais com questões similares.

Neste sentido, o caminho seria decidir pela inexistência de repercussão geral aos casos que ainda não estiverem “maduros” para julgamento definitivo pelo STF, ou seja, aquelas questões que ainda precisem de maior reflexão e debate pelos atores políticos.

Sunstein conclui que ele e Siegel concordam que o minimalismo não é para todos os casos:

No final Siegel e eu concordamos que o argumento para o minimalismo é mais forte em uma classe identificável de casos: aqueles em que a sociedade americana está moralmente dividida, aqueles em que a Corte não está confiante de que ela sabe a resposta correta, e aqueles em que a cidadania é susceptível de beneficiar mais debate e reflexão sustentada. (SUNSTEIN, 2005b, p. 128, tradução nossa)¹³³.

Em vez disso, o minimalismo pode ser apropriado em casos que suscitem questões relativas na qual, como o Professor Sunstein tem desenvolvido de forma persuasiva, exista profundo desacordo moral na sociedade americana; a Corte tinha boa razão para não estar confiante de que sabe (ou seria sensato impor ao país em um determinado momento) a resolução adequada; e os cidadãos, ao lidar com a questão, podem se beneficiar com - e realmente se envolver em - maior debate e reflexão democrática. (SIEGEL, 2005, p. 2016, tradução nossa)¹³⁴.

Também é possível que o minimalismo não seja adequado quando o interesse em jogo deve ser julgado fora dos limites da política ou quando há problemas nos processos de

¹³³ “In the end Siegel and I agree that the argument for minimalism is strongest in an identifiable class of case: those in which American society is morally divided, those in which the Court is not confident that it knows the right answer, and those in which the citizenry is likely to profit from more sustained debate and reflection.”

¹³⁴ “Rather, minimalism may be appropriate in cases raising questions concerning which, as Professor Sunstein has developed persuasively, there exists profound moral disagreement within American society; the Court has good reason not to be confident that it knows (or would be wise to impose on the country at a certain time) the appropriate resolution; and the citizenry, in grappling with the question, might profit from — and actually engage in — further democratic debate and reflection.”

deliberação democrática existentes, que os impedem de funcionar bem. Assim, Sunstein (1999) explica que grupos de interesse bem organizados podem frustrar processos deliberativos, aproveitando-se de problemas coletivos enfrentados por seus adversários. Nos EUA os exemplos citados foram as questões constitucionais referentes às indenizações punitivas (*punitive damages*), publicidade comercial e direitos dos homossexuais, uma vez que poderosos grupos privados podiam estar produzindo legislação não razoável ou impedindo mudança desejável. (SUNSTEIN, 1999).

Outro problema considerado por Sunstein é a ausência de decisões judiciais precisas, que privam os participantes do processo democrático por não conhecerem o motivo sobre o qual devem se posicionar. Deste modo, quando o tribunal decide com exatidão, os grupos interessados podem pressionar o Congresso para discutir as questões importantes, impulsionando a deliberação democrática. Portanto, às vezes, o maximalismo se justifica.

Assim, o caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)¹³⁵ é um exemplo justificado de decisão maximalista (ampla e profunda), pois a Suprema Corte estava confiante em sua decisão para por fim à segregação racial. Sunstein, inclusive, admite que este caso é o exemplo mais forte contra sua defesa do minimalismo judicial: quando a sociedade estiver completamente dividida sobre questões morais ou políticas, aquela deve ser a conduta adotada pela Corte (SUNSTEIN, 1999). Entretanto, o professor de Harvard explica que “essa decisão não veio como um raio do céu” (SUNSTEIN, 1999, p. 38, tradução nossa)¹³⁶. Vários casos anteriores testaram a proposição que “separados” eram “iguais”. Portanto, *Brown* foi o ápice de uma série de decisões anteriores, que seguiram o caminho minimalista.

Outra objeção ao minimalismo, levantada por Siegel, se refere à comparação entre o Judiciário e outras instituições (Presidente, Congresso e Estados), considerando as pressões políticas. Assim, Siegel também invoca a decisão “heroica” em *Brown v. Board of Education*, e enfatiza que “os juízes são mais isolados das pressões de políticas majoritárias e, portanto,

¹³⁵ O caso, que veio a ser conhecido como *Brown v. Board of Education* era na verdade o nome dado a cinco casos separados que foram levados à Suprema Corte dos Estados Unidos, sobre a questão da segregação nas escolas públicas. Estes casos foram *Brown v. Board of Education de Topeka*, *Briggs v. Elliot*, *Davis v. Board of Education de Prince Edward County (VA.)*, *Boiling v. Sharpe*, e *Gebhart v. Ethel*. Embora os fatos de cada caso fossem diferentes, a principal questão em cada um era a constitucionalidade da segregação promovida pelo Estado nas escolas públicas, sob a política de “separados mas iguais”. A principal alegação era de que os sistemas de ensino separados para brancos e negros eram desiguais e, assim, violavam a norma de igual proteção prevista na 14ª Emenda da Constituição dos EUA. Em 14 de maio de 1954, a Suprema Corte, sob a presidência do juiz Earl Warren, declarou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas.

¹³⁶ “That decision did not come like a thunderbolt from the sky.”

melhor equipados para proteger direitos das minorias” (SIEGEL, 2005, p. 2015, tradução nossa)¹³⁷.

Sunstein (2005b) reforça que esta é uma visão plausível e consagrada pelo tempo, defendida no todo ou em parte por Bickel, Dworkin e John Hart Ely e que, certamente, é fácil encontrar casos nos quais o isolamento da Corte serviu bem a nação. Entretanto, Sunstein alerta que ao celebrar a decisão em *Brown*, vários outros casos¹³⁸ não podem ser esquecidos. Assim, o entendimento de que o isolamento da Corte é melhor para defender "os direitos das minorias" não deve ser tomado como infalível. Do ponto de vista moral, o isolamento das pressões majoritárias, às vezes, é o problema, não a solução.

Sunstein (2005b) concorda com Neil S. Siegel (2005), quando este afirma que uma decisão pode ser minimalista em uma dimensão, mas também pode ser ampla e profunda em outra dimensão¹³⁹⁻¹⁴⁰. “Se um tribunal invocar uma razão processual para evitar os méritos,

¹³⁷ “(...) the Justices are more insulated from the pressures of majoritarian politics and therefore better equipped to protect minority rights.”

¹³⁸ “*Dred Scott v. Standford* ou *Lochner v. New York* ou *Coppage v. Kansas* – ou, para aquela matéria, *United States v. Morrison*, *Kimel v. Florida Board of Regents*, *City of Boerne v. Flores*, *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*, *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, e *Gratz v. Bollinger*.” (SUNSTEIN, 2005b, p. 129)

¹³⁹ “Assim, a presença de uma decisão minimalista não fornece indicação de que os Juízes compartilham o projeto democrático da teoria. Eu enfatizo este ponto por uma razão. Ao afirmar que “[a] atual Suprema Corte abraça o minimalismo”, o Professor Sunstein parece sugerir não só que os juízes tornam as decisões mais estreitas e superficiais razoavelmente possíveis, mas também que eles são motivados por valores substantivos minimalistas. Esta afirmação motivacional é, em grande parte, não confirmável.” (SIEGEL, 2005, p. 1965-1966, tradução nossa).

“Accordingly, the presence of a minimalist opinion provides no indication that the Justices share the theory’s democratic project. I emphasize this point for a reason. In stating that “[t]he current Supreme Court embraces minimalism,” Professor Sunstein appears to suggest not only that the Justices render the narrowest and shallowest decisions reasonably possible, but also that they are motivated by minimalist substantive values. That motivational assertion is largely nonfalsifiable.”

¹⁴⁰ Esta possibilidade é verificada no caso *Windsor v. United States* (570 U.S.), julgado pela Suprema Corte dos EUA em 26/06/2013. De acordo com Maria Eugênia Bunchaft (2014), a decisão do Juiz Kennedy, que redigiu a opinião majoritária, possui elementos minimalistas e maximalistas. Neste caso a Suprema Corte declarou, por 5 votos a 4, a inconstitucionalidade da seção 3 do *The Defence of Marriage Act* (DOMA), que “definía o casamento como uma união legal entre homem e mulher, restringindo os benefícios da seguridade social e questões relativas a benefícios para funcionários públicos, imigração e declarações fiscais conjuntas ao casamento heterossexual, não se aplicando a uniões homossexuais” (BUNCHAFT, 2014, p. 139). Assim, nos Estados que admitiam o casamento homossexual havia tratamento desigual entre os regimes de casamento: os casais homossexuais viviam como casados para a lei do Estado, mas não casados para o propósito da lei federal (DOMA). Segundo Bunchaft (2014, p. 140), “a decisão não afirma que há um direito fundamental ao casamento gay em nível nacional, assumindo, nesse ponto, uma postura minimalista”. A decisão do Juiz Kennedy poderia continuar na trilha minimalista, restrita aos argumentos do federalismo, isto é, argumentando que o casamento deveria ser regulado pela lei de cada Estado, faltando autoridade ao governo federal. No entanto, também “assumiu contornos maximalistas, baseando-se na cláusula da *Equal Protection*, que proibiria o governo federal de tratar o casamento entre pessoas do mesmo sexo de forma diversa dos casais heterossexuais, criando um regime de matrimônio contraditório dentro do mesmo Estado.” (BUNCHAFT, 2014, p. 141).

aquela mesma razão podia ser fundamentada ambiciosamente ou se aplicar a uma ampla gama de problemas não apresentados à Corte.” (SUNSTEIN, 2005b, p. 127, tradução nossa)¹⁴¹.

Desta forma, Sunstein reforça que a opção entre uma conduta judicial minimalista ou maximalista não pode ser definida em abstrato: “Esta não é uma questão perceptível. A escolha entre o minimalismo e as alternativas depende em parte de considerações pragmáticas e em parte de julgamentos sobre as capacidades de diversos atores institucionais.” (SUNSTEIN, 1999, p. 56, tradução nossa)¹⁴².

Esse viés pragmático do minimalismo judicial defendido por Sunstein foi criticado pelo Professor Ronald Dworkin (2010). Para Dworkin, Sunstein está inserido entre os membros da uma escola de pensamento “antiteórica”. Para explicar essa afirmação é necessário analisar como Dworkin compreende o raciocínio jurídico.

Dworkin (2010) apresenta duas formas de abordagem do raciocínio jurídico: teórica e prática. A abordagem teórica pressupõe um vasto campo de justificação, aplicando-se aos problemas jurídicos específicos uma ampla rede de princípios abstratos de natureza jurídica ou de moralidade política.

A abordagem teórica do raciocínio jurídico conta com a ascensão justificadora. Assim, quando o intérprete está diante de duas ou mais possibilidades para justificar a decisão sobre determinado tema, deve buscar a proposição de direito verdadeira, que está sustentada pela melhor interpretação da prática jurídica geral. Para isso deve recorrer à ascensão justificadora, a fim de verificar o argumento jurídico no caso prático específico e em outras decisões, atuais e hipotéticas.

No entanto, Dworkin defende que a ascensão teórica é uma questão prática, ou seja, saber até que ponto o advogado ou juiz deve se aventurar neste território mais geral depende das contestações à concepção teórica do direito trazida pelos outros juristas ou autoridades judiciais. Desta forma, conclui Dworkin, qualquer argumento jurídico é vulnerável à ascensão justificadora, com a necessidade do reexame de alguma parte do argumento, mesmo que não se saiba, inicialmente, quando e como (DWORKIN, 2010).

Embora Sunstein entenda que a ascensão teórica é difícil para os juízes do mundo real, o professor de Harvard não a desconsidera totalmente para algumas matérias jurídicas:

¹⁴¹ “If a court invokes a procedural ground to avoid the merits, that very ground might be ambitiously reasoned or apply to a wide range of problems not before the Court.”

¹⁴² “This is not a sensible question. The choice between minimalism and the alternatives depends partly on pragmatic considerations and partly on judgments about the capacities of various institutional actors.”

Ascensões conceituais podem ser desejáveis; elas podem até ser inevitáveis. Na área da igualdade racial e sexual, a Suprema Corte esteve disposta a pensar bastante profundamente, e isso é totalmente apropriado tendo em vista a exposição prolongada da Corte às questões fundamentais, sua disposição geral para proceder gradualmente, e os problemas óbvios com a confiança nos processos democráticos para resolver todos os problemas importantes. (SUNSTEIN, 1999, p. 248, tradução nossa)¹⁴³.

Já na abordagem prática não se exigem teorias amplas, gerais e abrangentes. “Uma decisão judicial é um acontecimento político, e juízes, advogados e todos os que refletem sobre o direito devem voltar sua atenção para o problema prático imediato que qualquer acontecimento político apresenta.” (DWORKIN, 2010, p. 73). Neste caso, a preocupação é voltada para as consequências de decisões diferentes, dispensando-se, portanto, o complexo teórico da filosofia política.

Ao tratar dos antiteóricos que criticam seu trabalho, Dworkin (2010) explica o motivo de tantos intelectuais desconfiarem de teorias no fim do século XX, remontando ao início do século, que esteve impregnado de ideologias não muito proveitosas. Assim, Dworkin volta sua atenção àqueles que denomina de “críticos que pertencem à tendência dominante”, destacando a Escola de Chicago, especificamente o juiz Posner e o professor Cass Sunstein (DWORKIN, 2010).

Segundo Dworkin, o Professor Sunstein nega uma descrição de raciocínio jurídico, defendendo que “juristas e juízes devem se abster, mesmo no exercício da responsabilidade do julgamento individual, de aventurar-se nos domínios mais abstratos da teoria moral política.” (DWORKIN, 2010, p. 97). Dworkin, então, questiona a partir de que base menos “completamente” teórica deveria o juiz tomar a decisão, e apresenta a resposta de Sunstein: “Ele oferece a solução de Levi ao afirmar que, para decidir os casos difíceis, os juízes não devem se voltar para níveis teóricos mais abstratos, mas para algo mais próximo da prática advocatícia – por analogia.” (DWORKIN, 2010, p. 99).

Sunstein utiliza-se de uma analogia para explicar:

Claro que há um sentido em que a filosofia é fundamental para o Direito, assim como a física teórica é de certa forma fundamental para a construção de aviões. E, por vezes, aqueles que constroem aviões precisam saber algo sobre física teórica. Mas, na prática ordinária, aqueles confrontados com os problemas gerados pela construção de aviões não são assistidos por causas dos fundamentos da física; estas causas podem ser confusas para as pessoas de tempo e capacidades limitadas, e ponderá-las pode desviar os construtores de bom desempenho das tarefas em mãos.

¹⁴³ “Conceptual ascents may be desirable; they may even be inevitable. In the area of equality on the basis of race and sex, the Supreme Court has been willing to think fairly deeply, and this is altogether proper in view of the Court’s extended exposure to the underlying questions, its general willingness to proceed incrementally, and the obvious problems with relying on democratic processes to solve all of the relevant problems.”

O mesmo vale para juízes e advogados comuns. (SUNSTEIN, 1999, p. 256, tradução nossa)¹⁴⁴.

Dworkin (2010) entende que mesmo o método da analogia necessita da teoria. Sunstein não desconsidera essa possibilidade: “Como tenho enfatizado, um argumento analógico depende de um argumento ou princípio de algum tipo, e, portanto, aqueles que aprovam analogia devem estar preparados para a possibilidade de que terão que pensar bastante ambiciosamente.” (SUNSTEIN, 1999, p. 248, tradução nossa)¹⁴⁵.

A discordância entre eles é que, segundo Dworkin, Sunstein insiste que os princípios necessários são apenas de nível mediano, dispensando-se os princípios de alto nível exigidos pela integridade. Para Dworkin (2010), entretanto, não é possível estabelecer o limite das reflexões que o jurista realizará, vez que dependem do processo de investigação.

O Professor Sunstein preconiza os acordos incompletamente teorizados, pelos quais os juízes podem concordar com a decisão para o caso concreto, mesmo que diverjam sobre os princípios teóricos, o que leva à superficialidade teórica, uma das características da decisão judicial minimalista. Por outro lado, apesar das críticas parece que Dworkin concorda com a existência do desacordo teórico:

Em momento algum sugeri que juristas, juízes ou quaisquer outras pessoas estarão de acordo com quaisquer questões teóricas profundas que a ascensão justificadora venha a interpor em seu caminho. É evidente que não estarão de acordo. É por esse motivo que temos votos dissidentes e boas discussões em sala de aula. Eu apenas quis dizer que o direito é um campo em que as teorias são abundantes, e que os juristas conscientes compreendem isso, ainda que não cheguem a um acordo sobre qual teoria está sendo aplicada neste ou naquele momento. (DWORKIN, 2010, p. 82)

Por isso, Sunstein tenta demonstrar que não é necessário o consenso sobre as questões altamente teóricas, o que, inclusive, pode dificultar o julgamento em um tribunal colegiado. Ele não desconsidera a existência e a necessidade das teorias, apenas entende que em muitos casos é possível alcançar o consenso para a decisão sem discutir princípios teóricos altamente

¹⁴⁴ “Of course there is a sense in which philosophy is foundational to law, just as theoretical physics is in some sense foundational to the construction of airplanes. And at times those who build airplanes need to know something about theoretical physics. But in ordinary practice, those confronted with the problems produced by the construction of airplanes are not assisted by accounts of the foundations of physics; such accounts may be confusing to people of limited time and capacities, and attention to the accounts may divert the builders from successful performance of the tasks at hand. The same goes for ordinary judges and lawyers.”

¹⁴⁵ “As I have emphasized, any analogical argument depends on an argument or principle of some kind, and hence those who approve of analogy should be prepared for the possibility that they will have to think quite ambitiously.”

abstratos. Assim, os acordos incompletamente teorizados são uma forma de respeitar as diversas teorias, garantindo respeito e igual consideração a todos.

Sunstein defende, também, que as decisões judiciais devem deixar aspectos controvertidos em aberto, a fim de permitir que a sociedade delibere e decida, promovendo, assim, a democracia deliberativa. Segundo Dworkin, esta defesa política da “incompletude” teórica é a mais intrigante:

Mas é um mistério saber como a “democracia” poderia produzir “teorias de grande alcance a respeito do que é correto e do que é bom”, a menos que os juízes admitissem como parte de sua responsabilidade a identificação de quais dessas teorias estariam latentes na legislação e em outros fatos políticos. Não é muito provável que a legislação faça explicitamente uma declaração geral de princípio abstrato: que declare explicitamente, por exemplo, que as maravilhas da natureza possuem valor intrínseco, ou que quem deve arcar com os riscos impostos pelas atividades lucrativas são as pessoas que lucram com elas. Somente por meio da interpretação de legislações mais concretas é que podemos identificar os princípios que conjuntamente adotamos. (DWORKIN, 2010, p. 101).

Todavia, o Professor Sunstein não nega a necessidade da interpretação das normas, apenas entende que esse raciocínio pode ser feito de forma mais modesta, sem grandes digressões ou aprofundamentos teóricos, que encerrem a possibilidade de discussão nos demais fóruns da sociedade. Além disso, pode ocorrer que a matéria em julgamento ainda não tenha sido suficientemente discutida em instâncias inferiores. Por isso, uma decisão antecipada e profundamente teórica emitida pela Corte pode ter altos custos, principalmente se estiver errada. Neste sentido é importante deixar matérias em aberto para que o processo político continue.

Outra justificativa trazida por Sunstein para que os juízes sigam na direção da superficialidade teórica e, portanto, do minimalismo judicial, está na limitação dos juízes para avaliar os argumentos filosóficos abstratos ou altamente teóricos.

Juízes não são (vamos repetir o ponto) treinados como filósofos, e juízes que estabelecem argumentos teoricamente ambiciosos podem muito bem cometer erros que são bastante caros, especialmente em casos constitucionais, onde seus argumentos são (pelo menos teoricamente!) finais. (SUNSTEIN, 1999, p. 256, tradução nossa)¹⁴⁶.

Ronald Dworkin replicou, ironicamente, Sunstein e os demais críticos sobre a ausência de formação filosófica dos juízes:

¹⁴⁶ “Judges are not (let us repeat the point) trained as philosophers, and judges who make theoretically ambitious arguments may well make mistakes that are quite costly, especially in constitutional cases, where their arguments are (at least theoretically!) final.”

Concordo com os críticos quando eles afirmam que nem todos os juízes têm formação em filosofia. Contudo, se meus argumentos forem bem fundados, não temos outra opção a não ser pedir-lhes que se defrontem com questões que, de tempos em tempos, são filosóficas. A alternativa não é evitar a teoria moral, mas sim manter seu uso obscuro, oculto sob o conhecido frenesi jurídico como o misterioso ofício do raciocínio por analogia do direito. Outro dia, comi carne de avestruz pela primeira vez na vida. Essas aves vivem nas planícies áridas, e talvez também tenham um lugar à mesa, embora eu ainda não esteja convencido disso. Mas elas não têm nada a ver com a magistratura. (DWORKIN, 2010, p. 105).¹⁴⁷

De outro lado, como afirmado anteriormente, Sunstein não nega de modo absoluto os argumentos filosóficos, asseverando, inclusive, que não é fácil demonstrá-los como errados. Ocorre, no entanto, que os juízes não estão equipados adequadamente para avaliar aqueles argumentos, bem como devido ao seu papel limitado na estrutura constitucional. Por isso, Sunstein também se preocupa com as consequências imprevisíveis para a sociedade de decisões com argumentos teóricos ambiciosos, citando como exemplos de erros os casos *Dred Scott v. Sandford* (proteção do instituto da escravidão) e *Lochner v. New York* (anulação da lei que limitava a jornada de trabalho), entre outros (SUNSTEIN, 1999).

Outra objeção ao minimalismo judicial vem dos Professores de Yale University, Robert Post e Reva Siegel, que defendem o constitucionalismo democrático. A Profa. Maria Eugênia Bunchaft sintetiza a ideia dos professores norte-americanos:

Em síntese, o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel legitima a atuação do judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais. Nesse ponto, a história americana é marcada por lutas pelo conteúdo de interpretações constitucionais sobre questões morais controvertidas que envolvem direitos de minorias. A década de 60 foi marcada por intensas lutas de reconhecimento relativas a questões de raça, enquanto na década de 70 foram amplamente discutidas as questões de gênero. (BUNCHAFT, 2014, p. 150).

Assim, Post e Siegel entendem que diferentes interpretações sobre o direito constitucional auxiliam no desacordo, porque permitem que movimentos sociais suscitem novas interpretações sobre a aplicação de princípios constitucionais, podendo “contribuir para suscitar mudanças no sentido social dos referidos princípios e práticas por estes reguladas.” (BUNCHAFT, 2014, p. 149).

¹⁴⁷ Neste trecho parece que Dworkin está se referindo à própria indagação levantada por Sunstein para aqueles que negam a superficialidade teórica, quando dizem ser um tipo de comportamento de avestruz. Ou, ainda, na seguinte passagem: “Bons juízes não são avestruzes, e sua cautela sobre teoria deriva do lugar de destaque onde estão, o que requer uma compreensão do papel especial dos juízes no sistema político americano.” (SUNSTEIN, 1999, p. 255, tradução nossa). “Good judges are not ostriches, and their caution about theory stems from the distinctive place where they stand, which requires an understanding of the particular role of judges in the American political system.”

Tais movimentos sociais passam a questionar a legitimidade das interpretações tradicionais, o que leva os tribunais a reconhecerem novos significados constitucionais, conforme explica a Profa. Maria Eugênia Bunchaft:

Sustentamos que tais “significados constitucionais” podem ser interpretados pelo Judiciário, a partir de uma leitura moral da Constituição, de forma a inspirar uma moralidade crítica capaz de romper com valores sociais e autocompreensões assimétricas ou preconceituosas de mundo, suscitando efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional. Com efeito, a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos “significados constitucionais”. (BUNCHAFT, 2014, p. 152).

Desta forma, para os Professores Robert Post e Reva Siegel, com o aval da Profa. Maria Eugênia Bunchaft, Sunstein teme que decisões judiciais maximalistas provoquem conflitos que ameacem a coesão e legitimidade social. Por outro lado, o constitucionalismo democrático compreende a controvérsia estabelecida nos tribunais, quanto aos significados constitucionais, como forma de promover a coesão social e legitimidade da ordem constitucional, conforme explicam Post e Siegel:

O Minimalismo aborda o conflito com a suposição de que ele é uma ameaça à coesão e legitimidade social. O constitucionalismo democrático, pelo contrário, examina os entendimentos e práticas que promovam a coesão e legitimidade social da nossa ordem constitucional. Considera a possibilidade de que a controvérsia sobre o significado constitucional pode promover a coesão sob condições de heterogeneidade normativa. O tratamento da Constituição pelo Minimalismo como um “acordo incompletamente teorizado” pode realmente ser contraproducente se inibe formas de engajamento que contribuem para a absoluta “estabilidade social” que o minimalismo pretende promover. (POST; SIEGEL, 2007, p. 35, tradução nossa)¹⁴⁸.

No entanto, Sunstein sustenta que se evite o conflito no tribunal, a fim de se alcançar um acordo sobre a decisão do caso concreto. A reação da sociedade frente a uma decisão (superficial e restrita) ou seus argumentos permite a continuidade da discussão, promovendo, assim, a democracia deliberativa. Sunstein defende, então, que a influência dos movimentos sociais é importante para influenciar os representantes do povo, ou seja, os legisladores.

De acordo com a Profa. Maria Eugênia Bunchaft (2014), a postura judicial maximalista, que invoca doutrinas morais abrangentes, é necessária quando o processo

¹⁴⁸ “Minimalism approaches conflict with the assumption that it is a threat to social cohesion and legitimacy. Democratic constitutionalism, by contrast, examines the understandings and practices that promote the social cohesion and legitimacy of our constitutional order. It considers the possibility that controversy over constitutional meaning might promote cohesion under conditions of normative heterogeneity. Minimalism’s treatment of the Constitution as an “incompletely theorized agreement” may actually be counterproductive if it inhibits forms of engagement that contribute to the very “social stability” minimalism means to promote.”

político majoritário não cumpriu seu papel democrático, deixando de fora as instâncias sociais e os grupos estigmatizados. Neste caso, “cabe ao Judiciário, a partir da interação com os movimentos sociais, resgatar uma cultura constitucional inclusiva com o intuito de corrigir os desvios do procedimento.” (BUNCHRAFT, 2014, p. 149). Acrescenta a autora, que o uso construtivo do silêncio na apreciação de teorias abstratas e profundas, conforme especificado no minimalismo judicial, somente torna-se eficaz quando o processo democrático cumpriu seu papel inclusivo, respeitando as condições de abertura e participação de minorias, devendo o Judiciário assumir postura cautelosa, de deferência às opções políticas das majorias parlamentares, pronunciando-se de forma estreita (BUNCHRAFT, 2014).

Todavia, essa também é a perspectiva do Prof. Sunstein. Como já afirmado, ele não defende de forma absoluta o minimalismo judicial, considerando parâmetros abstratos para postura maximalista, que serão confrontados caso a caso. Uma das condições apropriadas para a postura minimalista, no entanto, está no funcionamento do processo democrático. Assim, o próprio Sunstein (1999) entende que julgamentos minimalistas não são adequados quando criem sério risco de tratamento desigual, por isso sugeriu a necessidade de conduta maximalista para julgar os casos de igualdade de gênero.

Para ilustrar os entendimentos sobre minimalismo e ativismo judicial, no próximo capítulo são analisadas algumas decisões de grande repercussão, que geram polêmica sobre a ultrapassagem dos limites impostos ao Judiciário.

5 O MINIMALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL: estudo jurisprudencial comparativo entre o Brasil e os EUA

O objetivo do presente capítulo é analisar algumas importantes decisões judiciais proferidas pelas Cortes constitucionais do Brasil (STF) e dos EUA (Suprema Corte), com foco na postura adotada pelos magistrados, se maximalista (ativista) ou minimalista, conforme a avaliação proposta pelo Professor Cass Sunstein.

A partir daí também será possível identificar a existência de ativismo judicial, considerando os indicadores apresentados pelo Professor William P. Marshall, discriminados no capítulo 2, tópico 2.2 deste estudo.

A proposta deste capítulo, portanto, é um estudo jurisprudencial comparativo para dar suporte às hipóteses construídas nos capítulos anteriores sobre ativismo e minimalismo judicial.

As decisões selecionadas observaram o critério do tema discutido, ou seja, julgamentos com *temas políticos ou morais controvertidos na sociedade e de grande repercussão pública*, que são consideradas questões de alta complexidade por Sunstein (1999).

Para o estudo jurisprudencial brasileiro foram selecionadas quatro decisões que possuem grande reverberação no cenário jurídico nacional, com ampla literatura e intensa controvérsia sobre ativismo judicial, bem como seus impactos na sociedade brasileira. Assim, os temas selecionados foram as decisões do STF sobre cláusula de barreira (2006), fidelidade partidária (2008), interrupção de gravidez de feto anencéfalo (2012) e união homoafetiva (2011).

Para o estudo jurisprudencial norte-americano a seleção foi mais complexa, pois são dezenas de decisões com grande repercussão sobre o tema. Ademais, nos capítulos anteriores várias decisões foram citadas e analisadas sob a perspectiva do Professor Cass Sunstein. Desta forma, pretendeu-se discutir, aqui, as hipóteses de ativismo e minimalismo judicial sobre julgamentos mais recentes da Suprema Corte dos EUA e que também possuem grande repercussão na sociedade norte-americana. Deste modo foram selecionadas duas decisões da Suprema Corte norte-americana, sendo a primeira sobre a eleição presidencial nos EUA, em 2000. A segunda refere-se ao julgamento, em 2012, sobre a constitucionalidade de algumas normas da lei que implantou alterações no sistema de saúde norte-americano (Affordable Care Act), denominado, popularmente, de *Obamacare*.

É importante, neste ponto, justificar a ausência de análise sobre a decisão da Suprema Corte norte-americana referente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, proferida em 26/06/2015. Ocorre que a decisão é muito recente, portanto, analisá-la nesta tese pareceu ser precipitado. Os estudos científicos sobre aquela decisão ainda estão em fase de publicação, sendo encontradas, no momento, mais matérias jornalísticas, que embora sejam fontes de pesquisa, não trazem o mesmo rigorismo que artigos acadêmicos. No entanto, a ausência desta decisão em nada prejudica o objetivo deste capítulo, haja vista a riqueza acadêmica das decisões selecionadas, corroborando as hipóteses.

5.1 Cláusula de barreira: ADI n. 1.351-3/DF e ADI n. 1.354-8/DF

O primeiro julgamento se refere à inconstitucionalidade da chamada “cláusula de barreira ou de desempenho” dos partidos políticos, constante em dispositivos da Lei n. 9.096, de 19/09/95, conhecida como “Lei dos Partidos Políticos”, que dispõe sobre partidos políticos e regulamenta os artigos 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal.

Em 28/09/1995 foi distribuída a ADI n. 1.351-3/DF e, em 06/10/1995, a ADI n. 1.354-8/DF¹⁴⁹. Inicialmente foram distribuídas ao Ministro Maurício Corrêa que, posteriormente, foi substituído pelo Ministro Marco Aurélio, devido à ascensão daquele à Presidência do STF. As duas ações diretas de inconstitucionalidade foram apensadas e julgadas conjuntamente.

O objeto das duas ações diretas de inconstitucionalidade era o art.13, bem como das expressões que fazem remissões, contidas no inciso II do art. 41, do caput dos arts. 48 e 49 e, ainda, no inciso II do art. 57, todos da Lei n. 9.096/95. Os dispositivos em questão formam a chamada “cláusula de barreira ou de desempenho” para os partidos que não tenham caráter nacional, a fim de alcançar o funcionamento parlamentar, conforme os critérios legais¹⁵⁰, quais sejam:

- a) obtenção de cinco por cento dos votos válidos para a Câmara dos Deputados, considerada a votação em todo o território nacional, afastados os brancos e os nulos;
- b) distribuição desse percentual mínimo, em pelo menos um terço dos Estados brasileiros;

¹⁴⁹ A ADI n. 1.351-3 foi proposta pelos seguintes partidos políticos: Partido Comunista do Brasil (PC do B), Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Verde (PV), Partido Liberal (PL), Partido Social Democrático (PSD) e Partido Popular Socialista (PPS). Já a ADI n. 1.354-8 foi proposta pelo Partido Social Cristão (PSC).

¹⁵⁰ Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles. (BRASIL, 1995).

c) conquista, em cada um dos nove Estados, da percentagem mínima de dois por cento. (BRASIL, 2007, p. 31).

O funcionamento parlamentar, referido no supracitado art. 13, segundo Ramos,

[...] compreende, dentre outros aspectos, a formação de bancada e a indicação da respectiva liderança, a participação no Colégio de Líderes (que auxilia na organização da pauta de votações), a participação nas Comissões parlamentares (proporcionalmente à representação partidária) etc. (RAMOS, 2008).

A exigência do art. 13 da Lei n. 9.096/95 também repercute no fundo partidário (art. 41) e no tempo disponível para a propaganda partidária (arts. 48 e 49).

A plena eficácia dos artigos atacados nas citadas ADI ocorreria a partir da legislatura que se iniciou em 2007, consideradas as eleições gerais ocorridas em 2006.

O Ministro Maurício Corrêa, ex-Senador da República, ao relatar e proferir seu voto, indeferiu o pedido de liminar suspensiva da eficácia dos dispositivos legais impugnados na ADI n. 1.354-8, em 07/02/1996, sendo acompanhado por unanimidade pelos demais ministros Marco Aurélio, Moreira Alves, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello, mantendo, assim, a redação dos dispositivos questionados, pois em exame cautelar não verificaram comprometimento da legalidade e do juízo de conveniência e oportunidade para a vigência daquelas normas (BRASIL, 2001).

Em 07/12/2006 os ministros do STF julgaram conjuntamente o mérito nas duas ADI, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, acompanhado dos Ministros Ellen Gracie (Presidente), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Desta feita a decisão foi unânime pela declaração de inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei n. 9.096/95: art. 13; a expressão “obedecendo aos seguintes critérios”, contida na cabeça do art. 41; incisos I e II do mesmo art. 41; art. 48; a expressão “que atenda ao disposto no art. 13”, contida na cabeça do art. 49, com redução de texto; cabeça dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito; e a expressão “no art. 13”, constante no inciso II do art. 57 (BRASIL, 2007).

De acordo com a defesa apresentada pelo Advogado Geral da União, na ADI n. 1.354-8, a cláusula de barreira dos partidos políticos, inserta na Lei n. 9.096/95, está de acordo com

o art. 17, I, da Constituição Federal¹⁵¹. A lei ordinária apenas disciplinou o “caráter nacional” fixando “critérios para evitar a criação e atuação de partidos excessivamente pequenos, não dotados de expressiva representatividade” (BRASIL, 2007, p. 25).

O Ministro Marco Aurélio, relator do acórdão, demonstrou em seu voto, a partir da análise dos resultados das eleições ocorridas em outubro de 2006, que considerando os critérios da Lei n. 9.096/95, dos 29 partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), apenas 7 conseguiriam atender ao art. 13 e, por isso, teriam assegurados o funcionamento parlamentar. Afirmou o relator que “o registro desses dados servirá ao exame da razoabilidade das exigências legais.” (BRASIL, 2007, p. 43).

O Ministro Marco Aurélio considerou que o constituinte de 1988, diferente daquele de 1967 e das Emendas Constitucionais nº 1/69, 11/78 e 25/85, não vinculou, em seu art. 17, o desenvolvimento da atividade política pelo partido aos votos obtidos em determinado certame. Desta forma, ainda de acordo com o relator, a lei ordinária não pode dispor sobre “a criação de partidos políticos de primeira e segunda categorias, considerado o desempenho nas urnas.” (BRASIL, 2007, p. 51). Portanto, o Ministro Marco Aurélio visualizou a inconstitucionalidade na lei atacada, por violar a Constituição no que se refere ao princípio do pluripartidarismo (art. 17) e ao fundamento republicano do pluralismo político (art. 1º, V):

Em última análise, as previsões constitucionais encerram a neutralização da ditadura da maioria, afastando do cenário nacional óptica hegemônica e, portanto, totalitária. Concretizam, em termos de garantias, o pluralismo político tão inerente ao sistema proporcional, sendo com elas incompatível regimento estritamente legal a resultar em condições de exercício e gozo a partir da gradação dos votos obtidos. (BRASIL, 2007, p. 50).

O Ministro Marco Aurélio ainda destacou que os termos da Lei n. 9.096/95, ao restringir o funcionamento parlamentar dos partidos “pequenos”, ofende a proteção dos direitos individuais e das minorias:

Democracia que não legitima esse convívio não merece tal status, pois, na verdade, revela a face despótica da inflexibilidade, da intransigência, atributos que, normalmente afetos a regimes autoritários, acabam conduzindo à escravidão da minoria pela maioria. (BRASIL, 2007, p. 61).

O Ministro Gilmar Mendes entendeu que a cláusula de barreira estabelecida pelo art. 13 da Lei n. 9.096/95 viola o princípio da proporcionalidade, na qualidade de princípio da

¹⁵¹ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; [...]. (BRASIL, 1988).

reserva legal proporcional (BRASIL, 2007, p. 127). Todavia, entendeu o Min. Gilmar Mendes que é possível ao legislador ordinário traçar limites à atuação dos partidos que não alcancem número mínimo de votos, tal como o sistema eleitoral alemão¹⁵²:

Estou certo de que se o legislador brasileiro tivesse conformado um modelo semelhante ao adotado no direito alemão, por exemplo, tal como explicado anteriormente, talvez não estaríamos aqui a discutir esse tema. É possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos. (BRASIL, 2007, p. 128).

O Min. Gilmar Mendes, tal qual outros ministros, analisou a questão sob o princípio da igualdade de chances:

A importância do princípio da igualdade está em que sem a sua observância não haverá possibilidade de estabelecer uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático. (BRASIL, 2007, p. 129).

Concluiu o Min. Mendes que a concorrência entre os partidos é inerente ao modelo democrático e representativo, tendo como pressuposto inafastável o princípio de igualdade de chances.

Após a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade da cláusula de barreira ou de desempenho, prevista no art. 13 da Lei n. 9.096/95, o TSE disciplinou a matéria através de resolução¹⁵³.

O que se busca chamar a atenção nesta decisão do Supremo Tribunal Federal é como os ministros decidiram, isto é, seguiram a tendência maximalista, discutiram temas políticos desnecessários, tal como no voto do Ministro Gilmar Mendes ao explicar a necessidade de reflexão sobre o tema da infidelidade partidária:

Em outros termos, estamos desafiados a repensar o atual modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Devemos refletir, inclusive, sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional, o que constitui, sem sombra de dúvidas, uma clara violação à

¹⁵² Explica Ramos (2008), que a cláusula de barreira alemã é mais agressiva do que a cláusula de desempenho proposta pelo legislador brasileiro: “[...] pretende-se, em última análise, atribuir maior dose de racionalidade ao sistema partidário, evitando-se os graves inconvenientes da pulverização das bancadas no seio do Parlamento. [...] A cláusula de desempenho procura apenas induzir os partidos a rever suas estratégias de atuação, no sentido de promover uma certa aglutinação de forças (mediante fusões ou incorporações), não impedindo, porém, que os eleitos pelos partidos com votação aquém do patamar mínimo continuem a exercer os mandatos, ainda que de modo menos eficiente sob o prisma do funcionamento parlamentar e do acesso a recursos públicos.” (RAMOS, 2008)

¹⁵³ Resolução TSE n. 22.506, de 06/02/2007.

vontade do eleitor e um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela vida da democracia de partidos! (BRASIL, 2007, p. 152).

Se o Min. Gilmar Mendes entendeu que havia necessidade de maior reflexão sobre tema conexo ao julgamento, a questão não se mostrava pronta para ser julgada da forma abrangente como foi. Uma decisão mais contida (*self-restraint*), nos termos defendidos por Cass Sunstein (1999), seria mais adequada, a fim de permitir que a sociedade continuasse deliberando a questão.

O Min. Ricardo Lewandowski também indicou, no seu voto (BRASIL, 2007, fls. 96-97) a necessidade da reforma política para se estabelecer, então, a cláusula de barreira. Portanto, fica claro que havia a necessidade de reflexão dentro de um quadro mais amplo.

De acordo com a crítica do Prof. Elival Ramos (2008), a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI nº 1.354 transpareceu o intuito de substituição do Congresso Nacional, promovendo a reforma política tão aguardada pela sociedade brasileira, o que não é função do Judiciário¹⁵⁴, mas sim, do Legislativo. Ademais, a cláusula de barreira ou de desempenho, inserta na Lei n. 9.096/95, era o início da reforma política, que ficou suspensa e somente em 2015 voltou à pauta do Legislativo¹⁵⁵.

É possível perceber a intenção legiferante do STF nas seguintes transcrições do voto do Ministro Gilmar Mendes, que explica a necessidade de uma decisão manipulativa com eficácia aditiva¹⁵⁶ para o caso em julgamento, ao se referir às normas de transição contidas no art. 57 da Lei n. 9.096/95:

¹⁵⁴ O projeto de lei n. 1.670/89, que deu origem à lei dos partidos políticos, tramitou durante 6 (seis) anos e meio no Congresso Nacional (09/03/89 a 19/09/95), sendo objeto de muita discussão entre os parlamentares, além de outras propostas que foram apensadas ao projeto original. Já o STF precisou de 10 (dez) anos para, primeiro, em sede de exame cautelar, considerar a lei constitucional e, posteriormente, declarar sua inconstitucionalidade.

¹⁵⁵ A Comissão Temporária de Reforma Política do Senado Federal apresentou o Projeto de Lei n. 441/2015, que prevê o acréscimo dos artigos 41-B e 45-A à Lei n. 9.096/95, incluindo a limitação de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e o tempo destinado aos partidos nos programas de rádio e TV às agremiações que tenham diretórios permanentes em 10% dos municípios (557), distribuídos em pelo menos 14 estados até 2018 ou, ainda, aquele partido que tiver diretórios em 20% dos municípios de pelo menos 18 estados até 2022. Em 15/07/2015 o Plenário do Senado aprovou o PLS 441/2015, que seguiu para votação na Câmara dos Deputados.

Concomitantemente, a Câmara dos Deputados também estava discutindo Proposta de Emenda à Constituição (PEC 182/07), que regulamenta aspectos da reforma política, e Projeto de lei da minirreforma eleitoral (PL 5735/13), com alterações relacionadas ao fim da reeleição, tempo de mandato, permissão de doações de pessoas jurídicas a partidos, tempo gratuito de campanha no rádio e televisão, teto de gastos e limite de despesas.

¹⁵⁶ A decisão aditiva é uma espécie de decisão normativa, com origem na doutrina italiana, apta a transformar o significado da norma objeto do controle abstrato de constitucionalidade. A decisão aditiva amplia “o âmbito normativo de um preceito, ao declarar inconstitucional a disposição ‘na parte em que não prevê certas hipóteses que necessariamente deveria fazê-lo’.” (CRUZ, 2004, p. 183). Segundo Fernandes (2010, p. 1.015-1.016) “as sentenças aditivas se caracterizam por buscarem alcançar situações possivelmente postas de lado pelo legislador ordinário, de modo que alargam a incidência de uma disposição legislativa, indo além do que

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei. (BRASIL, 2007, p. 158).

[...]

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. (BRASIL, 2007, p. 160).

Segundo Ramos “o STF, no entanto, parece haver transposto os limites de uma salutar *self-restraint*, sem a qual a judicatura constitucional perde-se no torvelinho do processo político-normativo, ocupando o espaço que deve ser destinado à representação popular, a tanto legitimada pelo detentor do poder soberano.” (RAMOS, 2008).

De acordo com os conceitos de Ramos (2013) e Barroso (2012) para o ativismo judicial, a decisão analisada mostra-se claramente ativista, quando se reconhece a transposição de limites entre as funções, conforme também reforça Habermas (2001). Entretanto, esses autores enfatizam a inércia do Legislativo e a ocupação pelo Judiciário do espaço deixado e, no caso em questão se está diante da anulação do ato elaborado pelo Legislativo.

Com fundamento nas concepções de Kmiec (2004) é possível reconhecer o ativismo decorrente de “anulação de atos normativos cuja constitucionalidade é sustentável”. Já para Marshall (2002), a decisão em análise pode denotar o ativismo contra-majoritário e, ainda, o ativismo jurisdicional.

Percebe-se claramente que técnicas de hermenêutica contemporânea, utilizadas por Cortes Constitucionais europeias e importadas para o Brasil através dos ministros do STF, assumiram uma forma travestida de legislação positiva, tornando-se um poderoso instrumental de criação normativa.

Como visto em Ramos (2013), um dos fatores de impulso ao ativismo judicial no Brasil é a principiologização do direito, característica do moralismo jurídico estampado no

originalmente estava previsto. Trata-se de verdadeira ação legislativa.” Cruz (2004) também considera que as decisões aditivas são uma clara demonstração de exercício de funções legiferantes. Mendes e Branco (2014), seguindo a tradição da doutrina italiana, denominam a decisão normativa de manipulativa, pela qual “o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição.” (p. 1.294). A decisão manipulativa de efeito aditivo “verifica-se quando a corte constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência.” (MENDES e BRANCO, 2014, p. 1.295).

neoconstitucionalismo. Diante de normas-princípios, com contornos menos nítidos, os magistrados constroem a Constituição conforme suas preferências axiológicas. Na presente decisão verificou-se a discussão sobre o princípio da igualdade de chances ou oportunidades, corolário do princípio da igualdade, além do princípio do pluripartidarismo e do fundamento da pluralidade política.

O foco da questão jurídica, no entanto, era a discussão sobre o significado da expressão “caráter nacional” (art. 17, I, CF/88), como limite aos partidos políticos, que foi regulamentado na Lei n. 9.096/95. Assim, conforme ensina Sunstein (1999), diante de normas abstratas ou questões fundamentais, mostra-se mais adequado o acordo incompletamente teorizado.

O Prof. Elival da Silva Ramos (2008) destaca que “a profunda renovação da composição da Corte”, a partir de 2003¹⁵⁷, alterou os rumos da jurisprudência sobre os temas relacionados ao estatuto partidário:

Observa-se, no período de 1988 a 2003, o comedimento da Corte Constitucional brasileira ao controlar a constitucionalidade de normas legais referentes ao estatuto partidário, reconhecendo, invariavelmente, a liberdade de conformação do legislador, somente afastada se manifesto o abuso praticado. (RAMOS, 2008)

A relação temporal com a nova jurisprudência do STF também é notada por Carlos Blanco de Moraes:

Sensivelmente desde 2004 parecem, também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos. Tal parece ter sido o caso de uma ação direta de inconstitucionalidade, a ADIn 3105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. [...]. (MORAIS apud MENDES e BRANCO, 2014, p. 1.296)

Diante desse aspecto, também seria possível indicar para o caso, o ativismo partidário, reconhecido por Marshall como a forma mais grave de ativismo judicial. Tal análise pode ser realizada com fundamento nos partidos autores das ações, bem como as indicações dos Ministros para o STF pelo Presidente da República.

Assim, na data do julgamento (07/12/2006), dos dez ministros que participaram da sessão, cinco tinham sido indicados pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em seu

¹⁵⁷ Deve-se lembrar que o primeiro mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi de 2003 a 2006. Neste período ele indicou seis ministros para o STF: Cezar Peluso (nomeado em 05/06/2003); Ayres Britto (05/06/2003); Joaquim Barbosa (05/06/2003); Eros Grau (15/06/2004); Ricardo Lewandowski (16/02/2006) e Cármen Lúcia (25/05/2006). No segundo mandato (2007 a 2010) ainda indicou os Ministros Menezes Direito (05/09/2007) e Dias Toffoli (01/10/2009).

primeiro mandato. Por sua vez, um dos partidos políticos que desafiou a constitucionalidade da cláusula de barreira foi o Partido dos Trabalhadores, que é a agremiação política do ex-Presidente da República.

O Poder Judiciário promoveu uma espécie de reforma política, contudo sem a necessária deliberação democrática. Ao contrário, anulou quase todo o processo democrático que existiu no Congresso Nacional até a sanção da lei questionada. Neste sentido, os ideais de democracia – igualdade política, cidadania, deliberação democrática, liberdade – tornam-se substancialmente prejudicados.

Essa atitude de judicialização da política, isto é, o processo pelo qual os juízes tomam decisões sobre questões de alta conotação política em substituição ao legislador ou ao chefe do Executivo, prejudica o sistema democrático, tal como alerta a procuradora federal Mariana Barbosa Cirne:

Permitir que o Supremo Tribunal Federal adentre na esfera de discricionariedade do poder legislativo, para definir parâmetros legais, traz as consequências enumeradas abaixo, prejudiciais ao sistema democrático:

- a) inúmeros julgamentos da Corte Constitucional, declarando os critérios da lei como inconstitucionais, fazem com que o Congresso Nacional, em seguida, edite novas leis restabelecendo o percentual inquinado. Quem sofre com essa disputa de poderes é o povo, que não pode contar com critérios seguros no ordenamento jurídico;
- b) a Corte Constitucional se torna, na prática, órgão legislador, pois ao STF cumpriria decidir o percentual correto para distribuição dos recursos do fundo partidário. O fim da celeuma só será possível quando o Supremo Tribunal Federal entender que o critério fixado pelo Congresso Nacional é constitucional. (CIRNE, 2008, p. 10)

Sunstein (1999) alerta exatamente para as consequências de um resultado como esse, e os seus custos, quando o tribunal toma decisões amplas (abrangentes) e profundas, sobre temas de alta complexidade política, como no caso da cláusula de barreira ou de desempenho:

Em segundo lugar, e mais fundamentalmente, o minimalismo é susceptível de tornar erros judiciais menos frequentes e (sobretudo) menos prejudiciais. Um tribunal que deixa coisas em aberto não encerrará as opções [...]. Um tribunal pode muito bem errar se ele tentar, por exemplo, resolver a questão da ação afirmativa de uma vez por todas, ou proferir sentenças definitivas sobre o papel da Primeira Emenda na área de novas tecnologias de comunicação. Um tribunal que decide relativamente pouco também reduzirá os riscos provenientes de intervir em sistemas complexos, onde uma única intervenção pode ter uma série de consequências ruins imprevistas. (SUNSTEIN, 1999, p. 4, tradução nossa).¹⁵⁸

¹⁵⁸ “Second, and more fundamentally, minimalism is likely to make judicial errors less frequent and (above all) less damaging. A court that leaves things open will not foreclose options (...). A court may well blunder if it tries, for example, to resolve the question of affirmative action once and for all, or to issue definitive rulings about the role of the First Amendment in an area of new communications technologies. A court that decides

Ramos (2008) assinala sobre as consequências da decisão do STF acerca da inconstitucionalidade da cláusula de barreira ou de desempenho:

No afã de compensar a frustração provocada pela eliminação integral da regulamentação legal da cláusula de desempenho, promoveu o STF verdadeira revisão constitucional do instituto da fidelidade partidária, cuja disciplina até então se entendia remetida às normas partidárias internas (estatutos - art. 17, §1º, da CF). Para tanto, depois de reconhecer a natureza declaratória das decisões da Justiça Eleitoral sobre perda de mandato por infidelidade partidária, viu-se o STF na contingência de incitar o TSE a editar resolução disciplinadora de procedimento de justificação do desligamento partidário, para, desse modo, contemplar exceções desde logo aventadas pelo Tribunal. E mais ainda: antevendo as críticas que o assomo legiferante de que se viu possuída aquela colenda Corte provocaria nos meios jurídicos nacionais, com danos inequívocos à segurança jurídica, passou o STF, no julgamento dos mandados de segurança anteriormente mencionados, a tratar de temas próprios da atividade legislativa, como é o caso da cláusula da vigência. (RAMOS, 2008).¹⁵⁹

A decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei n. 9.096/95 deixou uma lacuna sobre os critérios de divisão do fundo partidário. O Tribunal Superior Eleitoral, então, foi chamado a supri-la, fazendo-a através da Resolução n. 22.506, de 06/02/2007 (BRASIL, 2007b), em que ficou consignado:

- a) 29% do fundo para os partidos na proporção da representação parlamentar filiada no início da legislatura em curso, segundo o art. 56, item VI, da Lei n. 9.096/95;
- b) 29% do fundo para os partidos que tenham concorrido ou venham a concorrer à eleições gerais para a Câmara dos Deputados, elegendo representantes em duas eleições consecutivas em, no mínimo, cinco estados, obtendo, ainda, 1% dos votos apurados no país, não computados os brancos e os nulos e distribuídos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, conforme o art. 57, item II, da Lei n. 9.096/95;
- c) 42% restantes do fundo serão distribuídos igualitariamente entre todos os partidos políticos que estejam com os estatutos registrados no TSE.

Entretanto, o Congresso Nacional aprovou, em 27/02/2007, a Lei n. 11.459, que alterou a Lei n. 9.096/95, com o acréscimo do art. 41-A e revogação do inciso V do art. 56 e

relatively little will also reduce the risks that come from intervening in complex systems, where a single-shot intervention can have a range of unanticipated bad consequences.”

¹⁵⁹ Os mandados de segurança referidos são MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604, os quais serão explicados no próximo tópico, sob o tema da fidelidade partidária.

do inciso II do art. 57, passando a disciplinar a divisão dos recursos provenientes do fundo partidário da seguinte forma:

Art. 41-A. 5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. (BRASIL, 1995)

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal excluiu a limitação para o recebimento das verbas públicas pelos partidos políticos e o Legislativo aceitou a última palavra. A consequência disso, desde então, é que continuam existindo os chamados “partidos de alugueis”, isto é, aqueles partidos que são criados apenas para receber valores do Fundo Partidário.

A cláusula de barreira ou de desempenho é, na verdade, um reforço do princípio democrático, pois os partidos que tiverem maior representatividade, ou seja, legitimidade popular na Câmara dos Deputados, receberão mais recursos públicos. Portanto, a maior representatividade é que permitirá o funcionamento dos partidos políticos.

Esse poder foi retirado das mãos do povo pelo STF.

5.2 Fidelidade partidária: ADI n. 3.999-7/DF e ADI n. 4086-3/DF

Ainda no tema sobre política, deve-se examinar o julgamento referente à perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária.

As ADI nº 3.999-7/DF e nº 4.086-3/DF, cujo objeto consistia nas Resoluções nº 22.610/07 e 22.733/08 do Tribunal Superior Eleitoral, foram propostas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República, respectivamente. As citadas Resoluções preveem o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

Para entender o julgamento em questão é necessário, primeiramente, analisar a Consulta nº 1.398 formulada ao TSE pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM); o julgamento, pelo STF, dos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, e a Resolução TSE nº 22.610/07.

O Partido da Frente Liberal, em 2007, realizou a seguinte consulta ao TSE:

Considerando o teor do art. 108 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do

quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático.

Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos.

Considerando ainda que, também o cálculo das médias, é decorrente do resultado dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações.

INDAGA-SE:

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda? (BRASIL, 2007c, p. 02).

O Min. Cesar Asfor Rocha foi o relator do acórdão no qual o TSE, em 27/03/2007, julgou afirmativamente a consulta, decidindo que os mandatos parlamentares obtidos nas eleições, pelo sistema proporcional (deputados estaduais, federais e vereadores), pertencem aos partidos políticos ou às coligações, e não aos candidatos eleitos.

Em seu voto o relator apoia-se no princípio da moralidade pública para condenar os eleitos que mudam de partido político sem justa causa. Também se destacou no acórdão que a vinculação do mandato parlamentar ao partido político deriva do sistema eleitoral proporcional adotado no Brasil, que valoriza o pluralismo político expressamente consignado como fundamento da República na Constituição de 1988 (art. 1º, V). O relator concluiu:

Ao meu sentir, o mandato parlamentar pertence, realmente, ao Partido Político, pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito, inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do Partido Político, sob a vigilância da Justiça Eleitoral, à qual deve prestar contas (art. 17, III, da CF). (BRASIL, 2007c, p. 07)

O único voto vencido na citada consulta ao TSE foi do Min. Marcelo Ribeiro, que se baseou na falta de norma expressa no ordenamento que autorizasse a perda do mandato por parlamentar que venha a mudar de partido político. Ressaltou, ainda, a existência de decisões do STF contrárias ao entendimento da maioria dos ministros do TSE: o Mandado de Segurança nº 20.927, relator Min. Moreira Alves, julgado em 11/10/89 e o Mandado de Segurança nº 26.405, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 2004 (BRASIL, 2007c, p. 62).

Diante do resultado da Consulta nº 1.398 ao TSE, o Partido Popular Socialista (PPS), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e o Democratas impetraram perante o STF os Mandados de Segurança nº 26.602-3 (BRASIL, 2008a), 26.603-1 (BRASIL, 2008b) e 26.604-0 (BRASIL, 2008c), em face do Presidente da Câmara dos Deputados, a fim de declarar a vacância dos mandatos de deputados federais que deixaram essas legendas para ingressar em outros partidos, empossando os respectivos suplentes, uma vez que a autoridade

coatora em questão havia indeferido os requerimentos daquelas agremiações, consubstanciado no fundamento de que não há norma constitucional que fundamente a pretensão dos impetrantes. O Presidente da Câmara dos Deputados também enfatizou que a decisão do TSE na Consulta nº 1.398 não tem caráter mandamental nem faz coisa julgada.

Na apreciação da medida liminar no MS nº 26.602-3, o relator, Min. Eros Grau, indeferiu o pedido, pois entendeu temerária sua concessão, uma vez que seria necessária análise acurada da matéria. Ademais, destacou a existência de jurisprudência do STF no sentido de que o princípio da infidelidade partidária não se aplica aos parlamentares já empossados, citando como precedentes os MS nº 20.916, 20.927 e 23.405 (BRASIL, 2007e).

Nas defesas dos Mandados de Segurança nº 26.602-3, 26.603-1 e 26.604-0, os impetrados sustentaram, em síntese, a contrariedade de entendimento diverso do STF sobre a matéria; a inovação do ordenamento jurídico, pelo TSE, com a resposta à consulta nº 1.398, o que é defeso ao Poder Judiciário; a extrapolação das atribuições do TSE, nos termos de seus próprios precedentes; a resposta do TSE à consulta nº 1.398 não possui natureza mandamental nem faz coisa julgada; a inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental, porque não foi apontado nenhum preceito constitucional ou legal violado, mas tão-somente consulta respondida pelo TSE.

Os três mandados de segurança foram julgados em 04/10/2007. Nos MS nº 26.602-3 e 26.603-1, cujos relatores foram os Min. Eros Grau e Celso de Mello, respectivamente, a decisão, por maioria, foi a denegação da ordem, pois houve entendimento no sentido de que a perda da vaga somente ocorreria para os parlamentares que tivessem trocado de partido depois de março de 2007, quando o TSE firmou o novo entendimento sobre o tema (Consulta nº 1.398, de 27/03/2007). Os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio foram vencidos, pois concediam a ordem como requerida pelos impetrantes (BRASIL, 2008a; BRASIL, 2008b).

No MS nº 26.604-0, tendo como relatora a Min. Cármen Lúcia, o STF, por maioria, concedeu parcialmente a ordem, para o efeito de determinar ao Presidente da Câmara dos Deputados que remetesse ao TSE o pedido de declaração de vacância do posto ocupado pela deputada federal Jusmari Terezinha de Souza Oliveira¹⁶⁰, a fim de que aquela Corte, após

¹⁶⁰ A deputada Jusmari Terezinha de Souza Oliveira foi a única, entre os 23 parlamentares demandados nos referidos mandados de segurança, a ser alcançada pela decisão do STF, pois foi considerado que seu pedido de desfiliação ocorreu após o pronunciamento do TSE sobre a Consulta nº 1.398.

A parlamentar citada iniciou sua carreira política como vereadora, em 1988, pelo Partido da Frente Liberal (PFL, atual Democratas) em Barreiras/BA. Nas eleições gerais de 2006, ainda pelo DEM, Jusmari foi eleita deputada federal, diplomada em 19 de dezembro daquele ano. Em 2007 a deputada apresentou requerimento para filiar-se ao Partido da República (PR). O pedido do Democratas perante o TSE para perda de mandato da deputada Jusmari foi julgado improcedente, por unanimidade. Os Ministros entenderam que o

adotar resolução disciplinadora do procedimento de justificação, decidisse sobre a matéria. O entendimento majoritário foi de que o mandato é dos partidos e não dos deputados eleitos, observando-se o aspecto temporal relacionado à Consulta TSE nº 1.398, de 27/03/2007 (BRASIL, 2008c).

Foram vencidos no julgamento do MS nº 26.604-0 os Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, que denegaram totalmente a ordem, pois entenderam que não há perda de mandato por troca de partido, porque essa hipótese não está prevista na Constituição de 1988. Os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio também foram vencidos, pois concediam a ordem em maior extensão, isto é, entenderam que os deputados infiéis devem ser condenados à devolução dos mandatos às legendas desde aquele julgamento (BRASIL, 2008c).

Assim, a partir das decisões do STF nos MS nº 26.602-3, 26.603-1 e 26.604-0, o TSE disciplinou o processo de perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária através da Resolução nº 22.610, de 25/10/2007¹⁶¹.

Percebe-se nitidamente neste contexto a intenção do STF em incitar o TSE a legislar sobre a matéria, o que não é sua competência.

Diante disso, o Partido Social Cristão (PSC) ajuizou a ADI nº 3.999-7/DF e a Procuradoria-Geral da República a ADI nº 4.086-3/DF, cujo relator foi o Min. Joaquim Barbosa, contra as Resoluções nº 22.610/07 e 22.733/08, ambas do TSE. A ementa do acórdão sintetiza as alegações arguidas pelos autores sobre as violações constitucionais:

[...]

2. Síntese das violações constitucionais arguidas:

Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição).

Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude e o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo.

Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide

requerimento de desfiliação foi realizado antes de 28/03/2007 (Resolução nº 22.703, Relator Min. Ari Pargendler, DJ 18/03/2008).

Cabe ressaltar que nas eleições gerais de 2014 Jusmari concorreu novamente ao cargo de deputada federal pelo Estado da Bahia e estava filiada ao Partido Social Democrático (PSD). Ela não foi eleita.

¹⁶¹ O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes: [...]. (BRASIL, 2007d).

(art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição.

Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato “pertenceria” ao Partido.

Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu a competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, § 4º, III da Constituição). [...] (BRASIL, 2009)

Em 12/11/2008, por 9 votos a 2¹⁶², o STF julgou conjuntamente as duas ADI, declarando a plena constitucionalidade das resoluções do TSE, até que o Congresso Nacional exerça a sua competência e regule o assunto em lei específica.

É importante destacar o posicionamento do Min. Joaquim Barbosa nesse julgamento. Foi o relator do acórdão e julgou o pedido improcedente, ou seja, considerou constitucionais as Resoluções adotadas pelo TSE. O seu voto foi seguido pelos outros oito ministros da Corte. Entretanto, o Min. Joaquim Barbosa ressaltou o seu ponto de vista pessoal sobre o tema, que já havia sido declarado no julgamento dos MS nº 26.602-3, 26.603-1 e 26.604-0, no qual foi voto vencido.

O Min. Joaquim Barbosa ponderou que a matéria eminentemente política deveria ser debatida no Legislativo. O seu entendimento foi que a matéria eleitoral compete, conforme previsão Constitucional, às Casas do Legislativo e usurpar tal competência fere o princípio da separação de Poderes:

O Sistema Político pode realizar operações que nenhum outro sistema, entre eles o Judicial, está habilitado a efetuar, em razão dos procedimentos democráticos que o caracterizam. Falo especificamente da atividade de produzir normas. Afinal, já dizia Montesquieu em passagem memorável, deve-se a todo custo evitar que um dos poderes faça uso das prerrogativas funcionais de outro poder, pois todas as vezes que isso acontece o resultado é a tirania. (BRASIL, 2009, p. 112).

O relator destacou que a partir da decisão do STF sobre a perda do mandato por infidelidade partidária surgiram várias outras questões sobre o tema, todavia elas se submetem ao escrutínio do Legislativo por se tratar de matéria política.

¹⁶² Votaram pela constitucionalidade das resoluções, acompanhando o relator, os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Celso de Mello e o presidente da Corte, Min. Gilmar Mendes. Foram votos discordantes os ministros Eros Grau e Marco Aurélio.

Entendo que, em princípio, o debate legislativo é o ambiente adequado para resolver essas e outras questões, que são eminentemente *políticas*. Somente em situações extremas e sempre quando *autorizado expressamente* pela Constituição é que o Judiciário pode se manifestar sobre os critérios que orientam a manutenção ou a perda do cargo por infidelidade partidária. (BRASIL, 2009, p. 115, grifo no original).

Mas o que prevaleceu foi o princípio da colegialidade, isto é, o Min. Joaquim Barbosa proferiu seu voto de acordo com a orientação da Corte. Portanto, julgou adequadas as resoluções do TSE, considerando a situação transitória de carência de meio expresso para garantia de um direito constitucional.

Neste caso, parece que o voto do Min. Joaquim Barbosa foi direcionado a determinado resultado, o que Kmiec (2004) entende como ativismo direcionado pelo resultado.

As demais circunstâncias desta decisão são muito próximas ao que ocorreu na decisão anteriormente analisada, sobre cláusula de barreira. Desta forma, é possível visualizar aqui, também, o ativismo jurisdicional indicado por Marshall (2002) e a criação judicial de Kmiec (2004).

O Min. Eros Grau, que dissentiu da maioria, entendeu que a Resolução nº 22.610/07 é “multiplamente inconstitucional” e indicou os dispositivos violados¹⁶³, sendo bastante austero no seu julgamento:

O fato, de toda sorte, é que o TSE não foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre matéria eleitoral. E nem poderia essa faculdade a ele ter sido conferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao menos ao que me consta, ainda não distribui competências normativas, em lugar da Constituição... Estamos aqui para assegurar a prevalência da Constituição, de modo que me causa espanto e medo o sentimento que de quando em quando não há de ser assim. (BRASIL, 2009, p. 132-133).

O Min. Marco Aurélio, que também foi voto vencido no julgamento da ADI nº 3.999-7, participou da deliberação do TSE e votou favorável à expedição da Resolução nº 22.610/07. Afirmou, ainda, que a fidelidade partidária é princípio constitucional dos mais caros em uma democracia, reconhecido pelo STF, inclusive por ele próprio em Plenário. Entretanto, admitiu que o TSE legislou, arrogando-se, até mesmo, de competência exclusiva do STF referente ao mandado de injunção:

Teria o Tribunal Superior Eleitoral como que julgado um mandado de injunção, ante a lacuna legislativa notada, que, ao fim, a teor do disposto em alínea que está no

¹⁶³ “[...] o artigo 1º afronta os artigos 22, I e 48, da Constituição; o artigo 2º dispõe sobre matéria reservada à lei complementar; os artigos 3º ao 9º e 11 inovam em Direito Processual e o § 2º do artigo 1º inova atribuições do Ministério Público.” (BRASIL, 2009, p. 129).

artigo 102 da Constituição Federal, seria da competência do Supremo e não do Tribunal Superior Eleitoral, porque a omissão quanto à disciplina da matéria seria do Congresso Nacional. (BRASIL, 2009, p. 145-146).

O Min. Gilmar Mendes lembrou que a necessidade de reflexão sobre a infidelidade partidária já havia sido levantada por ele no julgamento das ADI nº 1.351-3/DF e nº 1.354-8/DF, sobre a cláusula de barreira. O Min. Celso de Mello ainda ressaltou que “A prática da infidelidade partidária, **ao propiciar** ilegítima alteração do resultado das urnas **fora** do processo eleitoral, **provoca**, com tal consequência, **gravíssima** lesão ao princípio democrático.” (BRASIL, 2009, p. 157).

Constata-se, portanto, em mais esse julgamento do STF, que a discussão ultrapassa os limites necessários ao deslinde da questão. Ao tratar de tema político, extremamente controvertido, é mais adequado valorizar teorias de autorrestrrição, como o minimalismo judicial.

São matérias que devem ser deliberadas no núcleo do sistema político, ou seja, nas Casas do Poder Legislativo, a fim de que os variados segmentos da sociedade tenham a participação garantida.

É preciso lembrar que a questão da fidelidade partidária é cerne do sistema eleitoral representativo. Portanto, desde o primeiro questionamento, ou seja, a decisão sobre o pertencimento dos mandatos ao eleito ou aos partidos e, depois, sobre os meios e hipóteses de perda do mandato, caberia ao Congresso Nacional definir através de processo legislativo.

O julgamento das ADI nº 3.999-7 e 4.086-3 demonstra claramente uma postura ativista do STF, pois decidiu sobre situação que não está expressamente contemplada no texto constitucional e independentemente de manifestação do legislador ordinário.

Essa postura ativista se iniciou no julgamento dos Mandados de Segurança nº 26.602-3, 26.603-1 e 26.604-0, prosseguiu com a orientação do STF ao TSE na formulação da Resolução nº 22.610/07, para, enfim, ser arrematada no julgamento das ADI nº 3.999-7 e 4.086-3.

5.3 Interrupção da gravidez ou antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo: ADPF nº 54

Este julgamento se refere a uma questão moralmente complexa, que é a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, discutida pelos ministros do STF na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 (BRASIL, 2013a).

A ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, em 17/06/2004, representada judicialmente pelo Professor Luís Roberto Barroso, ministro do STF desde 26/06/2013. O relator foi o Min. Marco Aurélio, e o julgamento ocorreu nas sessões dos dias 11 e 12/04/2012.

Na petição inicial a CNTS pedia a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal¹⁶⁴. Indicou como vulnerados os artigos 1º, inciso IV (dignidade da pessoa humana), 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), 6º, cabeça, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal (BRASIL, 2013a).

O tribunal, por maioria, seguiu o voto do relator¹⁶⁵, julgando procedente o pedido. Com este entendimento passou-se a permitir a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, dispensada autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado, excluindo tal conduta do crime de aborto.

Os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello foram dissidentes, pois apesar de julgarem o pedido procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Min. Celso de Mello, numa clara decisão ampla (abrangente) e profunda, nos termos destacados por Sunstein (1999).

Também foram vencidos os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que entendiam pela improcedência do pedido.

A questão legal, portanto, envolvia a interpretação conforme à Constituição de 1988 dos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, sem redução de texto, a fim de afastá-los do alcance da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo. Desta forma,

¹⁶⁴ **Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

[...] Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

[...] Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹⁶⁵ Acompanharam o relator os Ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. O Min. Dias Toffoli declarou-se impedido, porque quando era advogado-geral da União (AGU) posicionou-se favorável à interrupção.

a gestante e os profissionais de saúde envolvidos na conduta não poderiam ser condenados pelo crime de aborto.

Considerando que o pedido inicial foi julgado procedente pela maioria da Corte, há entendimento de que o STF criou mais uma exceção ao crime de aborto¹⁶⁶, que já contava com dois incisos no art. 128 do Código Penal, tratando do aborto necessário (quando a vida da gestante corre risco) e do aborto sentimental (gravidez resultante de estupro).

À época do ajuizamento da ADPF n. 54, os juízes monocráticos e os tribunais estaduais, no cenário nacional, estavam proferindo decisões discrepantes, que ora acolhiam o pedido da gestante, ora negavam e, ora modificavam as decisões proferidas, causando perplexidade na sociedade¹⁶⁷. Há de se ressaltar que o tempo para decidir é muito curto, pois para evitar o sofrimento da gestante, que não pretende levar ao fim aquela gravidez, a antecipação terapêutica do parto deve ser decidida logo após a certeza da anomalia do feto.

Por isso, em 01/07/2004, o Min. Marco Aurélio deferiu a medida liminar requerida, nos seguintes termos:

Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desconfortos em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie. (BRASIL, 2013a, p. 15).

Não obstante o deferimento da medida liminar, em 20/10/2004 a decisão foi parcialmente revogada pela maioria da Corte, por considerá-la satisfativa em razão da irreversibilidade dos procedimentos médicos daí decorrentes. Manteve-se, entretanto, a decisão referente à suspensão dos processos e decisões não transitadas em julgado.

¹⁶⁶ É necessário esclarecer que a alegação da CNTS é que a interrupção da gravidez de feto anencefalo não consiste em crime de aborto, pois inexistia viabilidade de vida extrauterina do feto. Assim, a conduta é atípica, entendimento que foi adotado pela maioria dos ministros do STF.

¹⁶⁷ Caso emblemático, citado na petição inicial da ADPF nº 54 e em votos dos ministros, é o que ocorreu no *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A gestante não logrou a autorização judicial para abreviar o parto. Então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Diante disso foi impetrado *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça e a ministra Laurita Vaz concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a óptica. Daí o *habeas corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, antes do seu julgamento a notícia do parto foi confirmada. A criança não ultrapassara mais de sete minutos de sobrevivência. (BRASIL, 2013a).

A matéria é bastante controvertida, pois leva à discussão de outros questionamentos moralmente sensíveis, como a liberação do aborto, o início e o fim da vida, a viabilidade ou potencialidade de uma vida, abordando outros valores como “direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2013a, p. 12). Desta forma, organizações religiosas requereram sua admissão no processo como *amicus curiae*, o que foi indeferido.

Conquanto o indeferimento da intervenção, o relator entendeu que a medida liminar anteriormente deferida causou inquietação na sociedade, ou seja, redundou na emissão de diversos entendimentos sobre a matéria, o que o fez decidir pela realização de audiência pública¹⁶⁸, nos termos do § 1º, do art. 6º da Lei nº 9.882/99¹⁶⁹, a fim de proporcionar a participação das entidades representativas dos diversos segmentos sociais, religiosos e científicos.

As sessões de audiência pública ocorreram em 26 e 28 de agosto e em 04 e 16 de setembro de 2008, nas quais foram apresentadas variadas informações técnicas sobre a anencefalia e as condições de saúde física e psíquica da gestante, bem como a defesa pela vida tanto do feto quanto da gestante pelas diversas organizações e pessoas que foram ouvidas.

A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República manifestaram-se pela procedência do pedido inicial.

Como enfatizado inicialmente, a ADPF nº 54 trata de questão moralmente complexa, o que foi ressaltado por todos os ministros do STF, destacando a dificuldade e importância do julgamento. Conforme afirmado pelo relator, Min. Marco Aurélio:

¹⁶⁸ Em 28/09/2004 o relator, Min. Marco Aurélio, proferiu a seguinte decisão: “[...] Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero, bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas - CEMICAMP. Cumpre, antes dessa providência, elucidar a pertinência da medida intentada, em face da provocação do Procurador-Geral da República. O princípio da economia e celeridade processuais direciona ao máximo de eficácia da lei com o mínimo de atuação judicante. (BRASIL, 2013a).

¹⁶⁹ Art. 6º [...] § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.¹⁷⁰ (BRASIL, 2013a, p. 33).

Portanto, um dos interesses mais relevantes no debate era a vida, no caso a interrupção da vida intrauterina, o que conduz à discussão religiosa. Entretanto, o relator fixou a premissa de que a questão não poderia ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas, considerando a laicidade do Estado brasileiro:

Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução. A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia. (BRASIL, 2013a, p. 43).

Todos os ministros destacaram a laicidade do Estado em seus votos sobre a matéria, embora tenham como importante ouvir as organizações religiosas, considerando o pluralismo político como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Os critérios científicos sobre anencefalia, apresentados na audiência pública, também foram utilizados como premissas dos votos. Neste ponto, o principal argumento foi a inviabilidade da vida do feto anencéfalo¹⁷¹. Desta forma, não haveria como ponderar entre o direito à vida do feto e os direitos da gestante à saúde, dignidade, liberdade, autonomia e privacidade.

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente) votaram pela improcedência do pedido. Ambos entenderam que a procedência do pedido significava a

¹⁷⁰ O Min. Marco Aurélio entendeu que o conflito de direitos fundamentais é apenas aparente, pois não existe direito à vida do feto anencéfalo: “Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.” (BRASIL, 2013a, p. 54).

¹⁷¹ O argumento da inviabilidade do feto também foi analisado no direito norte-americano, no caso *Roe v. Wade*, julgado em 1973. Assim, o aborto é permitido nos EUA, desde que o feto ainda não tenha viabilidade de vida extrauterina, o que se dá por volta de 6 ou 7 meses (24 a 28 semanas), conforme informações, naquela época, para o julgamento da Suprema Corte dos EUA.

atuação do STF como legislador positivo. Afirmaram a necessidade de lei aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público:

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme à Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, 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. (BRASIL, 2013a, p. 245).

Não se pode tampouco, em segundo lugar, pedir a esta Corte que, atuando indevidamente como legislador positivo, tenha a ousadia de criar hipótese de exclusão de punibilidade do aborto, ou de desnaturar-lhe a tipicidade, quando carece de legitimidade e competência constitucionais para tanto. (BRASIL, 2013a, p. 412).

Além disso, o Min. Lewandowski também alertou que a decisão de procedência do pedido no presente caso poderia permitir a interrupção da gravidez em outros casos nos quais o embrião/feto padecesse de outras doenças, genéticas ou adquiridas, que de algum modo levassem ao encurtamento de sua vida intra ou extrauterina (BRASIL, 2013a). É o chamado aborto eugênico, tema discutido em outros votos. No entanto, os demais ministros sempre afastaram essa possibilidade limitando o julgamento estritamente ao caso de feto anencefálico.

Percebe-se, aqui, portanto, a preocupação dos ministros em proferir uma decisão *minimalista*, com efeitos restritos, conforme indica o Prof. Cass Sunstein (1999).

Já o Min. Cezar Peluso, último a proferir o voto, discutiu várias questões polêmicas, como a definição do “alcance constitucional do conceito de vida e da sua tutela normativa.” (BRASIL, 2013a, p. 375) e “o risco do surgimento de práticas de eugenia e eutanásia” (BRASIL, 2013a, p. 391). Utilizou-se de argumentos filosoficamente profundos e controversos. Entretanto, tal discussão era desnecessária, além de muito ampla e profunda para a matéria a ser julgada, configurando uma decisão *maximalista*.

Como bem enfatizou o Min. Luiz Fux, nas matérias em que prevalece o dissenso moral razoável o Poder Judiciário deve seguir a trilha *minimalista*, não assumindo politicamente as responsabilidades do legislativo, que é o real representante do povo (BRASIL, 2013a). O Min. Fux destacou expressamente em seu voto a conduta *minimalista* de Cass Sunstein:

Há, como se percebe - até pelas manifestações dos jornais, pelas manifestações aqui, diante do Supremo Tribunal Federal - um dissenso moral razoável sobre a matéria. [...] Mas, com relação a nós magistrados, a existência desse dissenso moral significativo nos impõe, assim como já adotamos em outros *hard cases* (como a

Marcha da Maconha e a legitimação da união homoafetiva), uma postura minimalista do Poder Judiciário, adstrita à questão da criminalização do aborto de feto anencefálico. [...]

Então, este caso é um caso típico em que se exige do Judiciário uma "passividade virtuosa", na célebre expressão de Alexander Bickel no famoso estudo *The Least Dangerous Branch* e, também, na expressão utilizada por Cass Sunstein sobre o minimalismo na Suprema Corte Americana. [...]

A trilha minimalista faz muito sentido quando o tribunal está lidando com a questão constitucional de alta complexidade, sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação está dividida, em termos morais ou outros quaisquer. (BRASIL, 2013a, p. 158).

A passividade virtuosa indicada pelo Min. Fux, ou simplesmente virtude passiva¹⁷², envolve o uso construtivo do silêncio, que é parte do minimalismo judicial. Significa que o ministro estava alertando para a necessidade de prudência na decisão. Em julgamentos de temas tão sensíveis é importante falar menos¹⁷³, isto é, observar uma fundamentação mais modesta.

Desta forma, era possível, como efetivamente foi para a maioria dos ministros do STF, proferir a decisão sem discutir profundamente questões tão controvertidas moralmente, como, por exemplo, a liberação do aborto ou o aborto eugênico no Brasil. Essas matérias continuaram abertas para ampla discussão pelos vários segmentos da sociedade, promovendo, assim, a democracia deliberativa, tal como destacou a Min. Cármen Lúcia: “Também faço questão de frisar que este Supremo Tribunal Federal, nesta tarde, não está decidindo nem permitindo o aborto. Essa é uma questão posta à sociedade.” (BRASIL, 2013a, p. 172).

Outro aspecto controvertido levado a um fervoroso debate no Plenário foi a proposta do Min. Celso de Mello sobre a necessidade de inserir, na parte dispositiva da decisão, a especificação de procedimento médico apto para confirmar o diagnóstico de anencefalia para possibilitar a interrupção da gravidez. O Min. Gilmar Mendes também insistiu nessa adição enquanto não houvesse regulamentação do Ministério da Saúde¹⁷⁴. O relator, Min. Marco Aurélio, inadmitiu a proposta, mantendo seu voto como originalmente apresentado.¹⁷⁵

¹⁷² “Minha sugestão é que a noção de “virtudes passivas” pode ser analisada de forma mais produtiva, se essa noção for vista como parte do minimalismo judicial e como um esforço para aumentar o espaço para a escolha democrática e para reduzir os custos de decisão e os custos de erro.” (SUNSTEIN, 1999, p. 40, tradução nossa).

“My suggestion is that the notion of the “passive virtues” can be analyzed in a more productive way if we see that notion as part of judicial minimalism and as an effort to increase space for democratic choice and to reduce the costs of decision and the costs of error.”

¹⁷³ “What is said and resolved is no more important than what is left out.” (SUNSTEIN, 2001, p. 58).

¹⁷⁴ “Para o cumprimento desta decisão, é indispensável que o Ministério da Saúde regule adequadamente, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia. Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras.” (BRASIL, 2013a, p. 307).

¹⁷⁵ A regulamentação pretendida pelo Min. Celso de Mello, a fim de comprovar a malformação do feto, veio logo em seguida ao julgamento do STF, através do Conselho Federal de Medicina, com a Resolução CFM nº

Percebe-se, então, que a decisão da maioria dos ministros do STF foi minimalista¹⁷⁶, tanto no seu aspecto substancial como procedimental, estabelecendo um “acordo incompletamente teorizado”, ou seja, a maioria buscou concordar com uma solução – permissão da interrupção da gestação de feto anencéfalo – sem que um ministro precisasse concordar com os fundamentos abstratos utilizados por outro. Trata-se de uma redução do desacordo moral razoável¹⁷⁷, explicitado pelo Ministro Gilmar Mendes: “[q]uestões capazes de gerar *desacordos morais razoáveis* em sociedades plurais tornam-se logo assuntos políticos demasiadamente complexos e simbólicos para serem reduzidos a um olhar preponderantemente pragmático.” (BRASIL, 2013a, p. 289).

O Min. Gilmar Mendes considerou que a interrupção da gestação de feto anencéfalo é fato típico, previsto no art. 128 do Código Penal, pois entende que há vida intrauterina, independentemente de sua viabilidade extrauterina¹⁷⁸. Todavia, entendeu que a citada conduta está compreendida entre as duas causas excludentes de ilicitude já previstas no Código Penal (aborto necessário e sentimental).

Constata-se, portanto, que o Min. Gilmar Mendes discordou da maioria dos ministros sobre a proteção do direito à vida do feto anencefálico. Entretanto, eles concordaram que a interrupção da gravidez, neste caso, estava autorizada.

Sunstein (1996) destaca que acordos incompletamente teorizados permitem a demonstração de respeito mútuo, civilidade ou reciprocidade entre as pessoas¹⁷⁹. Portanto, eles são ainda mais importantes entre os juízes:

Se reciprocidade e respeito mútuo são desejáveis, segue-se que os juízes, talvez ainda mais do que as pessoas comuns, não deveriam desafiar compromissos mais profundos e mais definidos de um litigante ou de outra pessoa, pelo menos se esses compromissos são razoáveis e se não há necessidade para que eles o façam. Assim,

1.989/2012, publicada no DOU de 14/05/2012. O Ministério da Saúde também regulamentou o procedimento por meio da Norma Técnica de Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos, publicada em 2014.

¹⁷⁶ Os ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio acompanharam o voto do relator, julgando procedente o pedido, que fundamentava a decisão na atipicidade do fato de interromper a gravidez de feto anencéfalo, uma vez que não há vida em potencial do feto. Os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello também julgaram o pedido procedente, no entanto, apresentaram fundamentos teóricos diferentes.

¹⁷⁷ “Há questões que, quando debatidas pela comunidade, tendem a dividi-la mais do que aproximá-la, isto é, assuntos que, ao serem trazidos à discussão pública, geram maior polarização entre os extremos opostos do que convergências. As questões capazes de gerar esse tipo de reação foram denominadas por Samantha Besson de *desacordos morais razoáveis* (BESSON, Samantha. *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2005).” (BRASIL, 2013, p. 288).

¹⁷⁸ “Parece-me, portanto, que afirmar a atipicidade do aborto nesta hipótese é incorreto, ante a evidente proteção jurídica que se confere ao nascituro (e está documentado à exaustão que o feto anencéfalo pode nascer com vida, a qual terá maior ou menor duração, a depender de diversos fatores).” (BRASIL, 2013, p. 288).

¹⁷⁹ “Perhaps even more important, incompletely theorized agreements allow people to show each other a high degree of mutual respect, civility, or reciprocity.” (SUNSTEIN, 1996, p. 39-40).

por exemplo, seria melhor se os juízes com a intenção de reafirmar *Roe v. Wade* pudessem fazê-lo sem desafiar o julgamento que o feto é um ser humano (SUNSTEIN, 1996, p. 40, tradução nossa)¹⁸⁰.

Os acordos incompletamente teorizados permitem o contínuo debate sobre as questões altamente controvertidas, admitindo mudanças nas futuras decisões, pois com o passar do tempo novas possibilidades podem surgir, ainda mais no que se refere à matéria envolvendo a medicina. Desta forma, se a questão posta na ADPF nº 54 fosse decidida com fundamento teórico no início e fim da vida, em um acordo teórico completo, a matéria estaria fechada para novos fatos e valores.

Uma decisão teórica completa seria incapaz de acomodar mudanças em fatos ou valores. Se uma cultura realmente atingisse um estado final teórico, se tornaria demasiada rígida e calcificada; saberíamos o que nós pensamos sobre tudo. Isso não serviria à posteridade. (SUNSTEIN, 2001, p. 60, tradução nossa)¹⁸¹.

Portanto, mesmo sendo uma decisão tão difícil, por envolver escolhas e sentimentos conflitantes para toda a sociedade, a maioria do tribunal optou por adotar uma postura de contenção judicial, economizando no desacordo moral¹⁸², mediante acordo incompletamente teorizado, deixando sem decidir o que era desnecessário (*leaving things undecided*). Não havia a necessidade de adentrar no tema polêmico da liberação do aborto, nem sobre outras possibilidades de interrupção da gravidez, como o aborto eugênico. Esses são assuntos que ficaram para a sociedade deliberar e decidir quando entender que o momento é adequado.

Deve-se, inclusive, destacar que após a decisão na ADPF nº 54, alguns juízes concederam alvará para interrupção da gravidez de fetos com anomalias que também levam à inviabilidade da vida extrauterina, em equiparação àquela. Podem ser citadas duas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2013. A primeira se refere à gravidez de um feto que apresentava encefalocele frontal grave, doença em que ocorre exteriorização ao crânio de grande quantidade de massa encefálica (CONJUR, 2013).

¹⁸⁰ “If reciprocity and mutual respect are desirable, it follows that judges, perhaps even more than ordinary people, should not challenge a litigant's or another person's deepest and most defining commitments, at least if those commitments are reasonable and if there is no need for them to do so. Thus, for example, it would be better if judges intending to reaffirm *Roe v. Wade* could do so without challenging the judgment that the fetus is a human being.”

¹⁸¹ “A completely theorized judgment would be unable to accommodate changes in facts or values. If a culture really did attain a theoretical end-state, it would become too rigid and calcified; we would know what we thought about everything. This would disserve posterity.”

¹⁸² Deve-se considerar, no entanto, que todos os votos se apresentaram muito extensos e bem fundamentados, com doutrina jurídica nacional e estrangeira; literatura médica, nacional e estrangeira, além de referências às informações expostas nas sessões da audiência pública.

No segundo processo o feto possuía diversos tipos de malformação, incluindo “o coração desviado para direita, estômago e alças intestinais no tórax e artéria umbilical única, além das Síndromes da Trissomia 18, que causa atraso mental e de desenvolvimento, e da Banda Amniótica, que pode prejudicar a formação do corpo e a circulação sanguínea.” (CONJUR, 2013). Nos dois processos foram juntados pareceres de professores especialistas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, confirmando a inviabilidade da vida a partir do parto.

Outro caso é a decisão proferida pelo juiz Jesseir Coelho de Alcântara, da 1ª Vara dos Crimes Dolosos Contra a Vida da comarca de Goiânia, ao julgar o pedido de uma mulher grávida de um feto diagnosticado com a síndrome do cordão curto (body-stalk), conforme sua fundamentação:

O que a requerente almeja, não se enquadra no nosso Direito Positivo, já que pleiteia o chamado aborto eugenésico, mediante ainda a alegação de risco para a vida da mãe, conforme já analisado em linhas anteriores.

Segundo estudos médicos, a Síndrome Body Stalk, que acometeu o feto da requerente, constitui uma anomalia congênita rara caracterizada por um cordão-umbilical rudimentar ou ausente, aliado a um amplo defeito de fechamento da parede abdominal anterior fetal e cifo-escoliose acentuada, podendo vir acompanhados de alterações nos membros que geralmente causam imobilidade fetal. Em regra, a anomalia é letal ao feto.

[...]

A interrupção da gestação encontra fundamento quando o feto possuir malformação congênita, degeneração ou houver possibilidade de que venha a nascer com enfermidade incurável.

Suficientemente demonstrada a completa inviabilidade do feto, como pessoa, com vida autônoma, fora do útero materno. Vida sem qualquer viabilidade a partir do momento que deixar o ventre da mãe.

Como magistrado já autorizei em várias ocasiões, aborto de feto anencefálico, acatando parecer ministerial e laudo médico específico. Apesar de não ser o que ocorre no presente caso, os efeitos são os mesmos: a impossibilidade de sobrevivência do feto e o risco de vida para a genitora. (GOIÁS, 2015)

Constata-se, assim, que o tema continuará a ser discutido pela sociedade e precisa da intervenção do Poder Legislativo, a fim de regular tais situações, principalmente devido à complexidade técnica e ao constante avanço da medicina. A decisão do STF não abrangeu esses casos e essa realmente não era a intenção dos ministros, que, por isso, proferiram uma decisão minimalista.

A decisão na ADPF nº 54 manteve a pluralidade e o dissenso, deixando a gestante, com o apoio do seu cônjuge/companheiro e de seus familiares, se assim desejar, fazer a escolha pela interrupção ou não da gestação. Certa de que se optar pela interrupção, não estará cometendo qualquer conduta criminosa.

5.4 União estável homoafetiva: ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DF

Outro julgamento do STF envolvendo questão moralmente controversa foi sobre o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo gênero.

A ADI nº 4277, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, em 22/07/2009, buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na ADPF nº 132, distribuída em 27/02/2008, o governador do Estado do Rio de Janeiro, na época Sérgio Cabral, alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contrariava preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro, conferindo, assim, interpretação conforme à Constituição. Neste processo foram admitidas 15 (quinze) entidades como *amicus curiae*.

O relator dos processos foi o Min. Ayres Brito e o julgamento conjunto ocorreu nos dias 04 e 05 de maio de 2011. (BRASIL, 2011)

A ADPF nº 132 foi conhecida pelos ministros do STF como ação direta de inconstitucionalidade e, em votação unânime¹⁸³, julgaram procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme à Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

A maior discussão que se colocou diante deste caso é a aplicação do princípio constitucional da igualdade às uniões homoafetivas em paralelo às uniões estáveis formadas por pessoas de sexos opostos. Assim, se duas pessoas do mesmo sexo vivem em união, com as mesmas características exigidas pelo Código Civil (art. 1.723) para a união estável heteroafetiva, com a intenção de formar uma entidade familiar, por que o tratamento jurídico deveria ser diferente?

¹⁸³ Os Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do Ministro Ayres Britto. Impedido de votar o Min. Dias Toffoli.

O pedido era a interpretação do art. 1.723 do Código Civil conforme à Constituição. Todavia, a própria Constituição, no § 3º do art. 226, reconhece apenas a união estável formada por pessoas de sexos opostos.

Constituição Federal

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988).

Código Civil de 2002

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002).

As normas constitucional e infraconstitucional expressam que a união estável reconhecida como entidade familiar, para efeito da proteção do Estado, é aquela **formada por homem e mulher**. Daí o entendimento de que a união formada por pessoas do mesmo sexo não são reconhecidas, juridicamente, como união estável para fins de aplicação dos direitos e deveres a ela concernentes.

Tal diferença de tratamento jurídico, por óbvio, gera dificuldades cotidianas para os homossexuais, tais como no direito previdenciário (concessão de benefícios para o parceiro), direito de família (guarda e adoção de filhos), direito sucessório, entre outros.

Os ministros fundamentaram seus votos em vários princípios constitucionais, observando a Constituição como um sistema jurídico, que não pode analisar um artigo isoladamente, no caso, o § 3º do art. 226. Os princípios constitucionais mais citados foram da igualdade, da liberdade, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, além da vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo.

O conceito jurídico de família, modificado pela Constituição de 1988, que o tornou mais abrangente e flexível, também foi amplamente alegado para confirmar a existência de entidade familiar formada por uniões homoafetivas, mesmo que contrariando o citado § 3º do art. 226 da Constituição.

Houve variadas interpretações dos ministros sobre a redação do § 3º do art. 226 da Constituição Federal. O relator, Min. Ayres Britto, justificou que o constituinte usou “homem e mulher” para reforçar eficientemente o combate à renitência patriarcal dos costumes de

inferiorização da mulher (BRASIL, 2011, p. 45). No entanto, a Min. Cármen Lúcia discordou desse entendimento¹⁸⁴:

Contrariamente ao que foi afirmado na tribuna, não é exato que a referência à mulher, no § 3º do art. 226 da Constituição, pretendesse significar a superação de anterior estado de diferenciação inferiorizante de cada uma de nós. O histórico das discussões na Assembléia Constituinte demonstram que assim não foi. (BRASIL, 2011, p. 92-93).

O Min. Luiz Fux, por outro lado, entendeu que a previsão literal de “entre homem e mulher” no § 3º do art. 226 da Constituição não é óbice à equiparação da união homoafetiva à união estável heterossexual, porque essa norma foi inserida com a intenção exclusiva de incluir às uniões estáveis no conceito de família, retirando-as da “sombra” (BRASIL, 2011, p. 74). Defendeu, ainda, que a norma não é excludente da união homoafetiva, pois o constituinte pode ter entendido desnecessário positivá-la:

Eu também afiançaria que a Constituição Federal, quando consagrou a união estável, ela positivamente não quis excluir a união homoafetiva. Talvez o legislador constitucional tenha entendido até desnecessário - se ele estabeleceu que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, que há uma liberdade sexual consagrada como cláusula pétrea. (BRASIL, 2011, p. 84).

Tal compreensão, no entanto, não pode ser acatada. Se, conforme entendimentos expostos acima, o constituinte pretendeu reforçar a igualdade entre homem e mulher (Min. Ayres Britto) ou a inclusão como entidade familiar das uniões estáveis heterossexuais (Min. Luiz Fux), consideradas como proteção das minorias (mulher; união estável), nada mais se esperava dele do que incluir expressamente o reconhecimento da união homoafetiva. Esse parece ser o raciocínio mais evidente.

Constata-se, na verdade, que o constituinte realizou uma opção, dentro de sua discricionariedade legislativa. O Min. Ricardo Lewandowski buscou as discussões sobre a redação do § 3º do art. 226 na Assembleia Constituinte. Constatou, então, que houve discussão, naquele momento, sobre a inserção da união homoafetiva como união estável reconhecida juridicamente. Todavia, ao final, o texto constitucional não trouxe essa interpretação. Portanto, houve uma escolha dos representantes do povo, conforme os valores refletidos pela sociedade naquele momento.

¹⁸⁴ É possível identificar nesta discussão dos Ministros a abordagem interpretativa conhecida como fundamentalismo no direito norte-americano. Os fundamentalistas acreditam que a Constituição deve ser interpretada de acordo com o entendimento original. A Constituição, neste sentido, deve ser interpretada para dizer exatamente o que ela dizia ao tempo de sua promulgação (SUNSTEIN, 2005).

Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembléia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto.

[...]

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável. (BRASIL, 2011, p. 104-105).

De tal modo, o Min. Lewandowski concluiu que não é possível enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma das espécies de família estabelecidas no art. 226 da Constituição Federal (BRASIL, 2011, p. 103). Tal entendimento é corroborado pelo Min. Gilmar Mendes que, por isso mesmo, se mostrou preocupado com a pretensão de substituir o texto da Constituição mediante interpretação conforme dada ao art. 1.723 do Código Civil:

[...] [os limites] resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto [...] e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador [...]. (BRASIL, 2011, p. 147).

Os ministros fundamentaram, ainda, no direito à privacidade de cada ser humano seguir sua orientação sexual, o que é consectário direto do direito da personalidade e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana. De acordo com esses fundamentos não há qualquer vedação ao estabelecimento de uniões estáveis homoafetivas, conforme argumentou o Min. Luiz Fux:

A quinta premissa não é fática, mas jurídica: **não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas**, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5.º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos. (BRASIL, 2011, p. 60).

Realmente não há qualquer impedimento para se estabelecer *faticamente* uniões homoafetivas. O que não existia no direito brasileiro até a decisão do STF era a permissão para se aplicar o estatuto jurídico da união estável heterossexual à união homossexual.

Também não há como discordar sobre a necessidade de regulamentação desta “realidade social incontestável”, conforme consideração do Min. Joaquim Barbosa (BRASIL, 2011, p. 116). A grande questão é fazê-la através de decisão do Judiciário, quando o adequado seria através do Legislativo, mediante, inclusive, uma proposta de emenda constitucional. Essa preocupação foi aventada pelo Min. Gilmar Mendes:

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar. [...] por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade.

Isso explique, talvez, a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema. (BRASIL, 2011, p.123)

O Legislativo não se mostrou inerte em relação ao tema, isto é, não ignorou a demanda social das uniões homoafetivas. Várias propostas de lei e emenda à Constituição foram apresentadas e tramitaram ou tramitam no Congresso Nacional. Este fato foi consignado no voto do Min. Gilmar Mendes¹⁸⁵. Todavia, os parlamentares não conseguiram chegar ao consenso para regulamentar a união homoafetiva, pois se trata de tema moral extremamente controvertido na sociedade ou, como afirmou o Min. Joaquim Barbosa, “questão da mais elevada significância social” (BRASIL, 2011, p. 116).

Entretanto, o Min. Celso de Mello (BRASIL, 2011, p. 250) reconheceu, neste caso, a necessidade de prática ativista pelo Supremo Tribunal Federal, diante de omissão do Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais:

Práticas de ativismo judicial, **embora** moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, excessivamente, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade. (BRASIL, 2011, p. 261).

Neste sentido, o próprio Sunstein (1999) se manifestou não favorável ao minimalismo, quando grupos de interesse bem organizados estejam frustrando processos deliberativos, uma vez que podem estar produzindo legislação não razoável ou impedindo mudança desejável e citou como exemplo, nos EUA, exatamente os direitos dos homossexuais.

Siegel (2005) salienta que o Judiciário é menos propenso às pressões políticas majoritárias, por isso está melhor equipado para proteger direitos das minorias, o que seria o caso analisado. Entretanto, Sunstein (2005b) não considera essa afirmação absoluta, pois, às

¹⁸⁵ “Já se destacou aqui o número elevado de projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação.” (BRASIL, 2011, p. 123).

vezes, esse mesmo isolamento da Corte às pressões majoritárias pode ser o problema, e não a solução.

Outra preocupação observada pelo Min. Gilmar Mendes foi relativa às consequências da decisão do STF com outras questões que poderiam surgir sobre a regulamentação da união homoafetiva. Neste caso, parece que o ministro se preocupou com os custos da decisão, bem como avaliou se ela estava certa ou errada e, também, os custos de uma eventual decisão errada.

Realmente isso não demorou a ocorrer, como, por exemplo, a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. O tema foi discutido no Superior Tribunal de Justiça (STJ), através do Recurso Especial nº 1.183.378/RS, relator Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25/10/2011 (publicação no DJe em 01/02/2012). O recurso foi provido, a fim de reconhecer a possibilidade de habilitação para casamento civil de pessoas do mesmo sexo¹⁸⁶. Em 2013 o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução nº 175, de 14/05/2013, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

Outra matéria bastante controversa é a adoção por casal homoafetivo, que ainda não foi expressamente regulamentada. Esse questionamento também já chegou ao STF, embora a Min. Cármen Lúcia tenha negado seguimento ao Recurso Extraordinário nº 846.102/PR, em 05/03/2015 (publicado no DJe em 18/03/2015). Tratava-se de oposição do Ministério Público ao deferimento de habilitação para adoção por casal homoafetivo. A decisão da ministra foi fundamentada na decisão da ADPF nº 132.

Assim, o Min. Gilmar Mendes alertou sobre as implicações da decisão proferida pelo STF e a necessidade de amadurecimento da matéria, que precisava de tempo:

Assim, de um lado, é importante ter-se em mira que o Legislativo, por mais de 15 anos, vem debatendo a matéria e procurando amadurecê-la, de forma que possa chegar a uma regulamentação satisfatória. Nessa linha de raciocínio, e a depender da complexidade das soluções normativas demandadas deste Tribunal, talvez uma decisão daqui emanada possa até ter efeito mais prejudicial do que benéfico ao amadurecimento do debate na sociedade. (BRASIL, 2011, p. 167).

Ocorre que esse tema, como antes ressaltado, é extremamente delicado, e o reconhecimento e a proteção dessas relações perpassam uma série de concepções culturais, filosóficas, religiosas, entre outras, que demandam tempo para consolidação pela sociedade. (BRASIL, 2011, p. 180).

¹⁸⁶ Deve-se destacar que este foi o primeiro processo sobre casamento homoafetivo a ser julgado pelo STJ. No entanto, outros casamentos entre pessoas do mesmo sexo já tinham ocorrido mediante autorizações judiciais. O primeiro do país ocorreu no final de junho/2011, em Jacareí/SP, mediante a conversão da união homoafetiva em casamento.

Esta também é uma preocupação de Cass Sunstein (1999), que defende a necessidade de decisão minimalista quanto às questões altamente complexas, que ainda não foram suficientemente discutidas pela sociedade e em tribunais inferiores.

Por exemplo, um julgamento sobre uma questão complexa que ainda não está madura para decisão pode minimizar o risco de erro e aumentar o alcance para continuar a deliberação democrática sobre o problema em mãos. Não deveria ser surpresa encontrar alguma pressão ao encontrar outros casos indefinidos "não maduros" ou "controversos", precisamente por causa dos custos associados com a questão de fundo a decidir. Nos casos envolvendo homossexualidade e os casamentos inter-raciais, a Corte ocasionalmente tem decidido desta maneira, pensando que a intervenção judicial é prematura. (SUNSTEIN, 1999, p. 40, tradução nossa).¹⁸⁷

Além disso, como afirmou o Min. Gilmar Mendes, o STF não poderia prever e regular as possíveis situações decorrentes do reconhecimento da união homoafetiva, pois essa é função do legislador. Aí estaria a possibilidade de erro e dos custos deste erro.

O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque, quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos –, certamente começamos a ver que pretender regular isso, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de nos perdemos, produzindo lacunas. (BRASIL, 2011, p. 195)

Sunstein (1999) insiste que neste caso, isto é, no julgamento de matérias de alta complexidade pela incerteza moral, não se deve pretender decisões amplas e discussões teóricas profundas. Deve-se decidir um caso de cada vez, como, por exemplo, o casamento ou a adoção por casais homoafetivos, a fim de evitar eventuais erros e os custos desses erros para decisões futuras.

No cenário jurídico, os custos de decisão são enfrentados pelas partes em litígio e pelos tribunais. Se, por exemplo, os juízes em um caso envolvendo o "direito de morrer" tentassem gerar uma decisão que cobrisse todas as situações imagináveis em que esse direito pudesse ser exercido, levaria muito tempo para decidir o caso. Isso pode ser por causa de uma absoluta falta de informação. Pode ser assim por causa das pressões impostas a um tribunal colegiado, constituído por membros que não têm certeza ou estão em desacordo sobre uma variedade de assuntos. Assim, um

¹⁸⁷ “For example, a judgment that a complex issue is not now ripe for decision may minimize the risk of error and increase the scope for continuing democratic deliberation on the problem at hand. It should not be surprising to find some pressure to find otherwise borderline cases “not ripe” or “moot” precisely because of the costs associated with deciding the substantive question. In cases involving homosexuality and racial intermarriage, the Court has occasionally proceeded in this way, thinking that judicial intervention is premature.”

tribunal pode ter muita dificuldade para chegar a um consenso sobre decisões amplas. Sem dúvida, a limitação de muitas decisões é um produto desse fato. (SUNSTEIN, 1999, p. 47, tradução nossa)¹⁸⁸

Havia a expectativa, ao menos dos Ministros Lewandowski e Mendes, de que a decisão do STF seria, na verdade, um reforço para que o Congresso regulamentasse a união homoafetiva:

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, **até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações**. (LEWANDOWSKI; BRASIL, 2011, p. 112, grifos nossos).

Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, **pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar**. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. (MENDES; BRASIL, 2011, p. 160, grifos nossos).

Existem projetos de lei em tramitação no Congresso, alguns com o fito de regulamentar aspectos da união homoafetiva, outros que pretendem suspender os efeitos da decisão do STF.

A decisão judicial, no presente caso, foi maximalista ou ativista em dois aspectos. Primeiro, por alterar a interpretação de norma expressa e clara da Constituição (§ 3º do art. 226) e do Código Civil (art. 1.723) quanto às palavras “homem e mulher”¹⁸⁹. Segundo, por fundamentar em definições controversas mais amplas e profundas (*wide and deep*), como a natureza da família e da sexualidade, conforme os votos analisados anteriormente.

Pode-se analisar, no entanto, se diante da falta de consenso dos legisladores, os juízes estariam autorizados a decidir a questão, com o intuito de tentar pôr fim à insegurança jurídica sobre o tema.

¹⁸⁸ “In the legal setting, decision costs are faced by both litigants and courts. If, for example, judges in a case involving the “right to die” attempted to generate a rule that would cover all imaginable situations in which that right might be exercised, the case would take a very long time to decide. This might be so because of a sheer lack of information. It might be so because of the pressures imposed on a multimember court consisting of people who are unsure or in disagreement about a range of subjects. Such a court may have a great deal of difficulty in reaching closure on broad rules. Undoubtedly the narrowness of many decisions is a product of this fact.”

¹⁸⁹ Cruz e Marcondes (2015) defendem que, numa visão contemporânea do constitucionalismo, o Judiciário deve ter uma atitude responsável e transparente, que leva os direitos a sério. Assim, a noção de ativismo judicial é analisada com base no jogo de linguagem. Neste sentido, segundo os autores, na realidade não houve inovação no texto constitucional, pois considerando os elementos do jogo de linguagem do direito, a união entre homem e mulher pode ser entendida como a união entre homens e a união entre mulheres. “Isso porque sabemos que o Constitucionalismo Contemporâneo se firmou na defesa intransigente das minorias, do pluralismo jurídico, e da tolerância com visões diversas do que se entende por “vida boa”.” (CRUZ; MARCONDES, 2015, p. 190).

Sunstein (1999) entende que em certas situações pode ser recomendável a utilização de argumentos amplos e profundos. Uma dessas considerações se apresenta “quando uma postura maximalista promoverá objetivos democráticos, quer pela criação de pré-condições para a democracia ou impondo bons incentivos aos políticos eleitos, incentivos os quais eles são suscetíveis de responder.” (SUNSTEIN, 1999, p. 57, tradução nossa)¹⁹⁰.

O autor norte-americano cita o caso *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483) julgado em 1954. A Suprema Corte dos EUA julgou de forma ampla, porque estava confiante em uma proibição plena para a segregação racial. A matéria foi discutida anteriormente em uma série de outros processos testando a proposição que “separados” eram “iguais”. Desta forma, *Brown* era o ápice de muitos outros julgamentos minimalistas, que provaram a incorreção daquela proposição (SUNSTEIN, 1999, p. 59). Esse julgamento rompeu com 60 anos de jurisprudência, desde o precedente *Plessy v. Ferguson*, de 1896.

Portanto, por mais que seja recomendável a postura minimalista em casos extremamente controvertidos, talvez a decisão ativista do STF sobre o reconhecimento da união homoafetiva tenha sido um grande avanço para a democracia deliberativa no Brasil, a fim de incentivar o Congresso Nacional a se posicionar e legislar sobre a questão.

Por outro lado, há a preocupação de que a inércia ou a demora do legislativo em refletir e decidir sobre questões como essas, pode acentuar a passividade do legislador, conforme explica Habermas (2001), ou até mesmo a recusa em adentrar-se em questões polêmicas. Assim, o Judiciário estaria exercendo o papel da paternidade de decisões importantes da sociedade, o que desde já se repudia.

5.5 Patient Protection and Affordable Care Act (Lei de Proteção ao Paciente e de Assistência Acessível): 567 U. S. ____ (2012)

O *Patient Protection and Affordable Care Act* (Ato de Proteção do Paciente e Assistência Acessível) ou *Affordable Care Act* (ACA) é popularmente conhecido como “Obamacare”. Trata-se de uma lei com abrangência nacional, que representa a mais importante reforma de regulamentação do sistema de saúde norte-americano desde 1965, quando foi implantado o sistema do “Medicare” e “Medicaid”. A lei foi assinada pelo Presidente Barack Obama em 23/03/2010.

¹⁹⁰ “(...) when a maximalist approach will promote democratic goals either by creating the preconditions for democracy or by imposing good incentives on elected officials, incentives to which they are likely to be responsive.”

Antes de explicar o objetivo e as controvérsias do *Affordable Care Act*, é importante descrever o sistema de saúde norte-americano antes da reforma.

O sistema de atenção à saúde nos Estados Unidos está, em sua maior parte, a cargo do setor privado. Assim, os americanos precisam contratar apólices de seguro de saúde, pagas anualmente. Aqueles que não têm condições de arcar com os custos de um plano de saúde e não podem se beneficiar dos subsídios federais, possuem, segundo Germano Schwartz (2004), três opções: a) seguros de saúde que reembolsam quem mantém seguro privado; b) programa de cuidados de saúde administrados por clínicas particulares; e c) pagamento de uma taxa de serviço no mercado que oferece cuidados de saúde particular.

Existem, ainda, dois programas do governo que subsidiam ou reembolsam os custos dos cuidados médicos para alguns grupos: o “Medicare” e o “Medicaid”.

O “Medicare” é administrado pelo governo federal e se destina à cobertura médico-hospitalar de pessoas a partir dos 65 anos, portadores de algumas deficiências e pessoas com doença renal grave. Os serviços incluídos nesse programa são prestados fundamentalmente por hospitais privados contratados.

O financiamento de parte dos serviços de assistência à saúde previstos no “Medicare” se dá mediante contribuições compulsórias de empregados e empresas sobre a folha de salários, existindo teto máximo de contribuição. Outra parte do financiamento é co-financiada pelo usuário, isto é, o segurado que efetivamente utilize os serviços (NORONHA; UGÁ, 1995).

O “Medicaid” é de responsabilidade estadual, financiado com recursos fiscais de cada Estado e, ainda, com recursos federais em proporção variada de acordo com o nível de pobreza do Estado. Destina-se às mulheres grávidas, crianças, cegos, idosos, pessoas com deficiência e às famílias, comprovadamente, de baixa renda. Os serviços são prestados por hospitais particulares contratados pelos governos estaduais. “Trata-se de programa com níveis de atenção e cobertura heterogêneos, dado que estes dependem da capacidade de financiamento e das diretrizes políticas de cada unidade da federação norte-americana.” (NORONHA; UGÁ, 1995, p. 186).

Os Estados devem cumprir com critérios estabelecidos pelo governo federal, tais como quem recebe assistência, quais serviços são prestados e a que custo. “Os recursos federais recebidos através do programa Medicaid tornaram-se uma parte substancial dos orçamentos

estaduais, constituindo, agora, mais de 10% da receita total da maioria dos Estados” (USA, 2012, p. 10, tradução nossa)¹⁹¹.

De acordo com José Carvalho De Noronha e Maria Alicia Domínguez Ugá (1995), o “Medicare” foi concebido sob o espírito do seguro social de responsabilidade do governo federal, enquanto o “Medicaid” foi configurado segundo os moldes típicos da política assistencialista, cujo acesso foi vinculado à apresentação de atestado de pobreza.

Além desses, a atenção à saúde no modelo de proteção social norte-americano também contempla a contratação de seguro privado contratado pelos empregadores (empresas de médio e grande porte) para os seus empregados (NORONHA; UGÁ, 1995).

A finalidade do *Affordable Care Act* (ACA) é aumentar a qualidade e a assistência dos seguros de saúde, diminuir a taxa de indivíduos sem seguro de saúde pela expansão da cobertura de seguros, público e privado, e reduzir os custos com os cuidados de saúde para os indivíduos e para o governo. Constituído de 10 títulos e mais de 900 páginas, contém centenas de disposições normativas (EUA, 2012). A vigência de algumas disposições normativas do ACA se dará por etapas, entre 2010 e 2020.

Um dos pontos-chave dessa política é a concepção individualista de que cada pessoa deve ser responsável por pagar os custos de manutenção da sua própria saúde. Somente em casos especiais, como visto acima, o Estado financiaria essas despesas. Assim, para grande parte da população norte-americana a saúde não é considerada um direito protegido, nem garantido pelo Estado.

As disposições legais mais controvertidas do *Affordable Care Act* se referem ao “individual mandate” e à expansão do programa “Medicaid”.

O “individual mandate” ou obrigação individual exige da maioria dos americanos a contratação de um seguro-saúde com cobertura mínima essencial. As companhias seguradoras de saúde devem oferecer cobertura a todos os requerentes, independentemente de suas condições médicas pré-existentes ou gênero sexual. As apólices seguirão padrões mínimos, chamados de “benefícios essenciais de saúde”, o que inclui valor ilimitado para indenizações anuais ou vitalícias dos segurados. O cálculo dos prêmios será baseado na localização e na idade dos requerentes, o que os torna mais acessíveis em comparação aos preços praticados antes da nova lei, que nos Estados Unidos são bastante elevados¹⁹².

¹⁹¹ “Federal funds received through the Medicaid program have become a substantial part of state budgets, now constituting over 10 percent of most States’ total revenue.”

¹⁹² “Para se ter uma ideia, um estudo comparativo feito pela International Federation of Health Plans (Federação Internacional dos Planos de Saúde) em nove países mostra que os americanos pagam mais do que argentinos, chilenos, indianos, suíços, espanhóis, franceses, alemães e canadenses por qualquer um dos procedimentos

A partir de janeiro de 2014, quem não cumprir com a obrigação individual pode ser compelido pelo governo federal a pagar uma penalidade progressiva anualmente, o “shared responsibility payment”, que é calculado sobre uma porcentagem da renda familiar, sujeito a um valor mínimo especificado e, um valor máximo, baseado no prêmio anual médio que o indivíduo teria que pagar.

Os mais pobres, que se declararem incapazes de arcar com os custos dos prêmios, receberão subsídios do governo federal. Os empregadores com mais de 50 empregados deverão pagar os planos de saúde daqueles que trabalham em tempo integral (30 horas semanais ou mais).

A outra disposição importante do ACA é a expansão do programa “Medicaid”, com o objetivo de aumentar o número de indivíduos que o Estado deve cobrir e, também, o aumento dos recursos federais transferidos para cobrir os custos dos Estados com a expansão. Todavia, penaliza os Estados que se recusarem a cumprir com a disposição legal, retirando os recursos transferidos, até mesmo para o modelo anterior do programa.

Em artigo sobre o *Obamacare*, o economista Robert P. Murphy (2013) analisa seus principais elementos, bem como seus efeitos “premeditados e não premeditados”, e conclui:

O ObamaCare representa a maior expansão da autoridade regulatória do governo federal em toda a história americana. De uma só vez, esta nova lei coloca 16% da atividade econômica americana – praticamente todo o setor de planos de saúde e de serviços médicos – sob o jugo de burocratas federais. A lei estipula a cobertura mínima que tem de ser fornecida pelos planos de saúde. Estipula a cobertura mínima que cada cidadão americano tem de comprar das seguradoras de saúde. Pune severamente, sem direito a interrogatório, qualquer indivíduo ou empresa que optar voluntariamente por algo que seja menos do que a cobertura mínima imposta pelo governo. Obriga praticamente todos os cidadãos americanos a adquirir apólices homogêneas, que inclusive tenham cobertura para eventos que não podem ocorrer. E obriga os planos de saúde a aceitarem pessoas com condições médicas pré-existentes e a cobrarem delas o mesmo prêmio que cobram de pessoas saudáveis, que não têm nenhuma condição pré-existente. (MURPHY, 2013).

Por outro lado, o também economista norte-americano Paul Krugman entende que o ACA é uma reforma profundamente conservadora, pois não pretende afetar o atendimento de saúde da maioria das pessoas:

Os americanos que recebem plano de saúde de seus empregadores, do Medicare (o seguro-saúde público para idosos e inválidos) e do Medicaid (o seguro-saúde público para pessoas de baixa renda) – que representam a grande maioria daqueles que têm algum tipo de seguro-saúde – praticamente não verão mudanças quando a lei entrar em vigor. (KRUGMAN, 2013).

avaliados na pesquisa: consultas, radiografias, compra de medicamentos ou cirurgias, à exceção da operação de cataratas, que é mais cara na Suíça.” (JORGE; SOMBRA, 2013).

Diante dessa nova reforma política do sistema de saúde norte-americano, principalmente dessas duas disposições, 26 Estados, vários indivíduos e a *National Federation of Independent Business* questionaram a constitucionalidade do *Affordable Care Act* em várias localidades do país.

O caso *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services, et al.*, 567 U. S. ____ (2012) se refere à revisão da decisão da Corte de Apelação do 11º Circuito, de Atlanta, Estado da Geórgia (nº 11-393), mediante concessão do *certiorari* pela Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁹³.

Os recorrentes alegaram, entre outras questões, que o Congresso excedeu seus poderes, com fundamento no artigo I da Constituição, ao estabelecer o “individual mandate” ou obrigação individual. Os tribunais inferiores (Cortes Distritais) julgaram procedente essa inconstitucionalidade. A Corte de Apelação do 11º Circuito confirmou a decisão na parte referente ao excesso de poder do Congresso ao legislar sobre a obrigação individual, mas entendeu que o restante da lei era válida, pois é possível separar a disposição da obrigação individual das demais. No entanto, outras Cortes de Apelação, como, por exemplo, do 6º Circuito e o D.C. Circuito, confirmaram a constitucionalidade da obrigação individual, com base no exercício do poder de comércio do Congresso (USA, 2012).

O 14º Circuito entendeu que o tribunal não poderia analisar o mérito da questão, com fundamento no Ato Anti-Injunção (*Anti-Injunction Act*), o qual prevê a necessidade de produção do efeito da norma alegada como inconstitucional e, posterior reembolso do valor pago, em caso de procedência do pedido (USA, 2012). O *Affordable Care Act* prevê o pagamento de uma penalidade, o “shared responsibility payment”, que, em princípio, foi confundido com tributo na legislação norte-americana. A controvérsia temporal, no caso, se deu porque essa norma somente começaria a ter efeitos em janeiro de 2014, quando o governo poderia exigir a contratação do seguro-saúde das pessoas. Assim, à época do julgamento (junho/2012), a norma desafiada ainda não produzia efeitos concretos.

Quanto à expansão do programa “Medicaid”, a alegação de inconstitucionalidade se baseou na ameaça do Governo Federal de suprimir a transferência dos recursos federais aos Estados que se recusarem a cumprir com as exigências do novo programa. Dessa forma, de acordo com o ACA, os Estados não têm escolha entre permanecer com o programa antigo ou adotarem a nova proposta.

¹⁹³ Entretanto, também foram julgados, conjuntamente, os recursos nº. 11-398, *Department of Health and Human Services et al. v. Florida et al.*, e nº. 11-400, *Florida et al. v. Department of Health and Human Services et al.*

Para o julgamento a Suprema Corte nomeou dois *amici curiae*, considerando que são questões bastante controvertidas e que as partes não concordaram. H. Bartow Farr III foi nomeado para explicar e argumentar a decisão do 11º Circuito de que a disposição do “individual mandate” pode ser separada do restante do *Affordable Care Act*. Desta forma, em caso de confirmação da inconstitucionalidade da disposição legal, o restante da lei continuaria válido. Robert A. Long foi nomeado para explicar e argumentar sobre a preliminar levantada no 14º Circuito referente ao Ato Anti-Injunção.

Em 28 de junho de 2012, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por 5 votos a 4, declarou a constitucionalidade do *Affordable Care Act*, referente à disposição do “individual mandate”, baseado no exercício do poder de tributar do Congresso. No entanto, a Corte declarou que os Estados não podem ser forçados a participar da expansão do “Medicaid”, sob pena de perderem os seus financiamentos federais para o programa anterior à reforma.

Antes de analisar a postura dos membros da Suprema Corte neste julgamento, é importante lembrar o seu contexto político.

A eleição presidencial dos EUA ocorreu em novembro de 2012, portanto, pouco mais de quatro meses após o julgamento deste caso pela Suprema Corte. O *Affordable Care Act* é considerado a principal conquista da administração do presidente Barack Obama, que tentava, naquele ano, sua reeleição. Portanto, aquela decisão judicial, com certeza, teria fortes influências nas eleições.

Conforme relata o Prof. Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2013), em abril de 2012 o Presidente Barack Obama advertiu publicamente a Suprema Corte dos perigos do ativismo judicial, o que causou grande repercussão pública:

Obama disse estar “confiante que a Suprema Corte não tomar[ia] o que seria um passo extraordinário e sem precedentes de derrubar uma lei aprovada por uma forte maioria de um Congresso democraticamente eleito”. Ele dirigiu-se aos *Justices* conservadores para lembrá-los “que, por anos, escutamos que o maior problema da Corte foi o *ativismo judicial*, ou uma *falta de restrição judicial*” – a falta de deferência a “leis devidamente aprovadas e promulgadas” – e que o julgamento do *Obamacare* era um “ótimo momento” para a Corte Roberts mostrar que tem consciência disso. (CAMPOS, 2013, p. 6557).

Ainda, segundo Campos (2013), Obama antecipou o tom da crítica, ao afirmar que a “rejeição do *Obamacare* seria um caso de abuso de poder judicial, de ativismo judicial

ilegítimo; a Suprema Corte não passaria de apenas mais uma instituição política, nada tendo de corte de justiça.” (p. 6.560)¹⁹⁴.

Com a declaração de constitucionalidade do *Affordable Care Act*, o candidato do partido democrata o converteu em *slogan* de sua campanha “Obama cares”, mostrando que o presidente se preocupa com o bem-estar da população (BALIARDO; MELO, 2012). Já o candidato republicano, Mitt Romney, atacou a política de saúde de seu concorrente¹⁹⁵, apostando em nova legislação, caso ganhasse as eleições, procurando conquistar os eleitores insatisfeitos com a lei¹⁹⁶. O resultado foi a reeleição de Barack Obama.

O julgamento sobre o “individual mandate” foi apertado, pois quatro juízes julgaram a favor (Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan) e quatro foram contrários (Scalia, Kennedy, Thomas e Alito) à constitucionalidade da disposição legal. A definição veio com o Presidente da Corte, *Chief Justice* John Roberts Jr., que é considerado conservador pelos norte-americanos. Portanto, seu voto surpreendeu a todos¹⁹⁷.

Para analisar a constitucionalidade do “individual mandate” ou obrigação individual, primeiro era necessário ultrapassar a questão levantada pelo 11º Circuito sobre o Ato Anti-Injunção (*Anti-Injunction Act*), que é aplicável às discussões judiciais sobre tributos, com o objetivo de restringir a tributação ou a arrecadação de qualquer tributo. Desta forma, era preciso definir a natureza do “shared responsibility payment”, isto é, se se trata de penalidade ou tributo.

O *Affordable Care Act* o descreve como penalidade para quem, a partir de janeiro de 2014, não tenha contratado cobertura de seguro-saúde e não esteja isento dessa obrigação. Assim, não havia motivo imediato para pensar que uma lei aplicável a “qualquer tributo” seria aplicada a uma “penalidade”, como no caso em questão. Entretanto, a lei também subordina a arrecadação da penalidade ao Secretário do Tesouro, que é responsável pela tributação e arrecadação dos impostos.

¹⁹⁴ No início deste estudo (capítulo 2, tópico 2.2) foi indicado entendimento de Sunstein sobre ativismo judicial ilegítimo: o tribunal, frequentemente, não fundamenta suas decisões na Constituição. Decide conforme suas próprias predileções políticas, invalidando decisões de outros Poderes. Para Sunstein, a causa de um ativismo judicial ilegítimo está nas normas abstratas, muitas vezes ambíguas, que permitem ao julgador interpretá-la conforme seus próprios compromissos políticos.

¹⁹⁵ O mais curioso é que o próprio Mitt Romney, quando governador de Massachusetts, criou em 2006 um programa de saúde idêntico, que elevou a cobertura médica a 98% da população do Estado. Tal índice de cobertura é considerado, de longe, o melhor índice de todo o país. Graças ao programa, cerca de 150 mil pessoas que antes não tinham plano de saúde conseguiram parar de fumar com a ajuda do programa de saúde estatal MassHealth (JORGE; SOMBRA, 2013).

¹⁹⁶ “Segundo o diário *Los Angeles Times*, pouco mais da metade dos eleitores americanos são ideologicamente contra a lei – mesmo os que não possuem qualquer forma de plano de saúde.” (BALIARDO; MELO, 2012).

¹⁹⁷ A surpresa, neste caso, deve-se ao fato de que, nos EUA, os conservadores são representados pelo Partido Republicano. Portanto, a expectativa dos cidadãos norte-americanos era de que o voto de Roberts fosse contra a lei de iniciativa do Presidente da República, que é do Partido Democrata.

Em sua defesa, o Governo Federal alegou que a parte do texto legal sobre a arrecadação da penalidade pelo Secretário do Tesouro é, apenas, para o uso da mesma metodologia e procedimentos aplicáveis à arrecadação dos tributos. Não significa, todavia, tratar-se o “shared responsibility payment” de um tributo. Esse argumento convenceu o Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) Roberts e os juízes (*Justices*) Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan:

O *Affordable Care Act* não exige que a penalidade por deixar de cumprir com a obrigação individual seja tratada como um imposto para os efeitos do Ato Anti-Injunção. O Ato Anti-Injunção, portanto, não se aplica a esta petição, e nós devemos prosseguir para o mérito. (USA, 2012, p. 15, tradução nossa)¹⁹⁸.

Em relação à alegação de inconstitucionalidade da disposição do “individual mandate” por falta de competência do Congresso, também era preciso definir o sentido da obrigação.

Assim, o Governo apresentou dois argumentos. O primeiro, baseado no “Commerce Clause” e “Necessary and Proper Clause”, fundamentou que o Congresso pode obrigar os indivíduos a comprar o seguro-saúde, pois se não o fizesse, tal falha afetaria o comércio interestadual, o que prejudicaria as outras reformas do *Affordable Care Act*.

Através do segundo argumento, o Governo trouxe uma interpretação alternativa. Alegou que se o primeiro argumento não fosse aceito, com base no “Commerce Clause”, a Corte deveria entender a obrigação individual decorrente do exercício do poder de criar tributos, pertinente ao Congresso. O Presidente da Corte, Roberts, assim explicou o argumento: “De acordo com o Governo, mesmo se faltasse ao Congresso o poder de obrigar os indivíduos a comprar o seguro, o único efeito da obrigação individual é criar impostos para aqueles que não o fizerem e, então, a lei pode ser acolhida como um imposto.” (USA, 2012, p. 15, tradução nossa)¹⁹⁹.

Desta forma, o *Chief Justice* Roberts concluiu que o “individual mandate” deve ser acolhido dentro do poder do Congresso sob a “Clause Taxing”, isto é, a sua competência para criar tributo. Não admitiram a alegação do Governo sob o fundamento do “Commerce Clause” e “Necessary and Proper Clause”, pois a obrigação individual não visa regular uma

¹⁹⁸ “The Affordable Care Act does not require that the penalty for failing to comply with the individual mandate be treated as a tax for purposes of the Anti-Injunction Act. The Anti-Injunction Act therefore does not apply to this suit, and we may proceed to the merits.”

¹⁹⁹ “According to the Government, even if Congress lacks the power to direct individuals to buy insurance, the only effect of the individual mandate is to raise taxes on those who do not do so, and thus the law may be upheld as a tax.”

atividade comercial existente, mas sim, obriga os indivíduos a se tornarem ativos no comércio através da contratação do seguro-saúde.

O juiz Antonin Scalia, um dos votos vencidos, argumentou contra a obrigação individual, alegando que se o Congresso pode exigir que os americanos contratem seguro-saúde, também poderia forçar as pessoas a comprar carros e brócolis, mesmo que elas não queiram ou não apreciem o vegetal. Fundamentou na falta de competência do Congresso, além da intromissão inoportuna na vida privada dos americanos.

Prevaleceu a interpretação de que a obrigação individual deve ser entendida como imposição de um tributo sobre aqueles que não têm seguro-saúde, e não que os indivíduos devem obter seguro saúde ou pagar uma multa (punição por comportamento ilícito), pois essa era uma interpretação razoável a fim de impedir a declaração de inconstitucionalidade.

Assim concluiu o *Chief Justice* Roberts:

O Governo Federal não tem poder para obrigar pessoas a comprar seguro-saúde. A Seção 5000A seria, no entanto, inconstitucional, se lida como uma ordem. O Governo Federal tem o poder para impor um imposto sobre aqueles sem seguro-saúde. A Seção 5000A é, todavia, constitucional, porque pode razoavelmente ser lida como um imposto. (USA, 2012, p. 44-45, tradução nossa)²⁰⁰.

Quanto à expansão do programa “Medicaid”, o Presidente da Suprema Corte concordou com os Juízes Breyer e Kagan, para concluir que aquela disposição é inconstitucional, por ameaçar os Estados com a perda de recursos federais para o programa existente em caso de recusa no cumprimento da expansão, porque é incompatível com “Spending Clause”. Os Estados devem ter o direito de escolher se querem ou não participar da expansão.

O Governo alegou que a expansão é propriamente vista como uma modificação do programa existente, o que está dentro da competência do Congresso, pois se reservou ao direito de alterar, emendar ou repelir qualquer norma do “Medicaid”, conforme previsto na legislação (§1304).

Entretanto, a expansão realiza uma mudança no tipo do programa e não meramente no seu grau. O programa original foi desenhado para cobrir serviços médicos para categorias específicas de indivíduos vulneráveis. Com a reforma, o “Medicaid” é transformado em um

²⁰⁰ “The Federal Government does not have the power to order people to buy health insurance. Section 5000A would therefore be unconstitutional if read as a command. The Federal Government does have the power to impose a tax on those without health insurance. Section 5000A is therefore constitutional, because it can reasonably be read as a tax.”

programa para atender às necessidades de assistência de saúde de toda a população não idosa, com renda abaixo de 133% do nível de pobreza (USA, 2012).

A maioria da Corte entendeu, também, que a disposição legal sobre a extensão do “Medicaid” permanece disponível a qualquer Estado que afirme sua vontade em participar, pois a Corte não teria autorização para invalidar o financiamento oferecido pela expansão e, certamente, nenhuma base para declarar completamente inconstitucional o *Affordable Care Act*.

Desde a decisão da Suprema Corte, a lei e sua implementação continuaram enfrentando desafios no Congresso e tribunais federais, partindo de alguns governadores dos Estados (na maioria do partido republicano), grupos conservadores de advogados, sindicatos e pequenas empresas.

Percebeu-se, assim, que numa decisão tão importante como esta, principalmente pelo contexto político visualizado, isto é, às vésperas das eleições para Presidência da República dos Estados Unidos, a maioria da Suprema Corte norte-americana escolheu a *restrição judicial*, respeitando os limites entre os Poderes e, principalmente, as escolhas políticas do Congresso e, em última análise, à democracia.

Essa constatação é bastante perceptível na afirmação do *Chief Justice* Roberts:

Os Membros desta Corte estão investidos com a autoridade para interpretar a lei; nós não possuímos a *expertise* nem a prerrogativa de proferir julgamentos sobre política. Essas decisões são confiadas aos líderes eleitos da nossa Nação, que podem ser expulsos de seus cargos se o povo discordar deles. Não é nossa função proteger o povo das consequências de suas escolhas políticas. (USA, 2012, p. 12, tradução nossa)²⁰¹.

Na percuciente análise de Campos (2013), o *Chief Justice* Roberts, que foi indicado pelo Presidente da República George W. Bush, do partido republicano, sempre se mostrou um juiz conservador em seus votos anteriores. Suas decisões demonstravam a disposição para invalidar leis federais ou estaduais e superar precedentes antigos da Corte, para alcançar o resultado favorecido pela direita política do país, no caso, o partido republicano. Entretanto, no presente caso, “Roberts procurou atribuir um sentido normativo ao Obamacare que permitisse à Suprema Corte ser deferente ao Congresso e ao Presidente.” (CAMPOS, 2013, p. 6559).

²⁰¹ “Members of this Court are vested with the authority to interpret the law; we possess neither the expertise nor the prerogative to make policy judgments. Those decisions are entrusted to our Nation’s elected leaders, who can be thrown out of office if the people disagree with them. It is not our job to protect the people from the consequences of their political choices.”

Desta forma, o Presidente da Suprema Corte norte-americana evitou a discussão sobre questões ideológicas, políticas e pessoais na decisão, mas concluiu seu voto com a anotação que elas existem. Entretanto, não deveriam ser discutidas na Corte, mas sim pelo povo:

Os *Framers* criaram um Governo Federal de poderes limitados, e atribuiu a esta Corte o dever de aplicar aqueles limites. A Corte faz isso hoje. Mas a Corte não expressa qualquer opinião sobre a prudência do *Affordable Care Act*. Nos termos da Constituição, essa decisão é reservada ao povo. (USA, 2012, p. 65, tradução nossa)²⁰²

De acordo com tal posicionamento, a Corte deixou claro que as mudanças políticas devem ser deliberadas, democraticamente, pelo povo ou seus representantes. Quando o povo não estiver satisfeito com seus representantes ou com as leis criadas por eles, que busquem tomar as medidas políticas para mudar.

Por outro lado, não é possível esquecer que esta decisão teve reflexos políticos. Se a Suprema Corte tivesse declarado inconstitucional o programa de saúde do Presidente Obama, havia uma chance muito alta dele não ser reeleito e os EUA poderia ter um presidente republicano. No entanto, o julgamento pela constitucionalidade da lei reforçou a campanha do candidato democrata, que inclusive usou como *slogan* da campanha o apelido da sua política pública de saúde, “Obamacares”.

5.6 Bush et al. v. Gore et al.: 531 U. S. 98 (2000)

Em 07 de novembro de 2000 os norte-americanos foram às urnas para escolher o Presidente dos Estados Unidos. Os candidatos com maiores chances eram o democrata Albert Arnold "Al" Gore Jr. e o republicano George W. Bush.

A questão central sobre o resultado daquela eleição ocorreu no Estado da Flórida, pois a diferença na apuração de votos entre os dois candidatos foi inferior a 0,5% (meio por cento). Assim, de acordo com a legislação eleitoral daquele Estado, os votos deveriam ser recontados automaticamente, por máquina. A nova recontagem resultou na vitória de Bush, mas com uma diferença de votos ainda menor entre eles.

O candidato Al Gore, pediu, então, na Suprema Corte Estadual, a recontagem manual dos votos em alguns Condados da Flórida (Volusia, Palm Beach, Broward e Miami-Dade), o que foi deferido.

²⁰² “The Framers created a Federal Government of limited powers, and assigned to this Court the duty of enforcing those limits. The Court does so today. But the Court does not express any opinion on the wisdom of the Affordable Care Act. Under the Constitution, that judgment is reserved to the people.”

Além da divergência nos números dos votos, havia reclamações no Condado de Palm Beach sobre a confecção das cédulas de votação, que levavam os eleitores, principalmente idosos, à confusão. Os eleitores alegavam que não tinham certeza em quem tinham votado (Al Gore ou Pat Buchanan).

Outro aspecto questionado na Flórida foi a listagem dos eleitores. O nome de vários deles não estava na lista de aptos para votar, pois seus nomes ou números de Seguro Social coincidiam ou pareciam com o de pessoas condenadas criminalmente, que não têm direito a exercer a cidadania através do sufrágio. A maioria dos excluídos da listagem de qualificados para votar no Estado da Flórida eram de pessoas negras e hispânicas que, segundo Michael Moore (2004), são democratas²⁰³.

Além disso, a comissão da campanha eleitoral de Al Gore insistiu na apuração manual dos votos, pois as máquinas podiam não ler adequadamente alguns deles, seja por erro do próprio equipamento ou pela capacidade do eleitor de usá-lo²⁰⁴. Manualmente era possível discernir a real intenção de cada eleitor.

O resultado das eleições tinha prazo máximo para divulgação, isto é, 14/11/2000, às 17 horas. No entanto, essa data foi adiada pela Suprema Corte Estadual e, ainda no dia 26/11/2000, nova data-limite estipulada, a recontagem não tinha sido concluída. Nesta data a Secretária de Estado da Flórida, Katherine Harris, informou que não receberia mais os resultados provenientes da recontagem manual e decretou a vitória de George W. Bush.

Al Gore contestou judicialmente o resultado e, em 08/12/2000, a Suprema Corte Estadual, por 4 votos a 3, determinou nova recontagem manual das cédulas de votação, pois todas as argumentações de Gore, devidamente provadas, colocavam em dúvida o resultado da eleição para Presidente (USA, 2000).

²⁰³ “Habitantes negros da Flórida são, em sua esmagadora maioria, democratas – e, com certeza, Al Gore ganhou os votos de mais de 90% deles em 7 de novembro de 2000. Isto é, 90% daqueles que *puderam* votar.” (MOORE, 2004, p. 33).

²⁰⁴ “Muito da controvérsia parece girar em torno das cédulas destinadas a serem perfuradas por uma agulha, mas que, seja através de erro ou omissão deliberada, não tenham sido perfurados com precisão suficiente para uma máquina registrar as perfurações. Em alguns casos um pedaço do cartão – um *chad* – está pendurado, digamos, por dois cantos. Em outros casos, não há separação total, apenas um recuo.” (USA, 2000, p. 105, tradução nossa).

“Much of the controversy seems to revolve around ballot cards designed to be perforated by a stylus but which, either through error or deliberate omission, have not been perforated with sufficient precision for a machine to register the perforations. In some cases a piece of the card – a chad – is hanging, say, by two corners. In other cases there is no separation at all, just an indentation.”

George W. Bush recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, a fim de suspender aquela nova recontagem, alegando violação à cláusula de igual proteção, prevista na 14ª Emenda, uma vez que foram determinadas diversas contagens e métodos²⁰⁵.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em 09/12/2000, suspendeu a recontagem e concedeu *certiorari*²⁰⁶ aos candidatos republicanos. As alegações dos envolvidos foram ouvidas em 11/12/2000 e, no dia seguinte, a Suprema Corte proferiu sua decisão.

Conforme esclarecido na própria decisão, as questões apresentadas à Suprema Corte dos Estados Unidos foram: se a Suprema Corte da Flórida estabeleceu novas normas para resolução das disputas da eleição Presidencial, assim violando a Constituição dos Estados Unidos, bem como se o uso de recontagens manuais sem padrão viola as Cláusulas de igual proteção e do devido processo legal (USA, 2000)²⁰⁷.

Essa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos é composta de duas determinações. A primeira, denominada “Per Curiam”, que é um parecer da Corte sem identificação individual do juiz que o escreveu, decidiu por sete votos a dois que a recontagem manual dos votos conforme definida pela Suprema Corte da Califórnia violava a norma de igual proteção. Ainda no “Per Curiam”, previa a necessidade de decidir o remédio para aquela violação, o que foi fundamentado na segunda determinação.

A maioria da Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a falta de padrões mínimos para realização da recontagem manual nos diferentes Condados do Estado da Flórida, conforme estabelecido pela Suprema Corte Estadual, gerava incerteza e insegurança no resultado da eleição.

Entenderam os juízes da Suprema Corte que os mecanismos de recontagem implementados para atender à decisão da Suprema Corte da Flórida não satisfaziam a

²⁰⁵ A avaliação das cédulas, manualmente, estava ocorrendo de formas distintas nos Condados do Estado da Flórida. Assim, cédulas pressionadas, mas não totalmente perfuradas, eram contadas como válidas em alguns Condados e consideradas nulas em outros. A lei eleitoral não trazia parâmetros claros para resolver essa questão, deixando a cargo da Comissão Eleitoral de cada Condado a decisão de como avaliar as cédulas. Assim, os votos dos eleitores estavam sendo tratados de forma desigual por faltar padrões estabelecidos para a recontagem.

²⁰⁶ Conforme Daniela de Angelis (2012), no *writ of certiorari* “as partes requerem à Suprema Corte que aprecie e julgue o mérito da ação, anteriormente analisada pelas instâncias inferiores. Para tanto, devem as partes comprovar o preenchimento de três requisitos: existência de prejuízo concreto (*standing*), existência de dano real e não apenas em tese (*ripeness*), demonstrar que a causa não perderá o objeto pelo transcurso do tempo (*mootness*). Ocorre que, ainda que presentes esses requisitos, a Corte não está obrigada a conhecer do recurso apresentado, podendo decidir de forma discricionária não apreciar o *writ*. Composta por nove membros (*judges*), o *writ* somente será apreciado caso quatro ou mais juízes assim decidam.” (ANGELIS, 2012, p. 120).

²⁰⁷ “(...) whether the Florida Supreme Court established new standards for resolving Presidential election contests, thereby violating Art. II, § 1, cl. 2, of the United States Constitution and failing to comply with 3 U. S. C. § 5, and whether the use of standardless manual recounts violates the Equal Protection and Due Process Clauses.” (USA, 2000, p. 103).

exigência mínima de tratamento não arbitrário dos eleitores, necessários para assegurar o direito fundamental da igual proteção. A busca pela intenção do eleitor na marcação da cédula de votação necessitava da formulação de regras uniformes, aplicáveis a todos os Condados (USA, 2000)²⁰⁸, já que se estava diante de buscar a vontade do cidadão em uma coisa, isto é, na cédula de votação:

Neste caso, no entanto, a questão não é se acredita em uma testemunha, mas como interpretar as marcas ou furos ou arranhões em um objeto inanimado, um pedaço de cartão ou papel, que, diz-se, não poderia ter registrado como um voto durante a contagem por máquina. O fato a descobrir confronta uma coisa, não uma pessoa. (USA, 2000, p. 106, tradução nossa)²⁰⁹.

A Suprema Corte dos EUA chegou a reconhecer que aquele caso demonstrava falhas no processo eleitoral, que precisava ser aprimorado pelo Congresso Nacional norte-americano:

Este caso demonstrou que as máquinas de votação de cartão perfurado podem produzir um número infeliz de cédulas que não são perfurados de forma clara, completa pelo eleitor. Após a contagem atual, é provável que os órgãos legislativos de âmbito nacional examinarão as formas para aprimorar os mecanismos e maquinário para votação. (USA, 2000, p. 104, tradução nossa)²¹⁰.

Assim, a maioria dos juízes da Suprema Corte dos EUA concluiu que a decisão da Suprema Corte Estadual, ordenando a recontagem manual dos votos, não estava bem calculada para sustentar a confiança de todos os cidadãos no resultado das eleições:

Quando um tribunal ordena um remédio para todo o Estado, deve haver pelo menos alguma garantia de que os requisitos rudimentares de tratamento igual e justiça fundamental estão satisfeitos. [...] A disposição contestada, como foi ordenada pela Suprema Corte do Estado, não está bem calculada para sustentar a confiança que todos os cidadãos devem ter no resultado das eleições. O Estado não demonstrou que os seus procedimentos incluíam as proteções necessárias. (USA, 2000, p. 109, tradução nossa)²¹¹.

²⁰⁸ “The formulation of uniform rules to determine intent based on these recurring circumstances is practicable and, we conclude, necessary.” (USA, 2000, p. 106)

²⁰⁹ “In this instance, however, the question is not whether to believe a witness but how to interpret the marks or holes or scratches on an inanimate object, a piece of cardboard or paper which, it is said, might not have registered as a vote during the machine count. The factfinder confronts a thing, not a person.”

²¹⁰ “This case has shown that punchcard balloting machines can produce an unfortunate number of ballots which are not punched in a clean, complete way by the voter. After the current counting, it is likely legislative bodies nationwide will examine ways to improve the mechanisms and machinery for voting.”

²¹¹ “When a court orders a statewide remedy, there must be at least some assurance that the rudimentary requirements of equal treatment and fundamental fairness are satisfied. (...) The contest provision, as it was mandated by the State Supreme Court, is not well calculated to sustain the confidence that all citizens must have in the outcome of elections. The State has not shown that its procedures include the necessary safeguards.”

Por outro lado, a Suprema Corte norte-americana não encontrou uma solução para resolver as questões constitucionais levantadas. Verificou, ainda, que conforme a legislação, todo o processo eleitoral deveria estar concluído até o dia 12 de dezembro.

O julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos estava sendo realizado naquela data, 12 de dezembro, por isso, concluíram os juízes, por 5 votos a 4, que não havia o que ser feito. Assim, a declaração anterior da Secretária de Estado, confirmando a vitória de George W. Bush para Presidente dos Estados Unidos, foi ratificada pela Suprema Corte.

Em síntese, primeiro a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 09/12/2000, suspendeu liminarmente a decisão da Suprema Corte da Flórida, de 08/12/2000, que ordenava a recontagem manual das cédulas. E, em 12/12/2000, dia do julgamento, decidiu que não era possível qualquer outra medida, uma vez que naquela data se encerrava todo o processo eleitoral para escolha do Presidente da República. Não havia mais tempo para definição dos princípios e critérios a serem adotados uniformemente na recontagem manual em todos os Condados.

Para estudo desse julgamento também é importante analisar a composição da Suprema Corte e seu contexto.

A Suprema Corte, em 2000, era formada pelo *Chief Justice* William H. Rehnquist, indicado pelo Presidente da República Ronald Reagan em 1972. Assumiu a Presidência da Corte em 1986, por indicação do mesmo presidente republicano, Reagan.

Os outros oito *Justices* eram: John Paul Stevens, indicado em 1975 pelo Presidente republicano Gerald Ford; Sandra Day O'Connor (1981)²¹²; Antonin Scalia (1986) e Anthony M. Kennedy (1988), todos os três indicados pelo Presidente republicano Ronald Reagan; David H. Souter (1990) e Clarence Thomas (1991), ambos indicados pelo presidente republicano George H. W. Bush; Ruth Bader Ginsburg (1993) e Stephen G. Breyer (1994), ambos indicados pelo presidente democrata Bill Clinton.

Desta forma, a Suprema Corte era composta por sete juízes indicados por Presidentes republicanos, incluindo o Presidente da Corte, e apenas dois juízes indicados por Presidente democrata.

Segundo Campos (2013), a Suprema Corte presidida por Rehnquist passou por três fases. A primeira, de 1986 a 1992, voltou-se para questões sociais, tomando decisões moderadas. A segunda fase foi de 1993 a 2002, conhecida como jurisprudência do “Novo Federalismo”, pautou-se em interpretação original da Constituição e aumentou o poder dos

²¹² Entre parênteses o ano da indicação dos juízes à Suprema Corte pelos Presidentes dos EUA.

Estados em detrimento do Congresso Nacional e do próprio Judiciário Federal (CAMPOS, 2013). A última fase, de 2003 a 2005, foi marcada pela suavização da jurisprudência conservadora, com posições mais liberais e igualitárias de enfrentamento ao governo do Presidente Bush (CAMPOS, 2013).

Em 2000 o caso *Bush v. Gore* marcou a fase extremamente conservadora pela qual a Suprema Corte já estava sendo reconhecida. A decisão foi tomada por cinco juízes, todos eles indicados por Presidentes republicanos: Rehnquist, Scalia, Thomas, Kennedy e O'Connor. Portanto, esses cinco juízes, conhecidos como a “maioria conservadora sólida” (CAMPOS, 2013) da Corte, definiram que o novo Presidente dos EUA era o republicano George W. Bush.

É importante destacar que mesmo havendo entre os quatro juízes dissidentes, dois que foram indicados por Presidentes republicanos, Stevens e Souter, ambos eram considerados moderados. Os outros dois, Breyer e Ginsburg, foram indicados pelo Presidente democrata.

Conforme observação do Prof. Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2013), essa é uma das decisões mais controvertidas da história da Suprema Corte dos EUA, que espelhou bem a divisão ideológica e, sobretudo, partidária daquele Tribunal. “Essa decisão retratou bem como a maioria da Suprema Corte, naquele momento, havia avançado no sentido dos propósitos do Partido Republicano e das forças políticas conservadoras do país.” (CAMPOS, 2013, p. 6.543).

De acordo com Larry D. Kramer, citado por Campos (2013), a Corte Rehnquist exerceu a postura ativista, denegando explicitamente ao povo qualquer papel na determinação do progressivo significado da constituição. Por isso esse ativismo deve ser julgado como o exemplo mais perverso da soberania judicial, do qual *Bush v. Gore* é o caso mais apontado dessa perversidade.

De acordo com o Prof. William P. Marshall (2002), um dos indicadores do ativismo judicial é o *ativismo partidário*, que consiste no uso do poder judicial para realizar objetivos claramente partidários, o que é possível ser verificado no caso em análise. Para Marshall (2002) esta é a forma mais grave de ativismo judicial.

Cass Sunstein (2005a) considera que a Corte presidida por Rehnquist substituiu o ativismo de esquerda por um ativismo de direita, influenciado pela maioria dos juízes conservadores, indicados por Presidentes republicanos. O autor narra que a Corte Rehnquist declarou a inconstitucionalidade de mais de “três dúzias de leis federais” desde 1995, o que

configurou uma agressividade contra o Legislativo federal sem precedentes na história da Nação²¹³.

A maioria da Corte alertou que aquela decisão foi proferida conforme às especiais circunstâncias apresentadas, não se aplicando a outros casos. Tal referência nunca havia sido feita na história da Suprema Corte (RECOUNT, 2008).

Constatou-se, assim, que a eleição presidencial de 2000 nos Estados Unidos apresentou muitas controvérsias, que levaram a vários questionamentos judiciais. No fim, a Suprema Corte definiu o candidato vitorioso, mas ninguém, até hoje, tem certeza do verdadeiro eleito pelo voto popular.

5.7 Considerações finais

No início deste capítulo foi delineado seu objetivo, isto é, analisar decisões judiciais do STF brasileiro e da Suprema Corte dos EUA, envolvendo questões de alta complexidade (temas políticos ou morais controvertidos na sociedade e de grande repercussão pública), a fim de avaliar a postura adotada pelos magistrados, conforme parâmetros do Prof. Cass Sunstein para o minimalismo e o maximalismo, bem como dos indicadores de ativismo judicial identificados pelo Prof. William P. Marshall (2002).

Verificou-se, nas duas primeiras decisões julgadas pelo STF o conteúdo fortemente político, bastante controvertido na sociedade brasileira, isto é, cláusula de barreira e fidelidade partidária. Em ambas foi possível identificar o ativismo judicial nas definições mais conhecidas no Brasil (BARROSO, 2012; RAMOS, 2013; HABERMAS, 2001), que se relacionam com a transposição de limites do Judiciário às suas funções jurisdicionais. Já com fundamento no direito norte-americano, os dois casos se identificam com o ativismo jurisdicional, além de outras espécies analisadas.

Na decisão sobre a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, os ministros estavam diante de tema moralmente controvertido e de grande repercussão, não havendo um acordo razoável na sociedade. A decisão foi minimalista, nos termos apresentados por Sunstein (1999), pois a Corte manteve-se restrita ao caso em julgamento, não ampliando os efeitos da sua decisão a outros casos semelhantes de interrupção da gravidez.

²¹³ “But in many ways, a judiciary with a tendency toward left-wing activism has been replaced by one tending toward right-wing activism. Consider the fact that the Rehnquist Court has overturned more than three dozen federal enactments since 1995 – a record of aggressiveness against the national legislature that is unequalled in the nation’s history. In terms of sheer numbers of invalidations of acts of Congress, the Rehnquist Court qualifies as the all-time champion.” (SUNSTEIN, 2005a, p. 14-15)

A última decisão proferida pelo STF, selecionada neste estudo, trata-se do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, que é outro tema o qual gera incerteza moral na sociedade. Houve claro ativismo judicial, com uma decisão que desafiou a própria literalidade da Constituição sobre a noção de família. Por outro lado, buscou-se verificar se o ativismo, nas considerações expostas na análise, seria admissível. O próprio Sunstein (1999) acredita na adequabilidade de decisões ativistas em certas circunstâncias.

A primeira decisão da Suprema Corte dos EUA a ser analisada foi referente ao *Patient Protection and Affordable Care Act* (Ato de Proteção do Paciente e Assistência Acessível) ou *Affordable Care Act* (ACA), popularmente conhecido como “Obamacare”. Diante de vários questionamentos sobre a inconstitucionalidade da lei, a maioria dos juízes da Suprema Corte escolheu adotar a restrição judicial, considerando, inclusive, o contexto político do julgamento, conforme narrado.

A última decisão foi proferida pela Suprema Corte dos EUA para definir o Presidente da República daquele país no ano 2000. Diante de divergências na contagem de votos e na forma da contagem, a Suprema Corte norte-americana optou pelo ativismo partidário, determinado pela maioria dos juízes que compunham à Corte no momento do julgamento.

É possível concluir, portanto, que nas Cortes superiores dos dois países, em que pese o a diferença no sistema de direito – *common law* nos EUA e *civil law* no Brasil – a existência de condutas ativistas e restritivas ou minimalistas são comuns. As causas ou fatores que induzem ao ativismo judicial, como visto, podem ser diferentes.

Além disso, como se tentou demonstrar no trabalho, com base, principalmente, nos estudos dos professores norte-americanos, o ativismo judicial não deve ser observado sob um enfoque valorativo, ou seja, no sentido de que é uma conduta boa ou ruim, correta ou errada do Judiciário. Aliás, Sunstein (1999) reforça que este exame não pode ser realizado em abstrato, mas apenas no caso concreto.

Assim, no próximo capítulo serão analisados o direito à saúde no Brasil, a ideia de judicialização e ativismo judicial da saúde, bem como a possibilidade de se adotar o minimalismo nas decisões judiciais sobre políticas públicas de saúde.

6 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E O MINIMALISMO JUDICIAL

No primeiro capítulo deste trabalho apresentou-se a abordagem de William P. Marshall sobre ativismo judicial. Dentro do conjunto de sete indicadores ali especificados, dois se destacam neste momento em que se discutem as políticas públicas: ativismo jurisdicional e ativismo remedial ou corretivo. Um dos aspectos delineados no primeiro caso é a expansão do Judiciário ao julgar matérias que não são, ordinariamente, de sua competência. No segundo, o Judiciário impõe obrigações afirmativas sobre os outros Poderes, como parte de uma correção (remédio).

Neste capítulo pretende-se demonstrar que os juízes exercem condutas ativistas quando tratam de matérias relacionadas às políticas públicas para efetivação do direito à saúde. Neste sentido, primeiro é necessário estabelecer premissas sobre o que se considera política pública.

Em seguida, intenta-se discutir as políticas públicas e o direito à saúde no Brasil, conforme a previsão constitucional e infraconstitucional que regulamenta o Sistema Único de Saúde e as políticas de distribuição de medicamentos.

Por derradeiro, neste capítulo, busca-se aplicar a hipótese do minimalismo judicial de Cass Sunstein nos julgamentos que envolvem políticas públicas de saúde no Brasil, partindo-se do pressuposto do ativismo judicial em questões sobre saúde.

6.1 Políticas públicas: políticas de Estado e políticas de governo

A temática das políticas públicas não é exclusiva do Direito. Pelo contrário, é interdisciplinar, destacando-se originariamente na Ciência Política e Administração Pública²¹⁴.

De acordo com a Profa. Maria Paula Dallari Bucci (2013), o tema passa a ser mais discutido no Direito brasileiro a partir dos anos 1990, como decorrência da aspiração da sociedade “pela realização dos direitos sociais, com o tratamento ambicioso e generoso que lhes conferia a Constituição Federal de 1988.” (BUCCI, 2013, p. 25).

Desta forma, torna-se necessário compreender as políticas públicas como categoria jurídica, considerando-as como forma de concretização dos direitos sociais. É de se notar,

²¹⁴ “As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico” (BUCCI, 2006, p. 31).

ainda, que os direitos sociais foram inseridos nas Constituições, no século XX, a fim de garantir o exercício dos direitos constitucionais de primeira geração, isto é, direitos de cidadania.

Neste estudo optou-se por aceitar a compreensão de política pública trazida pela Profa. Maria Paula Dallari Bucci, considerando a ampla e longa pesquisa que ela vem realizando sobre o tema, bem como o rigor metodológico conferido na definição para o âmbito jurídico. Assim, transcreve-se abaixo o conceito de política pública:

Política pública é programa de ação governamental. Ação governamental, por sua vez, é o movimento que se dá à máquina pública, conjugando competências, objetivos e meios estatais, a partir do impulso do governo. A apresentação exterior da política pública se materializa num arranjo institucional, conjunto de iniciativas e medidas articulado por suportes e formas jurídicos diversos. (BUCCI, 2013, p. 39).

Em síntese, políticas públicas são compreendidas como programas ou quadro de ação governamental, que consiste num conjunto de medidas articuladas, que visa realizar objetivos determinados, que podem ser os direitos a prestações, diretamente, ou a organização, normas e procedimentos necessários para tanto. A definição de Bucci segue o entendimento de Dworkin, para o qual as políticas (*policies*) são proposições que descrevem objetivos, geralmente uma melhoria de caráter econômico, político ou social na comunidade (BUCCI, 2006)²¹⁵.

Em análise à definição de Bucci, acima transcrita, a exteriorização jurídica das políticas públicas se dá por meio de suportes e formas jurídicos diversos, tais como disposições constitucionais, leis, normas infralegais, como decretos e portarias, ou ainda, em instrumentos jurídicos de outra natureza, como, por exemplo, contratos de concessão de serviço público (BUCCI, 2006). É importante, também, esclarecer que o constituinte e o legislador infraconstitucional não utilizaram sistematicamente o termo política. Portanto, nem tudo o que a lei chama de política é política pública. Assim como, pode-se ter política pública sem a expressa denominação. É o caso, por exemplo, do Plano Diretor (CF, art. 182) e das Normas Operacionais Básicas de Saúde (NOB 1/93, NOB 2/96, NOAS 2000).

²¹⁵ A discordância da Profa. Maria Paula Dallari Bucci com Dworkin se refere à posição das políticas públicas no sistema jurídico. Para Dworkin, o sistema de regras, no positivismo, mostra-se insuficiente, já que tanto os princípios quanto as políticas, parâmetros necessários para a solução de casos difíceis, estariam fora das regras. “No caso brasileiro, a leitura deve ser outra, uma vez que há, num certo sentido, um excesso de direitos e princípios positivados (dentro do sistema de regras, portanto), embora permaneça o problema do critério a adotar para a realização efetiva dos direitos, com base em princípios ou políticas nos casos concretos (ou “casos difíceis”).” (BUCCI, 2006, p. 26).

Nota-se, deste modo, que “a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico. [...] o seu objeto é multiforme e com grandes áreas de interseção com outros domínios científicos.” (BUCCI, 2006, p. 22). Essa constatação leva a duas consequências no campo jurídico, conforme conclui Bucci (2006). A primeira é sobre a vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas, ou seja, o seu caráter cogente em face de governos e condições políticas que mudam. A segunda é sobre o controle judicial das políticas públicas, isto é, os modos de exigir o seu cumprimento em juízo.

As políticas públicas podem ser distinguidas em **políticas de Estado** e **políticas de governo**. Tal distinção não é possível através do suporte normativo das políticas públicas, conforme esclarece a Profa. Maria Paula Dallari Bucci:

Se adotássemos o critério do suporte normativo das políticas, tenderíamos a dizer que as políticas constitucionalizadas seriam com certeza políticas de Estado, enquanto as políticas meramente legisladas seriam provavelmente políticas de Estado e as políticas com suportes infralegais seriam políticas de governo. Mas esse critério, é forçoso reconhecer, é um tanto falho. (BUCCI, 2006, p. 19).

Assim, o Prof. Fernando Aith (2006) analisa essa distinção das políticas públicas²¹⁶ considerando três fatores principais, os quais, conjugados, permitirão a definição clara de uma **política de Estado** e de uma **política de governo**: i) os objetivos da política pública; ii) a forma de elaboração, planejamento e execução da política pública; iii) a forma de financiamento da política pública.

A primeira abordagem se refere aos *objetivos* pretendidos com determinadas políticas públicas. Assim, se a política pública tiver como objetivos a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública, ela poderá ser considerada **política de Estado**. De acordo com o Prof. Fernando Aith (2006), ainda é possível considerar como política de Estado aquela que estiver voltada a estruturar o Estado para que este tenha as condições mínimas para a execução de políticas de promoção e proteção dos direitos humanos. Para melhor compreensão de uma política de Estado, vale a transcrição do exemplo de Fernando Aith, considerando o objetivo da política pública:

²¹⁶ Para tanto, Aith considera política pública “a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos.” (AITH, 2006, p. 232).

Outro exemplo de política de organização estrutural de serviços públicos essenciais é a política de estruturação do Sistema Único de Saúde. O Estado deve, segundo a Constituição Federal, organizar uma rede de serviços públicos de saúde, ou de serviços ligados aos fatores condicionantes e determinantes da proteção à saúde, capaz de oferecer para a população o acesso integral, universal e gratuito à saúde. Ou seja, o Estado deve promover políticas voltadas a construir na nação uma rede de hospitais públicos capazes de dar o atendimento integral à população, deve organizar uma rede de saneamento público e de distribuição de água potável capaz de atender toda a população, evitando assim as contaminações pela água, deve constituir um quadro de profissionais de saúde das mais diversas áreas voltados à vigilância sanitária e epidemiológica, enfim, deve agir de forma planejada e eficaz para se dotar da estrutura necessária à garantia da saúde pública no país. (AITH, 2006, p. 236).

De outra forma, quando as políticas públicas forem pontuais, voltadas à promoção e proteção dos direitos humanos específicos, expressos na Constituição, dotadas de maior flexibilização e de maior especificidade em seus objetivos, estar-se-á diante de **políticas de governo** (AITH, 2006). Os objetivos das políticas de governo consistem em aumentar a eficácia e a efetividade das ações de promoção e proteção dos direitos humanos, através da estrutura estatal já existente e utilizando-se dos mecanismos democráticos já estabelecidos²¹⁷. Assim exemplifica o Prof. Fernando Aith:

Exemplificando, uma política que busque implementar um Programa de Saúde da Família é uma política de governo, embora inserida no âmbito da consolidação do Sistema Único de Saúde. Isto porque este programa utiliza-se da rede de funcionários e profissionais de saúde já existentes no âmbito do Estado, isto é, utiliza-se da estrutura estatal já existente para ser desenvolvido. A partir da estrutura estatal já consolidada, é criado um programa voltado a oferecer um modelo de atenção à saúde, mas isso não significa que não possam existir, dentro do Estado e utilizando-se da mesma estrutura, outros modelos de prestação desse serviço público essencial. Outros programas de atenção à saúde podem ser criados para atender ao mesmo objetivo, que é o de dar atenção à saúde. (AITH, 2006, p. 236)

O segundo fator que permite a diferenciação entre política de Estado e de governo é o de quem pode promover a sua elaboração, planejamento e execução. Assim, as **políticas de Estado** devem exclusivamente ser realizadas pelo governo, não sendo passíveis de delegação ou terceirização. “Pode-se até admitir a participação da sociedade civil na implementação de políticas de Estado, mas sempre de maneira complementar, subsidiária e totalmente subordinada ao Estado.” (AITH, 2006, p. 238). A política de Estado não admite quebra de continuidade, pois são atividades essenciais do Estado. Portanto, não pode ser rompida com a troca de governantes.

²¹⁷ A Profa. Maria Paula Dallari Bucci (2006) compreende as *políticas de governo* como os programas de ação governamental em sentido próprio, conforme sua definição de políticas públicas, acima citada.

As **políticas de governo**, por outro lado, podem vir a ser delegadas ou terceirizadas, parcial ou integralmente, bem como podem sofrer quebra de continuidade, variando de governo para governo, desde que dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico e sempre voltadas à consecução dos objetivos constitucionais (AITH, 2006).

A diferenciação também pode ter como fator a forma de financiamento da política pública. As **políticas de Estado** são financiadas exclusivamente com recursos públicos, provenientes dos tributos arrecadados pelo Estado. As **políticas de governo** podem contar com recursos privados para a sua implementação, desde que respeitem a regulação estatal, conforme exemplifica o Prof. Fernando Aith (2006) nos casos dos serviços públicos terceirizados de gestão das rodovias públicas.

A Profa. Maria Paula Dallari Bucci (2006) apresenta uma distinção mais superficial, voltada ao aspecto temporal de planejamento e execução da política pública:

A política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas – são as chamadas “políticas de Estado” –, e há outras que se realizam como partes de um programa maior, são as ditas “políticas de governo”. (BUCCI, 2006, p. 19)

Não obstante as diferenças acima apontadas, o Prof. Fernando Aith (2006) reforça que todas as políticas públicas devem ser realizadas dentro dos princípios que regem a Administração Pública (CF, art. 37, caput), com direcionamento aos objetivos constitucionalmente estabelecidos para o Estado brasileiro. Ademais, tanto as políticas de Estado quanto as políticas de governo “estão sujeitas aos controles financeiro e contábeis realizados pelos Tribunais de Contas, bem como aos controles de legalidade e constitucionalidade realizados pela sociedade como um todo e pelo Ministério Público em particular.” (AITH, 2006, p. 239).

6.2 Direito à saúde e políticas públicas de saúde

Neste capítulo pretende-se explicar a noção de direito à saúde estabelecida na Constituição de 1988, bem como os suportes normativos para formulação, implementação e execução das políticas públicas de saúde.

Para tanto, é essencial iniciar pelo aspecto histórico do direito à saúde no Brasil, a fim de compreender o seu estágio atual.

6.2.1 O histórico do direito à saúde no Brasil

De acordo com o Ministério da Saúde (2003), no período do Brasil Colonial a ação do Estado no setor da saúde foi insignificante. As ações de saúde eram desenvolvidas pelos chamados exercentes (físicos, cirurgiões-barbeiros, barbeiros, boticários, etc) e pelas Santas Casas de Misericórdia. Os enfermos eram tratados com infusões de ervas, frutas cítricas, raízes e outros produtos trazidos pelos índios.

As Santas Casas de Misericórdia exerceram papel fundamental para a saúde pública no Brasil, pois praticamente substituíram com exclusividade o Estado durante quatro séculos, ofertando as ações e serviços de saúde, além de outros serviços de natureza pública.

De acordo com E. M. Conill (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003), as políticas de saúde no Brasil começaram a surgir na virada do século XIX para o século XX, com as mudanças no modo de produção, aliando autoritarismo ao nascente cientificismo europeu. Oswaldo Cruz, ao retornar de seus estudos no Instituto Pasteur, em Paris, encontrou as epidemias da época (febre amarela e varíola) que ameaçavam os portos e a agroexportação, enfrentando-as por meio de campanhas com vacinações e inspeções sanitárias.

Naquele período a economia brasileira era agrícola e o país dependia da exportação de produtos da agricultura, especialmente café e açúcar. Assim, a atenção do governo voltava-se, estrategicamente, para os espaços de circulação de mercadorias, ou seja, estradas e portos. Desta forma, as primeiras iniciativas de atenção à saúde promovidas pelo Estado são conduzidas por interesses unicamente mercantis. “As regiões que não tinham importância estratégica para a economia do País ficavam abandonadas à própria sorte em termos de práticas sanitárias.” (OLIVEIRA; SOUZA apud MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003, p. 14). Portanto, nesta época ainda não era possível visualizar uma política nacional de saúde objetivando melhorar as condições de vida da população brasileira.

A partir da década de 1920 o governo federal busca ampliar os serviços de saúde pública por todo o país, como estratégia de ampliação do poder nacional, haja vista a crise política em curso. A reforma Carlos Chagas, em 1923, demonstra essa nova perspectiva, quando se iniciou a propaganda e educação sanitária e a criação de órgãos especializados no combate às doenças, assistência hospitalar, infantil e de higiene industrial.

Também na década de 1920 a assistência médica pelo setor público passa a ser associada à previdência social. Em janeiro de 1923, inspirado pela legislação argentina sobre a previdência social, o Deputado Eloy Chaves apresentou um projeto de lei que propunha a instituição da *Caixa de Aposentadoria e Pensões* para os ferroviários. As Caixas de

Aposentadorias e Pensões – CAP, que eram entidades públicas autônomas ao Estado, instituídas como um contrato compulsório, organizadas por empresas e geridas por representação direta de empregados e empregadores. Sua finalidade era puramente assistencial, com benefícios em dinheiro e prestação de serviços. Os recursos provinham de contribuição compulsória dos empregados, empregadores e da União. Desta forma, o Estado não participava diretamente do seu gerenciamento.

O projeto de lei foi aprovado transformando-se no Decreto n. 4.682, de 24/02/1923, que passou a ser conhecido como *Lei Eloy Chaves*. Segundo o Ministério da Saúde (2003), esta Caixa de proteção social também foi influenciada pelo modelo previdenciário inglês de seguro e propunha atender os segurados e seus familiares: socorro médico em caso de doença do segurado ou pessoa de sua família, que habite sob o mesmo teto e sob a mesma economia; medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração; aposentadoria e pensão para herdeiros do segurado em caso de morte.

Esse tipo de seguro social multiplicou-se nos anos seguintes, definindo os contornos e contradições da política social brasileira: dirigida para uma fração restrita da classe trabalhadora, excludente em relação à maioria da população rural e urbana, baseada na relação contratual característica do seguro privado e abrangente quanto ao conjunto de benefícios concedidos.

Neste período, a política de saúde formulada era de caráter nacional, organizada em dois subsetores: o de saúde pública e o de medicina previdenciária. O subsetor de saúde pública foi predominante até meados da década de 1960 e centralizou-se na criação de condições sanitárias mínimas²¹⁸ para as populações urbanas e, restritamente, para as do campo. O subsetor de medicina previdenciária se sobrepôs ao de saúde pública a partir de 1966 (BRAVO, 2001).

Ainda na década de 1930, as CAP são substituídas pelos *Institutos de Aposentadorias e Pensões* (IAP), que surgem estruturados por categorias profissionais e com uma política previdenciária sob a doutrina do seguro e com a orientação de contenção dos gastos. Desta forma, a medicina previdenciária, ofertada pelos IAP, incluiu um número maior de categorias profissionais, mas reduziu os serviços prestados. Conforme anota a Profa. Maria Inês Souza Bravo (2001, p. 5), “a previdência preocupou-se mais efetivamente com a acumulação de reservas financeiras do que com a ampla prestação de serviços.”

²¹⁸ Entre 1930 e 1940, o Estado só se responsabilizava, no tocante à saúde pública, pelas medidas de caráter coletivo, ou seja, tinha um enfoque eminentemente preventivo, como por exemplo, campanhas sanitárias.

A Política Nacional de Saúde, que se esboçava desde 1930, foi consolidada no período de 1945-1950. No final dos anos 40, com o Plano SALTE²¹⁹, que envolvia as áreas de Saúde, Alimentação, Transporte e Energia, a saúde foi posta como uma de suas finalidades principais. O plano apresentava previsões de investimentos de 1949 a 1953, mas não foi implementado (BRAVO, 2001).

A Profa. Maria Inês Souza Bravo (2001) explica que a situação da saúde da população brasileira, no período de 1945 a 1964²²⁰, não conseguiu eliminar o quadro de doenças infecciosas e parasitárias e as elevadas taxas de morbidade de mortalidade infantil, bem como a mortalidade geral.

A partir da década de 1950 o país vivencia um acelerado processo de industrialização, que deslocou a economia da zona rural para os centros urbanos, gerando uma massa operária carente por um sistema de saúde. Neste contexto surge a estrutura de atendimento hospitalar de natureza privada, com fins lucrativos, já apontando para a formação das empresas médicas. “A corporação médica ligada aos interesses capitalistas do setor era, no momento, a mais organizada e pressionava o financiamento através do Estado, da produção privada, defendendo claramente a privatização.” (BRAVO, 2001, p. 5-6).

Após dez anos da criação do Ministério da Saúde²²¹ foi realizada, em dezembro de 1963, a 3ª Conferência Nacional de Saúde²²². Conforme o Ministério da Saúde (2003), essa conferência é considerada um marco na discussão da descentralização das ações e serviços de saúde, mesmo sem a participação da sociedade civil e dos trabalhadores da saúde. Foi defendida a municipalização das ações básicas de saúde como base sólida para a organização

²¹⁹ “Decididamente orientado para uma nova posição diante dos problemas não solucionados do país, o governo [de Eurico Gaspar Dutra] buscou um tipo de ação coordenada em torno de objetivos a serem atingidos, através de um programa global de inversão planejada. Convencido de que os grandes problemas brasileiros poderiam ser agrupados em quatro grandes categorias (Saúde, Alimentação, Transporte e Energia – de cujas iniciais se formou a palavra Salte), o governo decidiu-se por organizar seus recursos de forma racional para orientá-los através de um programa quinquenal de inversões, a que deu o nome de *Plano Salte*. O *Plano Salte*, como plano, constituiu-se numa realidade puramente retórica, sem nenhuma eficácia executiva, sendo talvez o mais espetacular desastre das tentativas de planificação no Brasil.” (MELLO E SOUZA, 2012, p. 1680-1681).

²²⁰ Neste período algumas variações foram identificadas, principalmente nos anos de 1950, 1956 e 1963, em que os gastos com saúde pública foram mais favoráveis, havendo melhoria das condições sanitárias (BRAVO, 2001).

²²¹ Em 1930 foi criado o Ministério da Educação e da Saúde no Governo Provisório do Presidente Getúlio Vargas. Em 25/07/1953, pela Lei n. 1.920, durante o Governo do Presidente Getúlio Vargas, foi criado o Ministério da Saúde. O antigo Ministério da Educação e da Saúde passou a ser denominado Ministério da Educação e Cultura.

²²² A Conferência Nacional de Saúde foi instituída através da Lei n. 378, de 13/01/1937, que previa sua realização em intervalos de, no máximo, dois anos, com a participação de autoridades administrativas representando o Ministério da Saúde e o Governo dos Estados, Territórios e Distrito Federal e convidados especiais do Ministério da Saúde. A 1ª e a 2ª Conferência foram realizadas no Rio de Janeiro, em 1941 e 1950, respectivamente.

do Sistema Nacional de Saúde, incluindo como atividade o levantamento de dados estatísticos vitais da população, em cada esfera de governo. Esta concepção incorporava os princípios da unificação, da descentralização das ações e serviços de saúde e a avaliação da situação de saúde com informações epidemiológicas. É interessante anotar que já naquela Conferência foram apresentadas distorções do setor, plenamente reconhecidas na atualidade:

[...] a falta de recursos; a distribuição desigual dos serviços e o seu sucateamento; a indefinição política de recursos humanos; o privilégio dos gastos de hospitalização em detrimento do atendimento ambulatorial e preventivo; a incorporação acrítica de tecnologia e insumos; o gerenciamento antiquado; a falta de transparência na aplicação dos recursos... (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003, p. 27).

Em 1966 o governo militar de Humberto Castello Branco unificou os Institutos de Aposentadorias e Pensões sob a denominação de *Instituto Nacional de Previdência Social* – INPS, como órgão de administração indireta da União, com personalidade jurídica de natureza autárquica. No período de transição os IAP passaram a constituir Secretarias Especializadas do INPS e foram extintos os seus Conselhos Fiscais. Os benefícios foram uniformizados, já que eram bastante diversificados nos IAP.

A Profa. Maria Inês Souza Bravo comenta que a unificação da Previdência Social se deu atendendo a duas características fundamentais: o crescente papel interventivo do Estado (governo militar) na sociedade e o alijamento dos trabalhadores do jogo político, com sua exclusão na gestão da previdência, ficando-lhes reservado apenas o papel de financiadores (BRAVO, 2001, p. 6). A crescente intervenção estatal levou à privatização da política pública, pois interesses privados foram sendo introduzidos nos aparelhos de política social.

A Lei n. 6.229/75, que criou o Sistema Nacional de Saúde, reafirmou as tarefas a cargo da Previdência Social e do Ministério da Saúde, incluindo a assistência médica individual. A divisão baseava-se numa estigmatização da clientela. Para o Ministério da Previdência e Assistência Social, criado em 1974, ficou a tarefa de cuidar da população mais diferenciada, por estar formalmente inserida no mercado de trabalho. Ao Ministério da Saúde restou a população de mais baixa renda, excluída do setor formal da economia.

Ao final da década de 1970, este modelo já demonstrava suas enormes inadequações à realidade sanitária nacional, na medida em que ficavam claras as desigualdades no acesso quantitativo e qualitativo entre as diferentes clientelas urbanas e entre estas e as rurais. Além disso, constatava-se a insatisfação crescente de usuários, de prestadores de serviços e de trabalhadores da saúde, além da perda de qualidade dos serviços prestados.

O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, criado pela Lei n. 6.439, de 1º/09/77, na forma de autarquia federal, que substituiu o INPS, tinha como finalidade prover a saúde dos trabalhadores ligados à Previdência Social. Para essa clientela previdenciária era destinado o serviço médico do setor privado, que vendia seus serviços sob a forma de convênios ou de credenciamentos junto ao INPS/INAMPS.

Ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS competia executar programas de assistência médica aos trabalhadores urbanos, abrangendo os serviços de natureza clínica, cirúrgica, farmacêutica e odontológica, e assistência complementar, devidos aos segurados do atual INPS e respectivos dependentes; programas de assistência médica aos servidores do Estado, abrangendo os serviços de natureza clínica, cirúrgica, farmacêutica e odontológica, devidos aos funcionários públicos civis da União e de suas autarquias e do Distrito Federal e respectivos dependentes; programas de assistência médica aos rurais; programas especiais de assistência médica, abrangendo os serviços médicos mantidos pela Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA e os que fossem prestados em determinadas regiões à população carente, beneficiária ou não da previdência social, mediante convênios com instituições públicas que assegurassem os necessários recursos ao INAMPS. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003, p. 34).

Verifica-se, assim, que a assistência médica era dividida em: *a)* direito contratual, compulsório e contributivo e *b)* serviço público e filantrópico para a população carente.

Com a centralização de todo o aparato previdenciário no INPS/INAMPS houve uma expansão inédita do gasto em medicina previdenciária, possibilitando, naturalmente, um crescimento da rede de serviços privados, o que propiciou a expansão da capacidade hospitalar e ambulatorial pelo conjunto das empresas médicas, voltada basicamente para o mercado financiado pelo INPS/INAMPS. Dados trazidos por Eli Iôla Gurgel Andrade (2003) informam que, num período de sete anos (1969 a 1976), os gastos do INPS com assistência ambulatorial cresceram 400%, enquanto na área hospitalar a expansão foi de 184,7%.

Tais resultados econômico-financeiros no período de 1967-1979 foram implacáveis para a história do sistema público de previdência no Brasil e, conseqüentemente, para o setor da saúde pública.

Diante deste contexto, no início da década de 80 vem à tona a crise da Previdência Social, com o reconhecimento de que o sistema já se tornava incapaz de sustentar o padrão de gastos planejado no sistema anterior.

No final da década de 1970 amplia-se o Movimento pela Reforma Sanitária Brasileira, constituído inicialmente por intelectuais acadêmicos e profissionais da área de saúde, caracterizando-se como oposição às propostas implementadas pelos governos militares. A partir da década de 1980 o Movimento cresce e alcança outros setores da sociedade:

O Movimento Sanitário cresceu e ganhou legitimidade atingindo outros segmentos da sociedade, como sindicatos e centrais sindicais, os movimentos populares de saúde, alguns gestores e parlamentares. Iniciado em pleno regime autoritário da ditadura militar, o movimento avançou na produção de conhecimento, na crítica ao modelo da política de saúde vigente e na denúncia sobre a situação de saúde da população. As principais reivindicações eram dirigidas basicamente à construção de uma política de saúde efetivamente democrática, planejada e implementada com a participação da sociedade civil, com base na descentralização, na universalização do acesso às ações e serviços de saúde, na integralidade da atenção e no comando único, como elementos essenciais para a reforma do setor. Para isto, era necessário uma nova concepção de Estado, que se fundasse na cooperação, na integração, na complementaridade e na solidariedade, capaz de responder às necessidades da população, identificadas com critérios epidemiológicos e sociais e por uma nova redefinição das atribuições das três esferas. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003, p. 37).

O marco histórico para a discussão da saúde no Brasil foi a preparação e realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, considerada a pré-Constituinte da Saúde, que ocorreu em março de 1986, em Brasília/DF. O temário central versou sobre: I. A Saúde como direito inerente à personalidade e à cidadania; II. Reformulação do Sistema Nacional de Saúde e III. Financiamento setorial.

Participaram da 8ª Conferência aproximadamente cinco mil pessoas²²³ (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003). Os princípios preconizados pelo Movimento da Reforma Sanitária foram consagrados na Conferência, o que definiu as bases para a proposta da nova Constituição brasileira a ser entregue à Assembleia Nacional Constituinte, que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em cujos capítulos foi inserida a criação do Sistema Único de Saúde – SUS.

Além da estruturação do sistema de saúde do ponto de vista institucional, a Constituição de 1988 trouxe outro avanço importante, relacionado ao conceito de saúde. Antes a saúde era entendida apenas como um *estado de ausência de doença no indivíduo*, sua manutenção carecia apenas da oferta de ação específica, nos casos de agravo à saúde ou de risco de adoecimento (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003). No art. 196 da Constituição de 1988, a saúde passa a ser concebida como um estado garantido a todos, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²²³ “A 8ª Conferência, numa articulação bem diversa das anteriores, contou com a participação de cerca de quatro mil e quinhentas pessoas, dentre as quais mil delegados. Representou, inegavelmente, um marco, pois introduziu no cenário da discussão da saúde a sociedade. Os debates saíram dos seus fóruns específicos (ABRASCO, CEBES, Medicina Preventiva, Saúde Pública) e assumiram outra dimensão com a participação das entidades representativas da população: moradores, sindicatos, partidos políticos, associações de profissionais, parlamento. A questão da Saúde ultrapassou a análise setorial, referindo-se à sociedade como um todo, propondo-se não somente o Sistema Único, mas a Reforma Sanitária.” (BRAVO, 2001, p. 9).

Em 1990, o Sistema Único de Saúde – SUS²²⁴ foi regulamentado pelas Leis n.º 8080/90 e n.º 8.142/90, que constituem a Lei Orgânica da Saúde, com a finalidade de alterar a situação de desigualdade na assistência à saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão, sendo vedada qualquer contraprestação pecuniária, sob qualquer pretexto. Ambas passam a expressar as conquistas firmadas na Constituição.

Todo o contexto histórico pelo qual passou o direito à saúde no Brasil levou, como demonstrado, à sua constitucionalização e regulamentação do SUS, que ocorreu sob intensa participação popular.

Esse ganho social trouxe o fenômeno da judicialização da saúde, pois a partir da constitucionalização do direito à saúde, os indivíduos passaram a ter pretensão jurídica, podendo exigir prestações do Estado em processos judiciais. Além disso, a redemocratização estimulou a cidadania. A população com maior nível de informação e de consciência de direitos passou a exigir os seus interesses judicialmente, o que “fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira” (BARROSO, 2012, p. 24).

Desta forma, antes de se compreender a questão do ativismo judicial relacionado às políticas públicas de saúde, é necessário entender o significado de direito à saúde a partir da Constituição de 1988 e aquele que vem sendo desenvolvido pelos tribunais brasileiros nos inúmeros processos que tratam das obrigações impostas aos entes federados.

6.2.2 A noção de direito à saúde a partir da Constituição de 1988

Em 1988, antes da promulgação da Constituição brasileira, mas no calor das discussões da Assembleia Constituinte, a Profa. Sueli Gandolfi Dallari escreveu um artigo buscando analisar o conceito de saúde e de direito à saúde.

De acordo com Dallari (1988) é possível distinguir duas correntes sobre a definição de saúde durante a história da humanidade. A primeira é mais abrangente e se refere às influências do mundo exterior para a compreensão do organismo humano. Desta forma, deve-se analisar a influência da cidade ou do ambiente de trabalho, o tipo de vida das pessoas, a fim de compreender como a população é afetada e o seu nível de saúde. Hipócrates, filósofo grego

²²⁴ O SUS é, então, definido como um sistema único porque segue a mesma doutrina e os mesmos princípios organizativos em todo o território nacional, sob a responsabilidade das três esferas autônomas do governo: federal, estadual e municipal. Dessa maneira, ele não se caracteriza como serviço ou instituição, mas um sistema que se efetiva por um conjunto de unidades, de serviços e de ações que interagem para o fim comum. (GOMES; OLIVEIRA; SÁ, 2008, p. 123).

que viveu no século IV a.C., Paracelso, médico e alquimista suíço-alemão que viveu durante a primeira metade do século XVI, e Engels²²⁵, filósofo alemão do século XIX, são citados como exemplos de defensores dessa ideia sobre saúde (DALLARI, 1988).

A segunda corrente de pensamento conceitua a saúde como a ausência de doenças. Segundo Dallari (1988), a origem dessa ideia está nos trabalhos do filósofo francês Descartes, no início do século XVII, ao associar o corpo humano com a máquina. Nessa linha, no século XIX, a sociedade industrial procurou explicar a doença como “o defeito na linha de montagem que exigia reparo especializado” (DALLARI, 1988, p. 58).

Assim, o ambiente social no final do século XIX e início do século XX propiciou o debate entre as duas correntes sobre o conceito de saúde:

De um lado, grupos marginais ao processo de produção que viviam em condições de vida miseráveis, enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. A incidência de tuberculose, por exemplo, era acentuadamente mais elevada nas camadas sociais com menos renda. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças. Com efeito, as drogas aperfeiçoadas, adequadamente empregadas, resultaram na cura de várias doenças, salvando muitas vidas. (DALLARI, 1988, p. 58).

O final do debate se deu através de um consenso forjado, após a Segunda Guerra Mundial (DALLARI, 1988). A sociedade pós-1944 estava carente de recursos econômicos, destruída sua crença na forma de organização social e alijada de seus líderes. Portanto, era necessário promover um novo pacto, que foi personificado na Organização das Nações Unidas, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a fim de garantir direitos essenciais ao ser humano.

A saúde foi reconhecida como direito humano e seu conceito constou expressamente do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946: “Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” (OMS, 1946). Esse conceito de saúde é considerado o primeiro princípio básico da Constituição “para a felicidade, relações harmoniosas e segurança de todos os povos”.

²²⁵ Para uma maior compreensão de Engels, mister destacar a análise que ele realiza sobre a história da família, da propriedade privada e do Estado, com o surgimento do “direito materno” de Bachofen, onde o autor descreve as suas teses até à civilização estruturada em classes. A partir daí, Engels analisa o Estado selvagem e o Estado de barbárie, que são subdivididos, cada um, em três estágios. O homem está inserido em uma sociedade de classes, capitalista. (ENGELS, 1996).

Reconheceu-se, assim, a “essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels.” (DALLARI, 1988, p. 58).

A conceituação da OMS sofreu críticas, principalmente pelos profissionais da saúde, que entendem ser impossível alcançar o estado de completo bem-estar. Para os críticos, o conceito de saúde corresponde à definição de felicidade, não sendo, portanto, operacional. Assim, vários pesquisadores apresentaram outros conceitos de saúde, buscando ignorar a necessidade do equilíbrio interno do homem e desse com o ambiente, o que leva à deformação do conceito da OMS:

Assim, apenas como exemplo, para Alessandro Seppilli saúde é ‘a condição harmoniosa de equilíbrio funcional, físico e psíquico do indivíduo integrado dinamicamente no seu ambiente natural e social’, para John Last saúde é um estado de equilíbrio entre o ser humano e seu ambiente, permitindo o completo funcionamento da pessoa, e para Claude Dejours, convencido de que não existe o estado de completo bem-estar, a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado. (DALLARI, 2003, p. 44-45).

A partir do conceito de saúde da OMS, Dallari (1988) examina o conceito de direito à saúde no calor das discussões da Assembleia Nacional Constituinte, em 1987. Neste sentido, o direito à saúde pode ser visto pelo aspecto individual, que privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção, bem como em seus aspectos sociais, que privilegia a igualdade.

Como direito individual que privilegia a liberdade, o direito à saúde permite que as pessoas possam escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, que tipo de vida pretendem viver, quais recursos médico-sanitários e tratamentos querem seguir quando estiverem doentes. No que tange à liberdade e a responsabilidade de escolha do indivíduo, dedicar-se-á um tópico (6.2.2.1) específico aprofundando a respectiva temática na dimensão filosófica da liberdade em Sartre.

A liberdade também é analisada sob o enfoque do profissional de saúde, que pode optar entre as alternativas existentes, aquela que ele entender mais adequada. Desta forma, segundo Dallari (1988), a liberdade necessária ao direito à saúde depende do grau de desenvolvimento socioeconômico e cultural do Estado. O indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e, quando doente, participar do estabelecimento do seu tratamento, num Estado desenvolvido.

A igualdade privilegiada pelo direito à saúde pressupõe restrições de comportamentos aos indivíduos, como, por exemplo, o isolamento de certas doenças ou a obrigatoriedade de vacinação, a fim de garantir igualmente as vantagens da vida em sociedade. A exigência de

igualdade também deve garantir a oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam, bem como nas ações de caráter coletivo tendentes a prevenir e tratar epidemias ou endemias. Assim, as medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde da população também dependem do desenvolvimento do Estado.

Portanto, a Assembleia Nacional Constituinte (1987) estava diante de um significado amplo do termo saúde; da complexidade do direito à saúde, que depende do equilíbrio entre a liberdade e a igualdade e, ainda, do grau de desenvolvimento do Estado. Não podendo deixar de considerar, também, a participação popular.

Assim, a Profa. Sueli Gandolfi Dallari entende que apenas a comunidade local²²⁶ possui capacidade para definir a extensão do conceito de saúde, bem como a delimitação do alcance da liberdade e da igualdade²²⁷, dependendo do seu estágio de desenvolvimento, o que fundamenta o seu direito à saúde. “E é apenas a partir da determinação concreta do direito que se pode construir sua garantia, determinando responsabilidade.” (DALLARI, 1988, p. 60).

Nesta linha de raciocínio, o conteúdo do direito à saúde é variável, devendo ser esclarecido em cada município, através do seu Plano de Saúde, que conta com a participação dos vários setores da sociedade. A partir dessa definição o Município fica obrigado a garantir aquele conteúdo e é possível dispor de mecanismos para assegurar sua responsabilização em caso de ofensa ao direito e meios de controle popular.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à saúde como direito social, no art. 6º²²⁸. No título da Ordem Social (título VIII), no seu capítulo II (da Seguridade Social), previu expressamente na Seção II²²⁹ a garantia do direito à saúde no art. 196:

²²⁶ Neste sentido, a Profa. Sueli Gandolfi Dallari (1988) estava defendendo a municipalização da saúde: “A municipalização do sistema sanitário é a forma ideal de organização do setor saúde no Brasil.” (p. 60). Na oportunidade, Dallari (1988) enfatizou a necessidade do Plano municipal de Saúde elaborado com a participação popular e assessorado por pessoal técnico do próprio Município, da Unidade Federada ou da União, aprovado pelo Legislativo e sancionado pelo Chefe do Poder Executivo municipal, formalizando a responsabilidade civil, penal, administrativa e política do município.

²²⁷ Em 2008, ou seja, vinte anos após a promulgação da Constituição Federal, a Profa. Sueli Dallari continuou defendendo aquele caráter do direito à saúde, e exemplificou: “Apenas essas pessoas têm legitimidade para decidir o ponto de equilíbrio entre, por exemplo, a proteção contra as infecções respiratórias e a limitação da circulação de veículos. Assim como, é apenas a comunidade local que pode legitimamente decidir que seja gasta parte significativa do orçamento nacional para oferecer transporte e tratamento para doentes que não encontrem possibilidade terapêutica naquele local. Deve-se concluir, então, que é do próprio conceito contemporâneo de saúde que decorre a exigência de sua definição em nível local, com a necessária participação da comunidade envolvida.” (DALLARI, 2008, p. 13).

²²⁸ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²²⁹ Como explicado neste trabalho, no tópico sobre o histórico do direito à saúde no Brasil, as bases de uma nova política de saúde foram fixadas durante a VIII Conferência Nacional de Saúde e deram origem a uma proposta de emenda popular apresentada à Assembleia Constituinte. Assim, é importante observar que o

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

É de se notar, como faz a Profa. Sueli Dallari (2008), que diferentemente dos demais direitos sociais afirmados na Constituição de 1988, apenas o direito à saúde tem sua garantia claramente vinculada às políticas sociais e econômicas, as diretrizes do sistema expressamente formuladas, envolvendo a participação da comunidade, e suas atribuições enumeradas no próprio texto constitucional (CF, arts. 196, 198 e 200).

O Prof. Ricardo Augusto Dias da Silva (2010) ressalta que o conceito de saúde adotado pela Constituição brasileira de 1988 levou em consideração aspectos que contribuem para sua determinação e condicionamento, tais como o meio ambiente, saneamento básico, alimentação, moradia, renda, trabalho, educação, transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais, inclusive estabelecido no art. 3º da Lei n. 8.080/90. Desta forma, a saúde é considerada no contexto socioambiental em que estão inseridos o indivíduo e a coletividade, concluindo que “no Brasil o atual estágio em que se encontra a saúde é o espelho das desigualdades sociais, da pobreza, do nível de vida da maioria da população, da ausência de políticas públicas eficazes para o setor.” (SILVA, 2010, p. 79).

A Profa. Sueli Dallari se especializou em estudar o direito à saúde, tendo muitas publicações na área. Assim, em 2008, em um artigo bastante extenso, a professora da Universidade de São Paulo (USP) analisou a construção do direito à saúde no Brasil. Passando por todo seu aspecto histórico, já apresentado no tópico anterior, defendeu que o conceito contemporâneo de saúde decorre da exigência de sua definição em nível local, reforçando a necessidade de participação da comunidade envolvida (DALLARI, 2008).

Dallari (2008) ainda realizou uma digressão dogmática, a fim de buscar compreender a complexidade da construção normativa sobre o direito à saúde, desencadeada no Brasil após a Constituição de 1988. Assim, partiu das normas constitucionais, analisando as competências da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; descreveu as normas sobre estrutura e financiamento do SUS; tratou das Constituições Estaduais; explicou os objetivos da Lei Orgânica da Saúde – LOS, que é composta pelas Leis n. 8.080 e 8.142, ambas de 1990; tratou da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei n. 9.961/00, que é vinculada ao Ministério da Saúde, bem como do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), com a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA pela Lei n.

texto da Seção da Saúde é, com pequenas modificações, aquele elaborado e apresentado à Assembleia Constituinte.

9.782/99, que também compõe a organização do sistema de saúde no Brasil e, por último, explicou as Normas Operacionais Básicas (NOB), que desde 1991 regulam as relações internas entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, formalizadas publicamente por Portarias assinadas pelo Ministro de Estado da Saúde.

Além dessas normas citadas, existem decretos, medidas provisórias, resoluções, portarias e outras leis federais, estaduais e municipais, que compõem todo o sistema normativo do direito à saúde. Portanto, trata-se de um vasto elenco que se deve conformar à Constituição Federal e à LOS, com o fim de promover a proteção da saúde, controlar os bens e a prestação dos serviços de interesse para a saúde, compreendendo todas as suas etapas e processos, a fim de eliminar, diminuir ou prevenir os riscos à saúde.

É importante destacar que a LOS e os instrumentos de gestão da saúde pública (todo o complexo normativo acima descrito, entre outros) preveem a formulação de políticas públicas e planos de saúde em níveis municipais, estaduais e federais, integrando o cerne da política de Estado para a saúde pública (DALLARI, 2008).

Além disso, desde o processo constituinte, como visto, a participação popular foi forte e extremamente importante para o direito à saúde. Essa característica permaneceu na normatização acima descrita, que é essencialmente derivada dos mecanismos de democracia direta. A Profa. Sueli G. Dallari exemplifica essa afirmação:

[...] a Norma Operacional da Assistência à Saúde (NOAS-SUS 1/2001), fruto da colaboração do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde — CONASS, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde — CONASEMS e do governo e aprovada na Comissão Intergestores Tripartite — CIT e no Conselho Nacional de Saúde; a consulta pública faz parte do cotidiano da ANS e da ANVISA; e as conferências de saúde servem de canal institucional para as reivindicações específicas de cada grupo de interesses. (DALLARI, 2006, p. 257-258).

Desta forma, é possível concluir que o direito à saúde no Brasil está assentado em um complexo arcabouço normativo, que permite sua realização. Entretanto, verifica-se certa dificuldade dos juristas em compreender a amplitude do direito à saúde, devido a fatores culturais e a sua inexperiência no tratamento das políticas públicas, conforme explica a Profa. Sueli Dallari:

Deve-se reconhecer, entretanto, que a dificuldade de compreender a amplitude do direito à saúde é devida tanto aos fatores culturais quanto, sobretudo, à inexperiência dos operadores do direito no tratamento jurídico das políticas públicas. Com efeito, a descoberta dos germes causadores de doença e o seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, somada ao verdadeiro culto à ciência, predominante no século vinte, induziu a disseminação popular do conceito de saúde como ausência de doenças. As drogas aperfeiçoadas, adequadamente

empregadas, resultavam na cura de várias doenças, salvando muitas vidas. Assim, apesar de a sociedade que sobreviveu às Grandes Guerras mundiais ter adotado um novo pacto social, reconhecendo a essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando a experiência anterior da humanidade, ainda predomina na sociedade contemporânea a compreensão de que ter saúde é não estar doente. E as pessoas que trabalham com o direito, é claro, não estão imunes a essa influência cultural. (DALLARI, 2008, p. 27).

Outro ponto relevante é a predominância, ainda hoje, do Positivismo jurídico. Desta forma, vigora a compreensão de que todo o direito está na lei em sentido formal, o que dificulta a percepção de que as políticas públicas também devem ser avaliadas para a concretização do direito à saúde, uma vez que elas estão em diferentes suportes legais. O direito à saúde é analisado restritamente, com base na Constituição e nas leis em sentido estrito, mas como destaca Dallari, deve ser visto de forma mais abrangente no século XXI, considerando as diversas variáveis externas e sua relação com a população:

É possível concluir, portanto, que tanto a noção de direito como a de saúde no Estado contemporâneo implicam a mais ampla compreensão do ambiente em que será realizado o direito à saúde. É preciso que o legislador, o administrador e o juiz possam orientar-se em meio a tantas variáveis sociais, econômicas e culturais que participam da definição do estado de saúde das pessoas. São normas jurídicas que deverão revelar o sentido exato de saúde albergado por determinada comunidade. Aplicar o direito à saúde no século vinte e um exige que se verifique em cada momento da deliberação e da execução da política sanitária a obediência à Constituição, tanto preservando o valor saúde nela conceituado quanto buscando ouvir o povo para definir as ações que concretamente garantirão a saúde naquela situação específica. Em suma, na sociedade contemporânea o direito à saúde exige tanto a participação do Parlamento, legítimo representante dos interesses envolvidos tanto no processo de produzir e consumir quanto de controlar os riscos sanitários, como a participação dos cidadãos na elaboração e na implementação das normas e ações destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. (DALLARI, 2008, p. 14)

Assim, verificou-se que a constitucionalização da saúde levou à judicialização, ou seja, a exigências judiciais quanto à concretização desse direito. Todavia, percebe-se que a construção jurisprudencial do direito à saúde mostra-se inadequada, pois a maioria das decisões judiciais não traz qualquer referência às políticas públicas adotadas pelos entes federados, que como afirmado é o cerne da política de Estado para a saúde pública.

Além disso, conforme relatam Grinover e Sica (2014), pesquisas empíricas voltadas ao mapeamento do processo de judicialização dos direitos sociais no Brasil demonstram que a atuação do Judiciário produz efeitos irracionais nas políticas públicas e no orçamento público, bem como a individualização das demandas favorece aqueles que efetivamente tenham acesso ao Judiciário, portanto, não conduz a uma efetiva transformação social.

Respectiva individualização das demandas demonstra o acento no exercício das liberdades individuais na sua relação com a sociedade, a comunidade em que se situa historicamente e, sobretudo, no exercício cada vez mais intenso da reivindicação das respectivas garantias.

Assim, mister a dedicação de um tópico para a análise desta liberdade pela busca de seus direitos na perspectiva sartreana, a qual será de grande valia para a compreensão mais profunda do tópico 6.3 deste trabalho, qual seja, políticas públicas de saúde e ativismo judicial.

6.2.2.1 O exercício da liberdade em Sartre: a escolha e a práxis existencial

Como visto anteriormente, o direito à saúde pode ser visualizado pelo aspecto individual que privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção. Desta forma, permite-se às pessoas procurar um completo bem-estar físico, mental e social conforme o seu tipo de vida.

A busca pelos direitos sociais e, especificamente, à saúde, pode, em determinados casos e circunstâncias, levar o indivíduo, na sua liberdade de escolha, na sua existência e circunstância histórica concreta, a não renunciar à diminuição do seu padrão de vida, haja vista que agora recorre ao Judiciário na busca de sua pretensão à saúde. Em casos extremos depara-se com determinadas classes que apresentam uma condição econômica positiva, podendo arcar com os custos de medicamentos e outros procedimentos, mas que no exercício da liberdade individual existencialmente situada, prefere a manutenção de seu nível de vida, de consumo, em detrimento de qualquer sacrifício ou renúncia em prol da saúde.

O indivíduo como um ser ontológico, um ser ético, histórico, inserido no mundo, manifesta-se existencialmente por meio de sua liberdade na afirmação e reivindicação de direitos. Cuida-se de um existencialismo manifesto e circunscrito ao mundo da vida. O homem depara-se constantemente entre escolhas, opções, que no exercício de sua liberdade exerce uma práxis existencialista. Para tanto, é necessária uma reflexão neste momento sobre a liberdade, o existencialismo na perspectiva de Sartre.

Sartre, tido como existencialista francês, foi grandemente influenciado por teóricos como Hegel, Kierkegaard, Nietzsche, Marx, dentre outros. Pese essas importantes influências, sua filosofia apresenta uma coerente unidade analítica e dialética. No que tange à temática da

liberdade, observa-se na sua obra *L'Imaginaire*²³⁰ a produção da imagem como revelação fundamental de uma absoluta liberdade.

Para Sartre (2004), a consciência que imagina ou uma ‘consciência imaginante’ reveste-se de uma dimensão constitutiva de irrealidade e, por consequência, de liberdade. Para o mesmo e na perspectiva fenomenológica, compreende a imagem como sendo uma forma organizada da consciência e apresentando em sua estrutura a intencionalidade.

Sartre compreende a ‘consciência imaginante’ como uma consciência envolvendo a consciência não-tética de si mesma, ou seja, dá-se a si mesma como espontaneidade pura na qual produz e conserva o objeto em imagem, pois visa aquilo que não é. No que tange ao objeto em imagem ou objeto imaginário, Levy (2013) utiliza-se do estudo da obra ‘Transcendência do Ego’ de Sartre, para afirmar que o ego é transcendente em virtude de ser um objeto imaginário:

Centrando-se na terminologia que Sartre usa para descrever a sensação única de transcendência que pertence ao ego na obra 'The Transcendence of the Ego', eu seria capaz de mostrar que o ego é transcendente e não apenas em virtude de estar fora da consciência, mas em virtude de ser um objeto imaginário, altera a ordem e natureza do real. Só por causa de sua natureza ficcional é o ego capaz de gerar estados, ações e qualidades apesar do fato de que não é genuinamente um agente (o ego está no objeto, não no polo do sujeito). O ego é fictício, e ainda tem presença real na vida humana. É imaginário, e ainda não meramente ilusório. (LEVY, 2013, p.103, tradução nossa)²³¹.

Este tipo de ‘consciência imaginante’ possui fundamentalmente algumas características, que são a espontaneidade, a liberdade e a negação. A imaginação é, portanto, uma atividade consciente e totalmente distinta da percepção, mas de absoluta liberdade. Respectiva liberdade da ‘consciência imaginante’ é requisito fundamental para que coloque o mundo como mundo. E ao mesmo tempo em que põe o mundo como mundo, nega-o, ou como ele próprio expressa, ‘neantiza-o’, isto é, a imagem constitui-se sobre este mundo de forma negada.

Sartre (2004) na sua persecução teórica destaca que as condições que tornam possível a imaginação, constituem a própria estrutura da consciência. Assim, a consciência não está no

²³⁰ A produção original, em francês, é de 1940. Neste estudo foi utilizada a versão em inglês publicada em 2004.

²³¹ “By focusing on the terminology that Sartre uses to describe the unique sense of transcendence that pertains to the ego in *The Transcendence of the Ego*, I was able to show that the ego is transcendent not merely by virtue of being outside consciousness, but by virtue of being an imaginary object, one that changes the order and nature of the real. Only because of its fictional nature is the ego capable of generating states, actions and qualities despite the fact that it is not genuinely an agent (the ego is in the object, not the subject pole). The ego is fictional, and yet has real presence in human life. It is imaginary, and yet not merely illusory.”

mundo como um objeto, mas ela é um ser-no-mundo e apresenta-se de forma dialética, pois está situada e ao mesmo tempo transcende, distancia-se da situação.

Sua obra posterior *L'Être et le Neant*, datada de 1943, tem como ponto de partida toda esta reflexão em torno do imaginário. É, portanto, a partir da análise de imagem que Sartre apreende e compreende a consciência como 'neantização' ou 'nadização'²³² do mundo. Pois a imaginação é a maneira da consciência em transcender o mundo em que se situa, e desta feita, no seu rigorismo conceitual não haveria a imaginação, mas sim, uma consciência que visa o real, a realidade.

Dito de outra forma, não haveria imagens, mas um mundo imaginário. Aqui adentra-se na contemplação estética de Sartre, pois para este, cuida-se de um momento privilegiado, no qual a liberdade se dá como negação do mundo existente. Assim, somente em face do imaginário e da necessária implicação da neantização do mundo é que a contemplação tem sentido.

A consciência ou a indagação do ser da consciência é, pois, temática central na obra de Sartre, haja vista compreender que toda consciência é consciência "de", onde a consciência é sempre consciência posicionada, e aquilo do qual se tem consciência não está na consciência. Cuida-se sempre de uma perspectiva relacional de transcendência entre a consciência e o mundo, não intervindo qualquer tipo de causalidade.

A consciência é, para Sartre, antes de tudo, o poder que se tem de distanciar-se daquilo que é. Nesse momento, Sartre adentra na reciprocidade, simultaneidade e dialética da negatividade ao afirmar que a consciência é aquilo que 'é o que não é' e 'não é o que é'. Doutro modo, mas mantendo a simultaneidade da negatividade, a consciência é *aquilo que é o que não é e não é o que é*. A negatividade instala-se no âmago da consciência constituindo o seu próprio ser e fundamento na perenidade da neantização. No que tange à negatividade em Sartre, Shaw (2012) elabora um percuciente estudo de Sartre sobre a consciência, a faticidade e a transcendência:

Através de práticas coletivas, um povo é lançado em uma situação em que este deve ser o que não é, e não ser o que é. Nesta frase, tenho ecoado deliberadamente a descrição de Sartre de consciência: que "deve necessariamente ser o que não é e não ser o que é". Isto descreve uma dinâmica através da qual a consciência supera sua faticidade através da transcendência. Os padrões de má-fé são modos de evitar as consequências de liberdade por reificação ou transcendência ou faticidade. Como Sartre afirma, "má fé procura afirmar sua identidade [a da transcendência e faticidade], preservando suas diferenças". Deve afirmar a faticidade como sendo

²³² Cuida-se o termo 'nadização' de um neologismo visando expressar o termo empregado por Sartre de 'néantización'. O termo também é empregado em autores da denominada filosofia existencial, como Heidegger. Nadização seria compreendido como uma espécie de aniquilação relativa.

superação e transcendência como sendo faticidade, de tal modo que, no instante em que uma pessoa apreende a um, ele pode achar-se abruptamente confrontado com o outro. (SHAW, 2012, p. 31, tradução nossa)²³³.

Em Sartre, a consciência apresenta uma dimensão constitutiva de irreabilidade e, conseqüentemente de liberdade, pois na consciência encontra-se o cogito como núcleo central da mesma conduzindo ao *ser-em-si*, como objeto da mesma consciência, enquanto *para-si*. Para tanto, Sartre destaca que há uma radical oposição entre o *em-si* e o *para-si*. Enquanto o *em-si* é massivo, sendo plenamente ser, pois é o que é, o *para-si* é descompressão do ser, é a neantização, o não-ser, o resultado da neantização do *em-si*.

A consciência é essencialmente negadora do *em-si*, pois se encontra revestida de característica ontológica de ser o seu próprio nada. Sartre expõe assim o que denomina de prova ontológica, em que a consciência nasce trazida por um ser que não é ela, haja vista que a consciência não pode fazer com que haja ser, mas porque há ser, funda-se a consciência de si e do ser, é a consciência como ser livre, da liberdade.

A liberdade perpassa toda a caminhada filosófica de Sartre, tendo como projeto a elaboração, a construção de uma filosofia da liberdade. Faz o percurso da ontologia à ética, da ética à política, sempre na afirmação de que o indivíduo é livre e, portanto, deve-se fazer livre. Trata-se de uma liberdade que é construída e não se restringe ao individualismo, mas antes, um compromisso com a humanidade, como bem observa Gines (2011),

E Sartre continua a argumentar que o homem é responsável por quem ele é; ele é responsável para si. Mas isso não deve ser lido como o individualismo simples na medida em que Sartre acrescenta, "**quando dizemos que o homem é responsável por si mesmo, não significa apenas que ele é responsável por sua própria individualidade, mas que ele é responsável por todos os homens**" (Sartre 1957:16). A nossa responsabilidade e nossos atos envolvem toda a humanidade e para a realização da inevitabilidade desta responsabilidade pode trazer uma sensação de angústia. **Os seres humanos estão condenados à liberdade e escolha.** Nós escolhemos ação ou inação, mas a escolha é nossa para fazer. (GINES, 2001, p. 47, grifos nossos, tradução nossa)²³⁴.

²³³ "Through collective practices, a people is thrown into a situation in which it must be what it is not, and not be what it is. In this phrasing, I have deliberately echoed Sartre's description of consciousness: that it 'must necessarily be what it is not and not be what it is'. This describes a dynamic through which consciousness surpasses its facticity through transcendence. The patterns of bad faith are modes of avoiding the consequences of freedom by reifying either transcendence or facticity. As Sartre states, 'bad faith seeks to affirm their identity [that of transcendence and facticity] while preserving their differences. It must affirm facticity as *being* transcendence and transcendence as *being* facticity, in such a way that at the instant when a person apprehends the one, he can find himself abruptly faced with the other'."

²³⁴ "And Sartre goes on to argue that man is responsible for who he is; he is responsible for himself. But this should not be read as simple individualism insofar as Sartre adds, 'when we say that man is responsible for himself, we do not only mean that he is responsible for his own individuality, but that he is responsible for all men' (Sartre 1957:16). Our responsibility and our acts involve all of humankind and the realization of the inescapability of this responsibility can bring about a sense of anguish. Humans are condemned to freedom and choice. We choose action or inaction, but the choice is ours to make."

Sartre opõe a liberdade à natureza ao enfatizar que não existe natureza humana, haja vista nós sermos o que em virtude do exercício da liberdade nos tornamos. Assim, a nossa definição como indivíduos situa-se na dimensão de futuro, pois a liberdade é um dado insondável, e uma possibilidade projetada na produtividade. Através do projeto (seu oposto é a recusa) o homem lança-se a um fim onde o mundo deixa de ser contingente para tornar-se necessário.

Na dimensão da negatividade produtiva, a liberdade aniquila o seu passado e a circunstancialidade de mundo projetando-se para o futuro. Assim, a liberdade interioriza o exterior e exterioriza o interior. A liberdade torna-se, assim, um abismo de possibilidades e de angústias, em que o homem encontra-se condenado a definir-se por meio de suas manifestações ante as contingências e à sua própria faticidade. Vasey (2010) analisa em Sartre a dialética da liberdade em que pela opção, escolha, o homem dá significado ao mundo abrindo possibilidades e angústias:

O homem é livre. É ele que faz com que haja um mundo. É por sua escolha que ele decide seu significado. Ele não pode recusar-se a escolher, porque essa recusa é em si uma escolha. E ele tem que escolher por conta própria, sem ajuda, sem qualquer recurso. Nada está vindo para ele do lado de fora que ele pudesse receber ou aceitar. Ele tem de decidir por si mesmo, até o mínimo detalhe: esse é o seu abandono – uma consequência de sua liberdade. Quanto à angústia, que é a consciência dessa liberdade, o reconhecimento de que meu futuro é minha possibilidade, que depende de mim para trazê-lo à existência e sustentá-la, que a única coisa que me separa dele é a minha liberdade. (VASEY, 2010, p. 61, tradução nossa)²³⁵.

Trata-se de um projeto humano incessante, contínuo de ser, encontrando-se para além do *em-si*, por meio de um compromisso perante si e perante os outros. O que o homem faz ou fará é o que projeta ser entre os outros homens no mundo. O homem se torna práxis por meio de suas escolhas, pois existir é incessantemente escolher a cada momento sem poder escusar-se. Escolhas sempre tomadas pela sua liberdade absoluta, mas jamais reduzida no sentido de livre arbítrio como bem destaca Mayer (2013):

Para Sartre, a liberdade é total e absoluta, não no sentido de um livre-arbítrio caprichoso o qual se poderia fazer tudo o que se quer, mas em um sentido tanto ontológica e concreta: ela é o ser da realidade humana, pelo que ela assume e transcende sua faticidade e se engaja profundamente no mundo. A liberdade jamais é

²³⁵ “Man is free. It is he who makes there be a world. It’s by his choice that he decides its meaning. He cannot refuse to choose, because this refusal is itself a choice. And he has to choose on his own, without aid, without any recourse. Nothing is coming to him from outside that he could receive or accept. He has to make himself, down to the slightest detail: that’s his abandonment – a consequence of his freedom. As for anguish, that’s the consciousness of this freedom, the recognition that my future is my possibility, that it depends on me to bring it into existence and sustain it, that the only thing that separates me from it is my freedom”.

constrangida pelo exterior, seus limites são sempre assumidos, consentidos ou reivindicados. (MAYER, 2013, p.79, tradução nossa)²³⁶.

Entretanto, Sartre alerta para aqueles que se pretendem permanecer na atitude de recusa, de renúncia ou de fuga de sua liberdade. Denomina esta situação como sendo o homem de má-fé que oculta a sua liberdade, ou seja, renuncia a existir como consciência. Pretendem, em vão, fugir daquilo que não se pode fugir. Esta fuga da liberdade perante sua própria angústia é a fenomenologia da negatividade originária, ou seja, estruturalmente é a negação que se nega a si mesma e é o que caracteriza o ‘núcleo instantâneo’ da realidade humana.

Outro importante tema destacado por Sartre é o da alteridade, que se apresenta como determinação ontológica da existência enquanto totalidade, pois o outrem é o mediador indispensável entre *mim* e *mim mesmo*. Necessitamos de outrem para penetrar de maneira completa em todas as estruturas do nosso ser. Assim, o *ser-para-si* é também o *ser-para-outrem*, e o encontro com outrem é fundamental para a consciência, remetendo à relação originária entre a minha consciência e a consciência do outro.

A alteridade traz como consequência o não poder considerar-se como um soberano absoluto, pois a existência de outrem é, na sua essência, a perda da posse do meu mundo. Agora, tem-se de passar por outrem para se chegar à plenitude do ser, em que esta mesma plenitude significa a perda do meu mundo. Sartre destaca que a reação primária seria a de querer recuperar o que se perdeu, procurando o desaparecimento de outrem. Mas como tem-se a necessidade de outrem, a tendência é a de conservar outrem.

Nesta perda, e o querer recuperar o que se perdeu com o desaparecimento de outrem, mas conservando-o por necessidade, dá-se o que denomina de conflito. E o conflito é o sentido original do *ser-para-outrem*, onde a relação primordial com outrem é o conflito, pois só há homens e relações reais entre os homens. Homens situados historicamente, em que a razão dialética permite a compreensão integral da vida humana, mas que se depara com dois limites de inteligibilidade, quais sejam, o fato da escassez e a inevitabilidade da inércia.

Aqui adentra-se na compreensão da passagem fenomenológica sartreana para o existencialismo. O homem, historicamente situado, encontrando-se na racionalidade dialética de um *ser-para-outrem*, dá-se o que Sartre designa como *existência*, a dialeticidade do *sair-de-si*, do *pro-jetar-se*. O homem, na vivência de sua subjetividade é um projeto.

²³⁶ “Pour Sartre, la liberté est absolue et totale, non au sens d’un libre-arbitre capricieux qui pourrait faire tout ce qu’il veut mais en un sens à la fois ontologique et concret : elle est l’être de la réalité-humaine, ce par quoi elle assume et dépasse sa facticité et s’engage profondément dans le monde. La liberté n’est jamais contrainte de l’extérieur, ses limites sont toujours assumées, consenties ou revendiquées”.

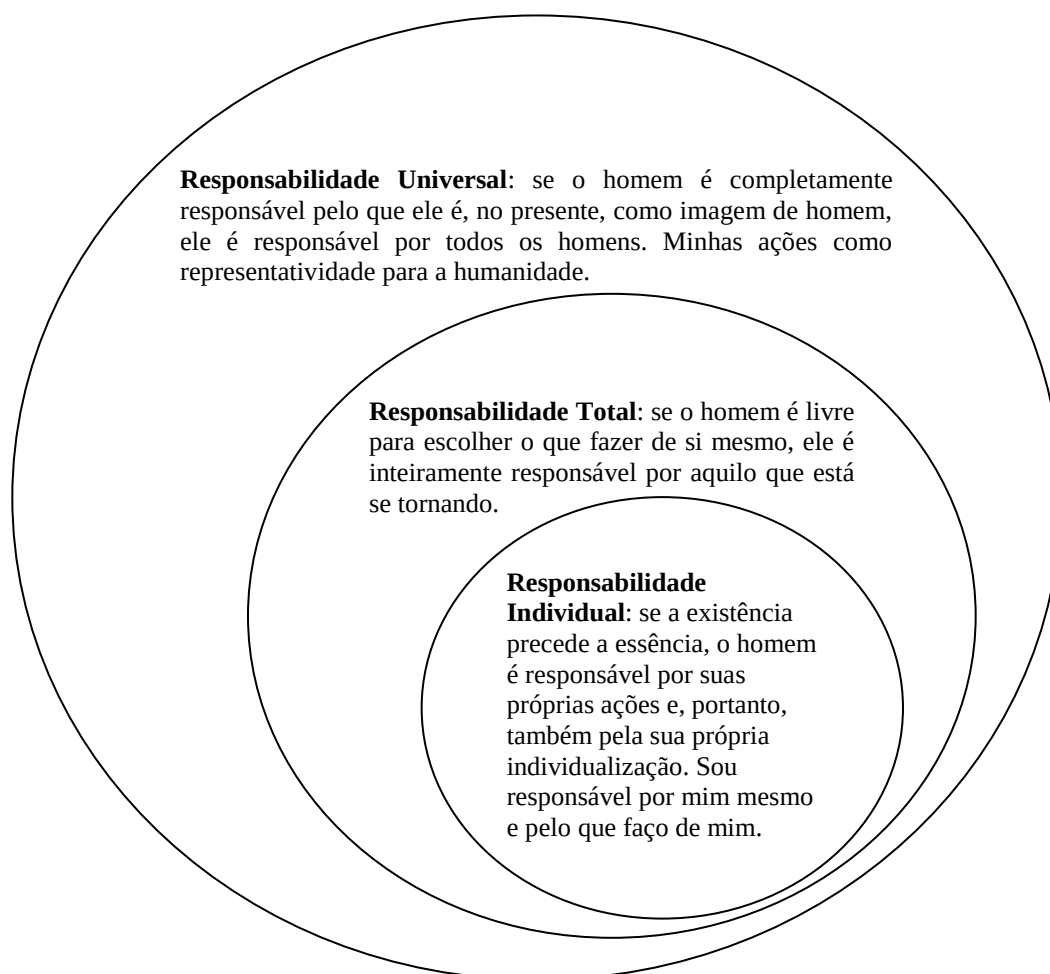
Dessa forma, o existencialismo é um humanismo, uma vez que o homem, na dimensão de sua subjetividade, é permanentemente uma existência, uma realidade que *pro-jeta-se*. Nessa perspectiva, a existência precede a essência e esta subjetividade deve ser o ponto de partida, pois existir é um permanente *sair de si*.

É importante esclarecer que para Sartre as duas ideias, quais sejam, a) a existência precede a essência e b) a subjetividade é o ponto de partida –, não são distintas, pelo contrário, são fundamentos de uma mesma e única ideia, na qual o homem, a vida humana é fundamentada na existência e a subjetividade é a fonte primordial de toda deliberação, ação humana. Viver, conviver é possibilitado pela existência que precede a essência. E as ações humanas implicam subjetividade, que é o ponto de partida. De outro modo, a existência precede a essência, ou seja, a subjetividade deve ser o ponto de partida.

Na existencialidade humana, o homem encontra-se imerso em etapas, processos históricos situados, bem como no horizonte da realização de projetos individuais. O homem é uma existência aberta, a realidade humana é uma construção, um devir. O homem é o que ele constrói, o que ele faz de si e para si tanto na dimensão individual, quanto na universalidade.

Assim, o homem como existência constrói o que ele é na sua liberdade, sendo responsável pelo que advir de suas ações. No estabelecimento da prioridade da existência, e essência como ponto de partida, Sartre enfatiza primeiramente que o homem tem consciência do que “ele é”, iluminando o crescente projeto de conscientização e, ademais, a plena responsabilidade do homem pela sua existência, não podendo escusar-se, alienar-se da liberdade de suas ações, da liberdade de suas escolhas.

Exercendo esta liberdade de escolha, o homem torna-se totalmente responsável de si mesmo. Entretanto, importante destacar que esta responsabilidade não se esgota no em si mesmo, mas estende-se ao outro, a outra pessoa, de onde ao final dá-se a forma de uma responsabilidade universal. De forma didática é possível simbolizar graficamente a responsabilidade do homem como sendo:

Figura 1 – Tríplice responsabilidade do homem

Fonte: Elaborado pela autora

Nesta tríplice caracterização da responsabilidade constata-se a influência socrática no que tange à responsabilidade individual, a kantiana na responsabilidade total e a marxista na responsabilidade universal. Com isso, convém destacar que em Sartre a rotulação “ideológica” de seu pensamento é perda de sentido, haja vista que todo o seu arcabouço teórico se reveste de fundamentação filosófica holística, perpassando as necessárias contribuições dos principais filósofos que refletiram a sua existência histórica concreta. Neste aspecto, a liberdade, a escolha, a responsabilidade sartreana, em nada conflita com qualquer ideologização, quer seja fenomenológica ou materialista histórica.

Assim, o indivíduo na perspectiva sartreana está inserto nesta tríplice realidade e, portanto, deve sopesar a real necessidade de uma demanda ao Judiciário, haja vista que ademais de sua responsabilidade individual, também possui uma responsabilidade universal.

De maneira concreta, há que se considerar a responsabilidade de indivíduos situados em camadas sociais abastadas na perspectiva econômica, com condições próprias de assegurar

plenamente a saúde própria e a de seus familiares, que utilizem o Judiciário com o mero argumento de que têm o direito à satisfação das prestações de saúde, devido à consagração na Constituição Federal. Sobre este assunto, o Juiz de Direito Gustavo Henrique Moreira do Valle e o Advogado João Marcos Pires Camargo, alertam:

Por sua vez, o segundo condicionamento, ainda referente ao interesse de agir do postulante, diz, em nosso juízo, com seu estado de hipossuficiência, não sendo admissível, pelo menos em linha de princípio e enquanto perdurar o quadro de limitações financeiras do Estado brasileiro, que pessoas abastadas, que tenham condições de, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, custear as ações e serviços de saúde que necessitem, lancem mão de recursos públicos, em detrimento de pessoas carentes e igualmente necessitadas desses serviços. Cuida-se, aqui, de conciliar o princípio da universalidade com o da isonomia, para desigualar os desiguais, na medida de suas desigualdades, sendo o critério desigualador, aqui, exatamente a hipossuficiência daqueles que necessitam das ações e serviços de saúde. (VALLE; CAMARGO, 2011, p. 29)

Para Sartre, a escassez é a noção fundamental sobre a qual se constituem as relações humanas de reciprocidade na práxis dialética. Assim, na escassez, cada homem é ameaça para outrem, de modo que a alienação, a violência e a ética surgem, num primeiro instante, associadas ao fato contingente da escassez. A violência será, na perspectiva de Gaudeaux (2006), temática constante na obra de Sartre, haja vista a violência ser um fato histórico e característica de seu tempo e que ele, pessoalmente, descobriu em tenra idade. As situações históricas que Sartre vivenciou explicam a onipresença da violência em seu trabalho:

Sartre descobriu a violência durante sua infância, através dos jornais e sua imaginação. Ela percorre através de todos os seus livros. Ele se depara com ela durante a guerra, a ocupação nazista e daí em diante. Onipresente nas suas obras e no mundo, a violência força Sartre a adotar uma postura pugilista – às vezes defensiva, às vezes ofensiva – em função das circunstâncias e da natureza da violência com a qual ele se confronta. (GAUDEAUX, 2006, p. 51, tradução nossa)²³⁷.

Todas as formas humanas de convivência são impregnadas pelo caráter conflitual das relações e Sartre apresenta o ‘grupo em fusão’ como uma reação espontânea e imediata ante o conflito. O grupo propõe-se a si mesmo como um fim em relação aos seus membros, constituindo-se, num primeiro momento, em organização e, posteriormente, em instituição.

²³⁷ “Sartre discovered violence during his childhood, through the newspapers and his imagination. It runs through all of his books. He rubs shoulders with it during the war, the occupation and thereafter. Omnipresent in his works and in the world, violence forces Sartre to adopt a pugilistic stance – sometimes defensive, sometimes offensive – as a function of the circumstances and the nature of the violence with which he his confronted.”

Nesse diapasão, quando o grupo se transforma em instituição, desenvolve-se a autoridade e o poder. E, por derradeiro, a instituição culmina no Estado, o qual exerce a função de mediador entre as classes. Desse modo, o humanismo existencial de Sartre adentra numa perspectiva normativa e, ao mesmo tempo, comprometido com a realidade social de seu tempo, com fatos políticos de sua época. Fato notório é a manifestação de Sartre, em que vivendo um momento tenso da denominada ‘guerra fria’ evidencia sua preocupação com a paz mundial, como bem destaca Lethbride (2012):

A nossa paz pode ter apenas um significado: é possível para todas as nações e todos os homens agruparem-se num mesmo destino; em uma palavra é a liberdade. Este, parece-me, é o significado de nosso empreendimento comum: queremos construir a paz pela liberdade e dar liberdade de volta aos povos através de paz. (LETHBRIDE, 2012, p. 14, tradução nossa)²³⁸.

Assim, o conflito para Sartre é uma resposta ao fracasso das relações intersubjetivas, manifestando-se primordialmente na práxis humana a qual é definida pelo trabalho. Por meio do trabalho o homem é subsumido num movimento dialético onde a interioridade do sujeito entra em contato com o mundo externo.

Dessa forma, a práxis no momento em que atua sobre a matéria, objetiva-se, constituindo-se um objeto humano que, por sua vez se torna matéria trabalhada. O trabalho é, portanto, um fator interno à história. E Sartre investiga a determinação das condições e das estruturas invariáveis da dialética histórica. Ao pretender reconstruir o movimento concreto da história, Sartre o faz influenciado por uma fenomenologia, uma hermenêutica do materialismo histórico na perspectiva de uma subjetividade humanista, como observa Swartz (2007):

[...] formado intelectualmente por uma forte influência fenomenológica, Sartre desenvolveu sua própria filosofia existencialista com ênfase na liberdade individual e subjetividade que não tem obviamente afinidade eletiva com o materialismo histórico. No entanto, Sartre chegou a ver a partir de 1945 que o marxismo e seus apoios institucionais, apesar de suas deficiências óbvias, eram a única alternativa séria ao capitalismo e ao imperialismo americano e devotou considerável esforço para reformular um marxismo com a subjetividade humanista. (SWARTZ, 2007, p. 219, tradução nossa)²³⁹.

²³⁸ “Our peace can only have one meaning: it is possible for all nations and all men to muster their own destiny; in a word it is freedom. There, it seems to me, is the common meaning of our undertaking: we want to construct peace by freedom and give freedom back to the peoples through peace”.

²³⁹ “(...) formed intellectually by a strong phenomenological influence, Sartre developed his own existentialist philosophy with emphasis on individual freedom and subjectivity that has no obvious elective affinity with historical materialism. Yet, Sartre came to the view after 1945 that Marxism and its institutional supports, in spite of their obvious shortcomings, were the only serious alternative to capitalism and American imperialism and devoted considerable effort to reformulate a Marxism with humanist subjectivity.”

Na perspectiva do materialismo histórico, Pomeroy (2014) realiza percuciente estudo destacando que Sartre envolve-se em questões características do marxismo e, portanto, as desenvolve fora de sua ontologia e que irá marcar suas posições políticas marxistas na década de 60. Cuida-se de um Sartre atento à sua realidade social da época ao tratar do:

[...] o lugar da consciência no mundo, a natureza da sua liberdade, a crítica de valores e papéis burgueses, o desenvolvimento de autenticidade como uma rejeição aos papéis e valores burgueses, a necessidade de amarrar autenticidade para uma verdadeira mudança na promoção pessoal-político, o reconhecimento do outro como uma liberdade, autenticidade, portanto, como a escolha da liberdade humana de cada e para cada um e da necessidade de uma revolução social para realizar plenamente o Projeto existencial. (POMEROY, 2014, p. 24, tradução nossa)²⁴⁰.

Cuida-se da análise do social e do privado, também analisado por Hannah Arendt na sua obra “A condição humana”, onde afirma que

[...] o que chamamos anteriormente de ascensão do social coincidiu historicamente com a transformação da preocupação individual com a propriedade privada em preocupação pública. Logo que passou à esfera pública, a sociedade assumiu o disfarce de uma organização de proprietários que, ao invés de se arrogarem acesso à esfera pública em virtude de sua riqueza, exigiram dela proteção para o acúmulo de mais riqueza. (ARENDT, 2005, p. 78).

Na realidade, em síntese, o que surge como direito social à saúde pode, por outro lado, significar acumulação de riqueza, haja vista que o exercício da liberdade humana na busca de pretensão específica do seu direito à saúde pode gerar a manutenção de sua riqueza em detrimento dos recursos públicos para atender à população que não tem condições econômicas suficientes.

Neste contexto, Marco Antônio Ribeiro Tura (2009) ressalta a superestrutura político-jurídica, na perspectiva marxista, formada por diversos aparelhos e normas que, em seu conjunto, estão dirigidas à regulação do funcionamento de uma dada formação social. Desta forma, nota-se que a sociedade capitalista criou mecanismos para manter a acumulação de riquezas:

[a] superestrutura político-jurídica está sempre envolvida com múltiplas mediações, está sempre inserida em uma série de planos intermediários. Mas o papel da superestrutura político-jurídica, a função desempenhada em uma dada formação

²⁴⁰ “[...] the place of consciousness in the world, the nature of its freedom, the critique of bourgeois values and roles, the development of authenticity as a rejection of bourgeois roles and values, the necessity of tying authenticity to a real shift in personal-political enactment, the recognition of the Other as a freedom, authenticity therefore as choosing the human freedom of each for each and the necessity of a social revolution to fully realize the existential Project”.

social é bem marcada: a manutenção das relações de produção em favor das mesmas classes e frações de classe que dominam e que dirigem aquela determinada formação social. (TURA, 2009, p. 81-82)

Este tópico torna-se importante para a compreensão das políticas públicas de saúde, em especial a Política Nacional de Medicamentos, na sua discussão sobre o acesso e o uso racional de medicamentos, que será analisado a seguir.

6.3 Políticas públicas de saúde e ativismo judicial

Para este capítulo é necessário partir do conceito traçado pela Profa. Maria Paula Dallari Bucci, pelo qual

[p]olítica pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006, p. 39).

É importante, também, considerar o conteúdo do conceito de direito à saúde delineado no tópico anterior pela Profa. Sueli Gandolfi Dallari. A partir dessas noções, busca-se estudar as políticas públicas de saúde e as decisões judiciais referentes às prestações relacionadas à saúde pública.

No conceito acima, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, para os quais são observados a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo esperado para alcançar os resultados. Esses parâmetros são úteis na avaliação das metas da política pública após a sua implementação. Verifica-se, portanto, que as categorias que estruturam a política pública são próprias da Ciência Política e da Administração Pública.

Assim, como explica a Profa. Maria Paula Dallari Bucci (2006), uma política pública carrega, necessariamente, elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio do programa de ação.

Até aqui se constata duas dificuldades para o jurista ao analisar aspectos do direito à saúde. A primeira voltada para o conceito de política pública, que, como visto, envolve parâmetros estranhos ao contexto jurídico. A segunda se refere ao conceito de direito à saúde, que é bem mais abrangente, uma vez que se devem considerar as diversas variáveis externas e

sua relação com a população, não podendo ficar restrito a simples interpretação positivista da Constituição e das leis formais.

Conforme a Lei Orgânica da Saúde – LOS, composta pelas Leis n. 8.080 e 8.142, ambas de 1990, que regulam, fiscalizam e controlam as ações e os serviços de saúde, o Sistema Único de Saúde – SUS foi definido como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 4º da Lei n. 8.080/90). Neste sentido, segundo a Profa. Sueli Gandolfi Dallari (2006), não há dúvida de que o SUS configura uma política pública de saúde, que tem sua primeira formulação na própria Constituição.

Outras políticas públicas de saúde também devem ser analisadas. Uma que gera bastante polêmica judicial é sobre o fornecimento de medicamentos à população.

Assim, conforme Dallari (2006), desde 1975 a OMS vem insistindo na necessidade de os Estados formularem uma política que permita o acesso e favoreça o uso racional dos medicamentos por todas as pessoas, pois se constatou que o mercado mundial era composto, em grande parte (cerca de 70%), por substâncias não essenciais, desnecessárias e até perigosas, e que um terço da população mundial não tem acesso a medicamentos essenciais.

Para a OMS, a formulação de uma política de medicamentos implica a definição de um conjunto de diretrizes com a finalidade de assegurar para toda a população uma provisão adequada de medicamentos seguros, eficazes e de boa qualidade e que sejam objeto de um uso racional. Tal política deve incluir, entre outros elementos, a produção, distribuição, legislação, registro, prescrição, dispensação, qualidade e propaganda comercial de medicamentos. (DALLARI, 2006, p. 258).

Em 1998 o Ministério da Saúde publicou a Portaria n. 3.916/GM/MS, contendo a Política Nacional de Medicamentos, baseada nas recomendações da OMS. Essa portaria contém considerandos sobre sua elaboração; prefácio, justificativa; diretrizes de acordo com a OMS; as prioridades, derivadas das diretrizes, dando as bases para seu alcance; as responsabilidades das esferas de governo no âmbito do SUS; como se dará seu acompanhamento e avaliação; e termina com a descrição da terminologia empregada. Portanto, um texto bastante complexo.

Entre as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos está a otimização na distribuição no setor público e a promoção de iniciativas que visem à redução dos preços de medicamentos, a fim de facilitar aos mais carentes a obtenção dos medicamentos necessários. Assim, na sua apresentação constam o propósito e as principais diretrizes desta Política:

Aprovada pela Comissão Intergestores e pelo Conselho Nacional de Saúde, a Política Nacional de Medicamentos tem como propósito "garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais". Com esse intuito, suas principais diretrizes são o estabelecimento da relação de medicamentos essenciais, a reorientação da assistência farmacêutica, o estímulo à produção de medicamentos e a sua regulamentação sanitária. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998).

Portanto, uma das medidas adotadas pela Política Nacional de Medicamentos é a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, que tem por objetivo identificar os maiores problemas de saúde e os medicamentos básicos indispensáveis para seu tratamento, considerando a situação epidemiológica local, a fim de oferecê-los à população, além de reduzir os custos de compra, conforme definido na Portaria n. 3.916/GM/MS:

Integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva.

Trata-se, portanto, de meio fundamental para orientar a padronização, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos, principalmente no âmbito do SUS, constituindo, assim, um mecanismo para a redução dos custos dos produtos. Visando maior veiculação, a RENAME deverá ser continuamente divulgada por diferentes meios, como a Internet, por exemplo, possibilitando, entre outros aspectos, a aquisição de medicamentos a preços menores, tanto por parte do consumidor em geral, quanto por parte dos gestores do Sistema.

No processo de atualização contínua da RENAME, deverá ser dada ênfase ao conjunto dos medicamentos voltados para a assistência ambulatorial, ajustado, no nível local, às doenças mais comuns à população, definidas segundo prévio critério epidemiológico. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998).

Segundo Dallari (2006), a Política Nacional de Medicamentos, de responsabilidade do SUS, integra o cerne da política de Estado, isto é, espécie de política pública para a saúde pública.

A RENAME é a base para a organização das listas estaduais e municipais, o que favorece o processo de descentralização da gestão, visto que estas instâncias são responsáveis pelo suprimento de suas redes de serviços, com a participação financeira e técnica do Ministério da Saúde.

Assim, a prioridade do Município é assegurar o fornecimento de medicamentos destinados para a atenção básica à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde. É possível citar, por exemplo, a Relação

Municipal de Medicamentos – REMUME de Belo Horizonte, que fundamenta o processo de seleção de medicamentos “em critérios técnico-científicos, baseando-se em processos de busca de evidências de eficácia, segurança, conveniência para o paciente, qualidade e custo favorável.” (PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE, 2014). A REMUME de Belo Horizonte conta com 234 fármacos em 390 apresentações.

Há, ainda, o Componente Especializado de Assistência Farmacêutica (CEAF), regulamentado inicialmente pela Portaria n. 2.981/GM/MS, de 26/11/2009, revogada pela Portaria n. 1.554/GM/MS de 30/07/2013. O CEAF é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizada pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas* publicados pelo Ministério da Saúde. O acesso aos medicamentos é garantido mediante a pactuação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme as responsabilidades definidas na Portaria vigente. Para isso, os medicamentos são divididos em três grupos de acordo com os seguintes critérios gerais: complexidade do tratamento da doença; garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado e manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS, além de critérios específicos para cada grupo, conforme definido na Portaria n. 1554/GM/MS.

I - Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em:

a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

b) Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica;

II - Grupo 2: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

III - Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013).

Na justificativa da Política Nacional de Medicamentos são destacados os fatores levados em conta para estabelecer e atualizar a RENAME. Assim, as modificações quantitativas e qualitativas dos medicamentos são influenciadas pelo envelhecimento populacional, pela desarticulação da assistência farmacêutica no âmbito dos serviços de saúde, pelo uso irracional de medicamentos pela população (automedicação), entre outros:

Acarretando um maior consumo e gerando um maior custo social, tem-se novamente o processo de envelhecimento populacional interferindo sobretudo na demanda de medicamentos destinados ao tratamento das doenças crônico-degenerativas, além de novos procedimentos terapêuticos com utilização de medicamentos de alto custo. Igualmente, adquire especial relevância o aumento da demanda daqueles de uso contínuo, como é o caso dos utilizados no tratamento das doenças cardiovasculares, reumáticas e da diabetes. Frise-se o fato de que é bastante comum, ainda, pacientes sofrerem de todas essas doenças simultaneamente. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998).

Esta análise da Política de Medicamentos no Brasil é para demonstrar a complexidade de apenas uma das políticas públicas de saúde adotada. Há vários suportes normativos, que mudam com frequência, a fim de se adaptar às necessidades epidemiológicas locais, entre outros fatores.

Portanto, pode-se afirmar que há grandes riscos para a execução destas políticas quando o Judiciário obriga os entes federados a fornecer medicamentos que não estão nas listas oficiais. Deve-se considerar todos os parâmetros estabelecidos pelo Executivo a fim de implementar estas políticas que, como dito anteriormente, não são de conhecimento do jurista, porque estão relacionadas à Política e Administração Pública. Até pouco tempo os juízes pareciam desconhecer a RENAME, pois não a citavam nas decisões, e deferiam as liminares sobre pedidos de fornecimento de medicamentos, fundamentando, simplesmente, no art. 196 da Constituição de 1988, que garante a saúde como direito de todos e dever do Estado, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto expressamente no art. 3º da Constituição.

Essas constatações podem ser obtidas através da análise do relatório de pesquisa “Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde”²⁴¹, conduzida pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ e

²⁴¹ Deve-se ressaltar que o objetivo geral da pesquisa, conforme destacado no relatório, era realizar “um diagnóstico empírico de como os mecanismos processuais previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro vêm sendo efetivamente manejados pelos jurisdicionados e de como o Poder Judiciário vem respondendo a essas práticas processuais. Em seguida, busca-se avaliar se os mecanismos processuais atualmente existentes são adequados ou não para a promoção da efetividade da prestação jurisdicional. [...] O mapeamento da prestação jurisdicional em casos envolvendo direitos que podem tanto ser pleiteados individualmente como coletivamente abarca um universo extremamente amplo. Decidiu-se, assim, centrar o foco sobre as demandas

Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, por meio da coordenação das Professoras Ada Pellegrini Grinover e Ligia Paula P. Pinto Sica. A pesquisa jurisprudencial foi estabelecida nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Minas Gerais e Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no período compreendido entre os anos de 2010 e 2012²⁴².

Foram selecionados 659 acórdãos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Desses, 90,28% (595) referiam-se às *ações tipicamente individuais*, isto é, aquelas ajuizadas por uma pessoa natural ou um grupo de indivíduos em litisconsórcio, cuja causa de pedir, o pedido e os efeitos da sentença são tipicamente individuais. A pretensão busca efetivar o quanto individual do direito à saúde e a sentença procedente produz efeitos *inter partes*, beneficiando apenas o autor da ação. (GRINOVER; SICA, 2014).

No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) foram analisados 408 acórdãos, nos quais 89% (362) também se referiam às ações tipicamente individuais.

Ao grande número de ações individuais se contrapõe um número extremamente reduzido de *ações coletivas*, ou seja, aquelas fundamentadas no interesse coletivo, cujo pedido busca a tutela de interesses de uma coletividade e os efeitos da sentença são *erga omnes*. No tribunal dos dois Estados analisados o número de ações coletivas encontradas foi inferior a 1% do total dos acórdãos.

Além das ações individuais e coletivas, as pesquisadoras destacaram a ação *pseudocoletiva*, que “consiste em ação ajuizada por entidade possuidora de legitimidade ativa, nos termos do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública²⁴³ e do art. 82 do Código de Defesa ao Consumidor²⁴⁴, com vistas à tutela de direitos de apenas um indivíduo.” (GRINOVER; SICA,

judiciais envolvendo a tutela do direito à saúde. [...] Trata-se, dessa forma, de um caso emblemático da tutela jurisdicional de um direito social fundamentalmente coletivo, mas que vem sendo levado ao Poder Judiciário na forma de pretensões individuais com bastante frequência.” (GRINOVER; SICA, 2014, p. 29).

²⁴² Os pesquisadores mapearam os tipos de demandas propostos para tutelar o direito à saúde e identificaram os resultados produzidos. Os acórdãos foram selecionados a partir de uma busca com palavras-chave nos sites dos tribunais citados. **Devido ao grande número de resultados, os pesquisadores conformaram uma amostra**, conforme metodologia própria, com números não repetidos a partir do universo coletado.

²⁴³ “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil. b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

²⁴⁴ “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações

2014, p. 26-27). Tratam-se de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, com fundamento em interesse coletivo, mas pleiteiam a tutela dos direitos de apenas um indivíduo ou de alguns indivíduos em litisconsórcio. No TJSP foram encontradas 9,26% (61) de ações desse tipo e, no TJMG, 8,08% (33).

Em relação aos pedidos formulados nas ações judiciais, a pesquisa constatou que a maioria dos casos no TJSP envolve pedidos de fornecimento de medicamentos (512), seguidos da incidência considerável de pedidos de fraldas (120), insumos médico-hospitalares (93), aparelhos (42), tratamento médico (26), intervenção cirúrgica (8), internação em hospital público (4) e exames médicos (4), entre outros pedidos com menor consideração.

O resultado no TJMG não é diferente, pois 85% dos pedidos visavam ao fornecimento de medicamento ou outros insumos (por exemplo, fraldas geriátricas). As cirurgias foram responsáveis por 6% dos casos. Os pedidos de internações, realização de exames e de tratamentos em geral somaram 3% cada um.

Quanto ao julgamento do mérito em primeira instância, nos 659 acórdãos do TJSP, em apenas 3 não houve resolução do mérito²⁴⁵. Nos demais, 615 foram julgados procedentes (93,75%), 22 parcialmente procedentes (3,35%) e 23 improcedentes (3,73%). No Estado de Minas Gerais o resultado foi a procedência do pedido em 86,4% dos casos. Portanto, há um alto índice de julgamentos contra o Estado.

Nota-se uma tendência tanto no TJSP, quanto no TJMG, de não reformar as sentenças de primeira instância envolvendo o direito à saúde. Entre os 563 recursos que foram conhecidos, mas improvidos pelo TJSP, 88,6% correspondiam a recursos interpostos pelo Poder Público na qualidade de requerido. No TJMG verificou-se que das 408 decisões analisadas em 157 o recurso foi conhecido e improvido (38,48%). Foram conhecidos e providos 52 recursos (12,74%). Conhecidos e parcialmente providos somaram 67 decisões (16,42%). Em 129 dos acórdãos, tal quesito não se aplicava por se tratar de competência originária do Tribunal de Justiça (como o mandado de segurança contra ato do Secretário de Saúde de Estado).

No Estado de Minas Gerais, as ações individuais foram promovidas pela Defensoria Pública (189 casos) e por advogados particulares (176 casos). O Ministério Público foi responsável por 43 processos, sendo que desses, 81% foi através de ação civil pública na categoria *pseudocoletiva*.

previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.”

²⁴⁵ Referem-se à uma ação coletiva em que houve o indeferimento da petição inicial e duas ações tipicamente individuais nas quais considerou-se ausente alguma das condições da ação.

As pesquisadoras concluíram, assim, a enorme preponderância de ações individuais relacionadas ao direito à saúde, em contraposição à baixíssima incidência de ações coletivas, o que alimenta o fenômeno da litigância repetitiva, com todas suas desvantagens: acúmulo de trabalho, redução da eficiência e da celeridade da prestação jurisdicional, decisões contraditórias, condução atomizada de questões que poderiam ser agrupadas num tratamento único e uniforme (GRINOVER; SICA, 2014).

Observou-se, ainda, que as ações individuais ostentam grande probabilidade de êxito em primeira instância, sendo muito baixo o índice de reforma pelos Tribunais. Segundo as pesquisadoras, “o êxito das ações individuais é provavelmente reforçado no caso do direito à saúde, por tratar-se de casos urgentes que possuem grande apelo emocional, influenciando a decisão judicial.” (GRINOVER; SICA, 2014, p. 75).

A taxa de êxito das ações coletivas é muito baixa em comparação com as ações individuais, o que favorece a multiplicação dessas últimas. A consequência é uma interferência considerável no orçamento público, “desvirtuando irracionalmente as políticas públicas de saúde elaboradas pelo Poder Público.” (GRINOVER; SICA, 2014, p. 75).

Como visto na pesquisa acima, a maioria expressiva dos processos envolve pedidos de medicamentos. Assim, é importante analisar a pesquisa realizada por Carias, Vieira, Giordano e Zucchi (2011), em que os pesquisadores buscaram descrever os aspectos técnicos do Programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional²⁴⁶ (atual componente especializado de assistência farmacêutica) do Ministério da Saúde, especialmente em relação aos gastos com os medicamentos distribuídos.

Os pesquisadores analisaram os gastos com medicamentos de dispensação em caráter excepcional no período de 2000 a 2007, baseando-se nos dados extraídos do Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde (SIA/SUS) do Ministério da Saúde. Foram analisados, também, os medicamentos dispensados de 1993 a 2009, quantidades e valor de cada procedimento informados nas autorizações de procedimentos de alta complexidade para cada Estado (CARIAS et al, 2011).

Conforme informam os pesquisadores, até 1993, o programa fornecia medicamentos a pacientes transplantados e renais crônicos. A partir desse ano, o modelo de lista passou a ser adotado, constando 15 fármacos, em 31 apresentações farmacêuticas.

²⁴⁶ Segundo os autores, “o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional teve início em 1982 e fornece medicamentos para o tratamento de doenças específicas, que atingem número limitado de pacientes. Na maioria das vezes, tais drogas são utilizadas por períodos prolongados.” (CARIAS et al., 2011, p. 235)

Em 2002 foram incluídos 64 fármacos em 155 apresentações farmacêuticas, pois foi criada, em 1999, a *Comissão de Assessoria Farmacêutica*²⁴⁷, que tem como finalidade estabelecer critérios técnicos para seleção, inclusão, exclusão e substituição de medicamentos excepcionais da tabela SIA/SUS.

Neste período (2001-2002) o Ministério da Saúde também divulgou protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, com o objetivo de estabelecer os critérios de diagnóstico de cada doença, critérios de inclusão e exclusão de pacientes ao tratamento, as doses corretas dos medicamentos indicados, bem como os mecanismos de controle, acompanhamento e avaliação. Naquele momento foram contempladas 30 doenças e, desde então, o programa continuou passando por importantes transformações²⁴⁸, conforme concluem os autores:

Como consequência a todas essas modificações ao longo dos anos, doenças que antes não tinham tratamento disponibilizado pelo SUS passaram a ser contempladas por meio desse Programa. Assim, a cobertura de atendimento passou de três principais classes de doenças (transplantados, renais crônicos e portadores de nanismo hipofisário) para 288 doenças atendidas pelo Programa, conforme a CID-10. (CARIAS et al., 2011, p. 236).

Atualmente, para que novos medicamentos sejam incorporados ao Programa, é necessário utilizar os preceitos da medicina baseada em evidências. Desta forma, os solicitantes devem apresentar estudos que demonstrem a eficácia e segurança do medicamento, além de sua vantagem com relação à opção terapêutica disponibilizada (maior eficácia ou segurança ou menor custo), ou oferecer concorrência dentro de um mesmo subgrupo, como estratégia reguladora de mercado (CARIAS et al., 2011).

Percebe-se, portanto, que o processo não é tão simples. Assim, quando se contrapõe essa pesquisa com aquela da judicialização da saúde, acima examinada, percebe-se a influência negativa das decisões judiciais em caráter individual sobre as políticas públicas de saúde, especialmente em relação ao programa de distribuição de medicamentos.

Conforme Carias e outros. (2011), no período de 2000 a 2007, o Ministério da Saúde aumentou em aproximadamente 106% seus gastos com os medicamentos do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional²⁴⁹. Os autores informam que as secretarias estaduais de saúde também têm cofinanciado este Programa, porém, os dados

²⁴⁷ A Comissão, que é vinculada à Secretaria de Assistência à Saúde (SAS), é bastante representativa, pois além dos representantes desta Secretaria, contam com membros da Secretaria de Políticas de Saúde, da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde e do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde.

²⁴⁸ Em 2009 a lista contava com 109 fármacos e 243 apresentações farmacêuticas (CARIAS et al., 2011).

²⁴⁹ Deve-se ressaltar que há, ainda, o Componente básico da assistência farmacêutica, que contempla os medicamentos destinados para a atenção básica da saúde.

trazidos não incluem os valores gastos pelos Estados, somente aqueles aprovados pelo Ministério da Saúde.

Carias e outros (2011) trazem uma importante discussão com base nesta pesquisa. O Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional apresentou mudanças significativas e, com a evolução técnico-científica mundial ocorrida ao longo desses anos, transformou-se em porta de entrada aos novos medicamentos desenvolvidos para tratamento de doenças que, até então, não tinham cobertura pelo SUS. Essa transformação beneficiou a população brasileira, que passou a ter acesso gratuito ao tratamento de doenças que oferecem alto risco à saúde.

Por outro lado, os novos medicamentos chegam com preços elevados ao mercado e suas inclusões no período analisado tiveram grande impacto nos gastos do Ministério da Saúde, de acordo com o estudo (CARIAS et al., 2011). Neste sentido, os gestores e a equipe técnica encontram-se diante de uma questão fundamental, que é escolher qual ou quais medicamentos serão fornecidos, dentro de uma classe terapêutica, destinada para o tratamento de uma mesma doença. A reflexão dos autores sobre o assunto:

Considerando os princípios de saúde pública de garantir o melhor atendimento para a maioria da população e considerando que os recursos destinados a esse fim são finitos, a avaliação bastante detalhada torna-se cada vez mais necessária. Alternativas custo-efetivas devem ser buscadas de modo a proporcionar maior racionalidade ao uso desses medicamentos. A escolha adequada de poucos e efetivos itens abre espaço para o fornecimento de outros medicamentos destinados ao tratamento de doenças que ainda não apresentam cobertura pelo SUS. (CARIAS et al, 2011, p. 238).

Os pesquisadores também alertaram para as consequências negativas das decisões judiciais sobre o Programa, que se mostra importante transcrever:

O Ministério da Saúde tem conseguido racionalizar o uso dessas novas tecnologias por meio da publicação dos Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas. Porém, na atualidade, usuários do sistema, médicos, laboratórios farmacêuticos e Poder Judiciário exercem grande pressão para fornecimento dos medicamentos assim que eles surgem no mercado. A individualidade se sobrepõe à coletividade, o que dificulta a organização dos serviços. (CARIAS et al, 2011, p. 238).

Carias e outros (2011) concluem o estudo com a indicação de que o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional (atual componente especializado de assistência farmacêutica) deve estar em constante transformação, buscando aprimorar os instrumentos e estratégias que assegurem e ampliem o acesso da população aos serviços de saúde, dada sua grande importância na saúde pública do país. Entretanto, é necessário buscar

alternativas para reduzir o impacto financeiro do Programa para que não haja prejuízos às outras áreas do sistema de saúde, dado o custo elevado das novas tecnologias.

O excesso de processos judiciais com pedidos de prestações fundamentadas no direito à saúde preocupa o próprio Poder Judiciário, que vem estudando critérios e se esforçando para não prejudicar ainda mais o sistema de saúde brasileiro, como se atentou o Min. Gilmar Mendes:

O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. (BRASIL, 2010a, p. 81)²⁵⁰.

Tal preocupação levou o Ministro Gilmar Mendes, presidente do STF em 2009, a convocar uma audiência pública²⁵¹ para subsidiar o julgamento de processos²⁵² que discutiam a concretização do direito à saúde, a partir do oferecimento de medicação e tratamento pelo Poder Público, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde.

Em 17/03/2010, nove processos foram julgados sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, que expressamente citou a consideração das experiências e dos dados colhidos na audiência pública para analisar as questões complexas. A discussão que serviu de base para os outros processos se estabeleceu no julgamento do Agravo Regimental na STA n. 175 (BRASIL, 2010a).

A primeira conclusão que o Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2010a) extraiu da audiência pública é que a intervenção judiciária, nesses casos, não ocorre em razão de uma absoluta omissão em matéria de políticas públicas. Cuida-se, segundo Mendes, na maioria das vezes, de necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Por esse motivo, Mendes alertou para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão:

²⁵⁰ Voto do Ministro Gilmar Mendes, como relator no Agravo Regimental na STA n. 175, julgada em 17/03/2010.

²⁵¹ Realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

²⁵² Processos de referência para a convocação da audiência pública: SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355.

Esse dado pode ser importante para a **construção de um critério ou parâmetro para a decisão** em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. [...]

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação. (BRASIL, 2010a, p. 92-93).

Outra conclusão proveniente da Audiência Pública se refere à vedação no fornecimento de fármaco sem registro na ANVISA. Assim, a Administração Pública não pode disponibilizar medicamento sem registro na ANVISA, como garantia da saúde pública. Desta forma, o juiz deve analisar, também, essa condição para determinar que o SUS ofereça o produto.

De acordo com Mendes (BRASIL, 2010a), outro critério a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Por isso, recomenda o Min. Gilmar Mendes que o juiz, ao analisar o pedido de medicamento ou tratamento em desconformidade com os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas deve ter cautela, pois pode ser o caso de contrariedade com o consenso científico vigente, o que desautoriza a inclusão de determinada prestação de saúde pelo SUS.

Neste sentido, Mendes mostra-se preocupado com o deferimento de tais prestações de saúde, sem análise adequada, o que pode prejudicar o atendimento médico de parcela da população mais necessitada:

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. (BRASIL, 2010a, p. 95)

Ressaltou o Min. Mendes, no entanto, que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são passíveis de questionamentos judiciais. Assim, o paciente pode demonstrar que por razões específicas do seu organismo o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso, permitindo-se, então, nesses casos excepcionais, que se decida por medida diferente daquela custeada pelo SUS.

Se o tratamento não for oferecido pelo SUS por se tratar, ainda, de experimento (sem comprovação científica de sua eficácia), o Judiciário não poderá condenar que a Administração Pública o ofereça, pois o acesso deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido. Maior cautela deve ter o julgador no caso de novo tratamento, ainda não incorporado pelo SUS. É fato que a aprovação de novas indicações terapêuticas e sua inclusão nos Protocolos Clínicos pode ser muito lenta, o que pode causar a exclusão de pacientes do SUS ao tratamento, em comparação à iniciativa privada. Neste sentido, o Min. Gilmar Mendes reforçou a necessidade de ampla produção probatória para o julgamento:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. (BRASIL, 2010a, p. 97).

Com base na Audiência Pública, o Min. Gilmar Mendes também concluiu pela responsabilidade solidária entre os entes federados no que tange às prestações de saúde²⁵³. Contudo, está aguardando julgamento a Proposta de Súmula Vinculante n. 4²⁵⁴, que prevê a citada solidariedade, com o seguinte teor: “É solidária a responsabilidade dos entes federativos para o fornecimento de medicamento e tratamento médico das pessoas carentes.”.

A Audiência Pública sobre Saúde também provocou a criação de três importantes normativas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A primeira é a Recomendação n. 31, de 30/03/2010, dirigida aos Tribunais de Justiça do Estado e Tribunais Regionais Federais, para adotar medidas que visem melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. A maioria das medidas coincide com os critérios relacionados pelo Ministro Gilmar Mendes no Agravo Regimental na STA n. 175. Além daquelas, está a fixação de convênios para disponibilizar apoio técnico, composto por médicos e farmacêuticos, para auxiliar os

²⁵³ “Após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública – Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária.” (BRASIL, 2010a, p. 99).

²⁵⁴ A tramitação da referida Proposta de Súmula Vinculante foi suspensa por decisão da Min. Ellen Gracie, então Presidente da Comissão de Jurisprudência, e está aguardando a apreciação de mérito do RE 566.471 (DJe 26/08/09), no qual serão fixados parâmetros de observância obrigatória considerado o fornecimento de medicamentos de alto custo. Já foi reconhecida a repercussão geral no citado Recurso Extraordinário.

magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes.

A segunda normativa do CNJ é a Resolução n. 107, de 06/04/2010, que institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

O CNJ ainda publicou a Recomendação n. 43, de 20/08/2013, a fim de que os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar, considerando que a judicialização da saúde envolve questões extremamente complexas, a exigir a adoção de diversas medidas interdisciplinares e intersetoriais (BRASIL, 2013b).

A preocupação do Judiciário reforça o pensamento de Michael Dorf (1998), ao defender a necessidade de deferência dos tribunais quanto às decisões dos atores políticos, como o Congresso e as agências administrativas, e de Cass Sunstein, ao defender o minimalismo judicial quando os tribunais estão diante de matéria de alta complexidade, entre essas, quando há carência de informação relevante.

Por tudo isso, percebe-se que a satisfação dos direitos sociais, principalmente, depende de variáveis estranhas ao direito, tais como a macroeconomia, a organização dos setores produtivos, a inserção do Estado na economia mundial. Assim, Maria Paula Dallari Bucci, ao mencionar os críticos da constitucionalização excessiva de direitos sociais: “para os países em desenvolvimento, o rol de direitos inspirado nas Declarações Internacionais e nos textos constitucionais dos países avançados constitui ideal irrealizável, em vista dos meios disponíveis.” (BUCCI, 2006, p. 4).

Desta feita, cabe destacar, então, a teoria da reserva do possível, que “procura identificar o fenômeno econômico da limitação de recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.” (BARCELLOS, 2002, p. 236). Não há como negar que os direitos subjetivos a prestações materiais pelo Estado estão sujeitos à disponibilidade dos recursos públicos, o que depende de decisões políticas, isto é, escolhas discricionárias do administrador público.

O Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004) explica que a discussão sobre a efetividade dos direitos sociais sempre esbarra no argumento da reserva do possível e no princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária:

Em outras palavras, as prestações positivas exigíveis ao Estado no tocante a direitos sociais e econômicos se submeteriam necessariamente aos seguintes condicionamentos: a) gradualidade na sua concretização; b) disponibilidade financeira/orçamentária prévia; c) liberdade de conformação pelo legislador; d) insuscetibilidade de controle jurisdicional de programas políticos legislativos. (CRUZ, 2004, p. 241, nota 126).

É claro que a limitação de recursos não pode ser justificativa isolada a fim de sobrepor à fundamentalidade dos direitos sociais. Portanto, conforme concluem Grinover e Sica (2014, p. 14), “os recursos escassos devem ser distribuídos para que sejam aplicados em diferentes áreas, conforme determinadas prioridades.”

Por outro lado, há de se concordar com o Prof. Bernardo Augusto Ferreira Duarte (2012), que alerta para a necessidade urgente de se levar a sério a questão orçamentária para a consolidação do âmbito normativo dos direitos fundamentais.

Aliás, todo e qualquer tipo de política pública na área da saúde – como a abertura de concursos públicos para a efetivação de médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, psicólogos, etc. na rede pública, a realização de mais convênios e contratos públicos com a rede privada, ou, ainda, a construção de novos hospitais e pronto-atendimentos administrados pelo Estado – depende justamente da existência do suporte econômico-financeiro que advém da partilha orçamentária. E, infelizmente, a parcela orçamentária destinada à saúde pública, tendo em conta as três esferas do governo, não supera o orçamento do setor privado, responsável pela assistência de uma gama muito menor de pessoas. (DUARTE, 2012, p. 357)

Como ressaltado por Duarte (2012), a saúde pública não se restringe a fornecer medicamentos gratuitamente à população. Outras políticas públicas tão importantes quanto essa, inclusive de prevenção, devem ser executadas. Por isso, a atuação judicial sobre as políticas públicas é imprópria, uma vez que cabe ao Poder Executivo formulá-las, dentro de marcos definidos pelo Poder Legislativo. O juiz não possui condições de avaliar os reflexos de sua decisão, em processos individuais, para o restante do sistema de saúde:

A atuação judicial, via de regra, tem o efeito de pulverizar os pleitos por direitos. Na medida em que o juiz não está vinculado à lógica da disponibilidade dos meios, como está o Poder Executivo, as consequências de uma decisão judicial específica sobre o universo de direitos alheio aos limites da lide são imprevisíveis. (BUCCI, 2006, p. 33).

Assim, os juízes precisam considerar as consequências em sentido macro de suas decisões voltadas ao direito à saúde. Segundo Duarte (2012), os autores da “nova guarda” do Direito Constitucional, como Gustavo Amaral, Luís Roberto Barroso, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Cláudio Pereira de Souza Neto e o próprio Bernardo Duarte, defendem essa ideia.

Diante das questões ora expostas, sobre o excesso de decisões judiciais e suas influências para as políticas públicas de saúde, no próximo tópico será discutida a hipótese de aplicação do minimalismo judicial de Cass Sunstein às decisões relacionadas ao direito à saúde.

6.4 A aplicação do minimalismo de Cass Sunstein em julgamentos relacionados às políticas públicas de saúde

Nos tópicos deste capítulo 6 foi possível identificar o que são políticas públicas, concluindo que se trata de um tema mais afeto à Política e à Administração Pública. Todavia, com o rigor metodológico da Profa. Maria Paula Dallari Bucci (2013), política pública, no contexto jurídico, deve ser compreendida como programa de ação governamental.

Assim, após analisar todo o histórico do direito à saúde no Brasil e sua evolução como direito social, constitucionalizado a partir de 1988, bem como o conceito adotado pela OMS e pela própria Constituição do Brasil, identificou-se que o Sistema Único de Saúde consiste em uma política pública, bem como existem outras políticas na área de saúde, sendo uma das mais importantes aquela sobre distribuição de medicamentos à população.

Constatou-se que a constitucionalização do direito à saúde levou à judicialização. Assim, com base em pesquisa citada, verificou-se os efeitos negativos da individualização de excessivas demandas judiciais por prestações subjetivas de saúde, pois afetam as políticas públicas específicas, que têm por objetivo atender de forma universal e igualitária a população brasileira. Portanto, tal individualização demonstrou a ênfase no exercício das liberdades individuais na relação com a sociedade, o que levou à reflexão deste efeito na perspectiva do filósofo Jean Paul Sartre.

Destarte, diante do problema político, econômico e social causado pelo ativismo judicial de decisões individuais sobre prestações de direito à saúde, especialmente em relação aos pedidos de medicamentos, conforme demonstrado, cuja política pública pareceu ser bem estruturada em vários suportes legais, pretende-se identificar se é possível que essas decisões judiciais sejam minimalistas, conforme definição do Prof. Cass Sunstein.

Para isso, primeiramente é necessário retornar ao entendimento de ativismo judicial no Brasil, que consiste na transposição de limites, pelo Poder Judiciário, das suas funções jurisdicionais. Conforme visto anteriormente, vários fatores podem impulsionar a conduta ativista (RAMOS, 2013).

Neste sentido, em relação ao direito à saúde, que é um direito social expressamente constitucionalizado, os fatores mais citados como estimulantes do ativismo judicial, com a intervenção do Judiciário em políticas públicas de saúde, são a ineficiência da Administração Pública em adotar as providências normativas adequadas à concretização do projeto social-democrático previsto na Constituição e, ainda, o modelo de Estado-providência, intervencionista, também prestigiado na Constituição de 1988. Assim, se o Estado não prover a saúde como previsto constitucionalmente, isto é, “direito de todos e dever do Estado”, a sociedade pressiona o Judiciário para acelerar a consecução dos fins constitucionais, inclusive com a imediata fruição dos direitos sociais. O Judiciário, nessas condições, transpassa seus limites jurisdicionais e tenta concretizar o programa constitucional.

Conforme a identificação dos indicadores de ativismo judicial pelo norte-americano William P. Marshall, pode-se concluir que em relação ao direito à saúde, os indicadores mais frequentes são o ativismo jurisdicional e o ativismo remedial ou corretivo. Desta forma, os juízes ignoram os limites jurisdicionais e expandem sua jurisdição (jurisdicional) ou usam do seu poder para impor obrigações afirmativas contínuas sobre os outros Poderes (remedial ou corretivo), com o fim de assegurar o direito fundamental pretendido e garantir a supremacia da Constituição.

Para Barroso (2012), o ativismo judicial decorre da retração dos Poderes representativos, impedindo o atendimento efetivo de demandas sociais. Nesta dimensão também se encontra o entendimento de Habermas, que critica a conduta ativista devido à lesão à divisão funcional dos poderes. Para o filósofo alemão o ativismo judicial é uma anomalia. Entretanto, Habermas (2001) reconhece que pode ser indispensável a conduta do Judiciário, com as cautelas necessárias, numa zona intermediária entre a produção legislativa propriamente dita e a aplicabilidade do direito e dos discursos jurídicos que devem se complementar de maneira clara, tomados dos discursos de fundamentação.

Habermas (2001) destaca, ainda, que respectivos elementos dos discursos de fundamentação, aos quais denomina de elementos de uma formação quase legisladora da opinião e da vontade, necessitam de uma distinta legitimação. Habermas não indica esse tipo diferente de legitimação e apenas exemplifica, indicando a possibilidade da institucionalização de um espaço público-jurídico que transcenda a cultura atual de especialistas e que tenha sensibilidade para converter decisões controversas de princípios problemáticos, por meio de um *forum* jurídico ampliado.

Esse espaço público-jurídico ou *forum* jurídico ampliado, proposto por Habermas (2001), dar-se-á, necessariamente, no mundo da vida (*Lebenswelt*). Mundo este que

proporciona não somente uma função de formador de contexto, mas oferece, sobretudo, provisões de convicções aos quais os participantes no discurso comunicativo recorrem para a formação de um consenso, de um entendimento, como se depreende:

[...] o mundo da vida não tem somente a função de formação de contexto. Oferece por sua vez uma provisão de convicções, nas quais os participantes na comunicação recorrem para sustentar com interpretações suscetíveis de consenso ante a necessidade de entendimento surgida em uma determinada situação. Como recurso, o mundo da vida cumpre, pois, um papel constitutivo nos processos de entendimento. (HABERMAS, 2001, p. 495, tradução nossa)²⁵⁵.

Portanto, o mundo da vida torna-se recurso indispensável nos processos hermenêuticos do direito, haja vista ser um acervo linguístico organizado, que se produz na forma de uma tradição cultural. É pois, no mundo da vida, que se buscará a legitimidade do direito no embate entre a autonomia privada e a autonomia pública. Para Habermas (2001), somente o direito legítimo, que se dá através da teoria do discurso do direito, com auxílio de procedimentos e pressupostos comunicativos institucionalizados juridicamente, encerra o círculo entre a autonomia privada e a autonomia pública.

O direito materializado no mundo da vida caracteriza-se por uma ambivalência de, ao mesmo tempo, assegurar a liberdade e, por outro lado, da subtração da própria liberdade, culminando dessa forma na dialética entre a liberdade jurídica e a liberdade fática²⁵⁶. Trata-se, portanto, de uma dialética circunstanciada e inerente ao próprio processo de juridicização do Estado.

Assim, a autodeterminação individual, para Habermas (2001), está permeada por esta dialética, haja vista que esta mesma autodeterminação individual constitui-se como exercício de direitos derivados de normas legitimamente produzidas. Portanto, a ideia de uma sociedade justa deve levar consigo a promessa de uma emancipação e dignidade humana, haja vista que *numa comunidade jurídica ninguém pode ser considerado livre enquanto a liberdade de alguns tenha de ser paga ao preço da opressão da liberdade dos outros*.

Diante das ideias habermasianas acima expostas, cabe buscar as indicações de Sunstein (1999) para o minimalismo judicial, expostas anteriormente. Na presente discussão

²⁵⁵ “(...) el mundo de la vida no sólo tiene la función de formar contexto. Ofrece a la vez una provisión de convicciones, a la que los participantes en la comunicación recurren para cubrir con interpretaciones susceptibles de consenso la necesidad de entendimiento surgida en una determinada situación. Como recurso, el mundo de la vida cumple, pues, un papel constitutivo en los procesos de entendimiento”.

²⁵⁶ Habermas (2001) analisa a conhecida ‘Carta feminista’, em que 2.000 delegadas de diversas procedências sociais, étnicas e regionais votaram em Houston (Texas), no ano de 1977, um catálogo de exigências das demandas do movimento feminista. Ao se impor a equiparação formal em diversos âmbitos sociais, pode-se observar notadamente a dialética da igualdade jurídica e a igualdade fática, conduzindo a normatização especial em todo o direito social, como o direito do trabalho e o direito de família.

sobre direito à saúde, interessa a indicação do minimalismo quando o juiz estiver diante de casos que ele não tem informação suficiente que justifique a confiança em uma decisão. O interesse neste aspecto se determina, pois o juiz não tem como conhecer os aspectos técnicos e econômicos que levaram a Administração Pública a escolher determinadas ações governamentais em detrimento de outras, a fim de alcançar os fins desejados com uma política pública.

Como visto na análise da política pública de distribuição de medicamentos, vários critérios são levados em consideração: desde a influência internacional, como a orientação da OMS/ONU, às condições epidemiológicas locais. Referem-se, portanto, a decisões discricionárias do administrador público, ou seja, questão de política.

O Prof. Michael C. Dorf (1998) também compartilha deste entendimento. Os tribunais devem adotar posição de respeito quanto às decisões tomadas pelos agentes do Executivo, que estão mais capacitados para analisar a mudança de valores e atitudes públicas, devido a sua especialização. Dorf (1998) está tratando das decisões de agências administrativas nos EUA, que são consideradas, pelo autor norte-americano, mais capazes para observar as mudanças da sociedade em comparação aos tribunais.

[...] na medida em que elas [agências administrativas] são entendidas como agentes do Poder Executivo, compartilham sua natureza democrática e recebem deferência sobre aquela base. Ao reduzir a quota geral de responsabilidade da Corte na elaboração de normas legais, o padrão de deferência do período moderno responde ao entendimento dos limites da Corte de suas próprias capacidades e legitimidade. (DORF, 1998, p. 47, tradução nossa)²⁵⁷.

É possível comprovar a falta de informação do juiz, ao analisar demandas por prestações de direito à saúde, nas discussões ocorridas no Ciclo de Debates sobre judicialização da saúde, realizado na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, nos dias 14 e 15 de setembro de 2015. Entre os objetivos traçados para o evento estava a busca de qualificação da judicialização, fortalecendo parcerias e iniciativas para a estruturação de uma rede de apoio técnico ao sistema de Justiça que auxilie a tomada de decisão para a resolução de demandas judiciais. Assim, foi discutida, inclusive pelos próprios magistrados, a necessidade do suporte técnico aos julgadores²⁵⁸. Viu-se, na verdade, que esta já era uma

²⁵⁷ “(...) to the extent that they are understood as agents of the Executive branch, they share in the democratic nature of that branch and receive deference on that basis. By reducing the Court's overall share of responsibility in the elaboration of legal norms, the deference default of the modern era responds to the Court's understanding of the limits of its own abilities and legitimacy.”

²⁵⁸ Informações extraídas no sítio jornalístico Agência Minas Gerais, vinculado à Superintendência de Imprensa do Governo de Minas Gerais. Disponível em:

recomendação do CNJ desde 2010, como reflexo da audiência pública convocada pelo Presidente do STF e realizada em 2009.

Além disso, não existe consenso sobre o conteúdo das prestações subjetivas do direito à saúde. Por isso, já que a Constituição prescreve que a *saúde é direito de todos e dever do Estado*, qualquer tipo de prestação vem sendo pretendida judicialmente. Como visto, os pedidos por medicamentos que não estão nas listas oficiais lideram o número de ações judiciais, mas também existem pedidos de fraldas, intervenções cirúrgicas, vagas de internação, entre outros. Existem, entretanto, alguns pedidos que se destacam, principalmente pelo seu custo financeiro, como, por exemplo, tratamentos e intervenções cirúrgicas em outro país ou, o fornecimento de medicamentos que ainda não chegaram ao Brasil.

Por isso, é necessário que o juiz avalie os custos de sua decisão. Sunstein não está se referindo apenas aos custos econômicos. Todavia, na questão das políticas públicas de saúde este aspecto necessariamente deve ser analisado, conforme ressalta a Profa. Maria Paula Dallari Bucci:

O efeito indesejado que pode decorrer desse fato é o deslocamento (e desorganização) do processo de seleção de prioridades e reserva de meios, cerne da construção de qualquer política pública, dos Poderes Executivo e Legislativo, onde se elabora o planejamento e se define, como consequência, o orçamento público, segundo uma ótica global, para o contexto isolado de cada demanda judicial, cuja perspectiva, mesmo nas ações coletivas, é do indivíduo ou grupo de indivíduos (ou talvez de uma comunidade, mas nunca ou quase nunca com a mesma abrangência das leis orçamentárias, de âmbito municipal, estadual ou federal). (BUCCI, 2006, p. 36)

Desta feita, acredita-se que o minimalismo promotor da democracia deliberativa, uma das espécies do minimalismo procedimental proposto por Sunstein (1999), pode ser adequado para a questão do ativismo judicial da saúde. A decisão do juiz não deve impedir a evolução, a adaptação e a troca argumentativa que tendem a acompanhar a reforma social permanente.

De acordo com o que já foi exposto, a política de distribuição de medicamentos à população é estruturada de forma participativa e deliberativa. Há a possibilidade dos Municípios, através dos Conselhos Municipais de Saúde, indicarem medicamentos para inclusão na lista do Ministério da Saúde (RENAME). Após avaliação técnica e todos os procedimentos necessários para inclusão, o medicamento poderá ser fornecido à população.

Bernardo Duarte (2012) também reforça a importância da gestão democrática do sistema de saúde, que pode contribuir para a formação dialógica das políticas públicas, bem como o incentivo para o controle social da constituição e execução das mesmas.

Sunstein (1999) reforça que a democracia deliberativa possui dois objetivos, que são a responsabilidade política e a motivação. As decisões judiciais ativistas não promovem aqueles objetivos, mas, ao contrário, tiram dos sujeitos a responsabilidade, a oportunidade de decidir para todos, de forma que haja respeito mútuo entre as escolhas.

Assim, quando o Judiciário decide implementar políticas públicas, como, por exemplo, exigir que o Estado forneça determinado medicamento não constante na lista oficial, retira das mãos dos atores, no caso a sociedade civil organizada, a oportunidade de escolher e decidir pelas melhores políticas públicas.

Cumpre finalizar esse tópico destacando, assim, que a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento das políticas públicas conta, cada vez mais, com a participação ativa da sociedade civil organizada, fator que deve ser sempre considerado em qualquer análise que se faça sobre o tema. (AITH, 2006, p. 234).

Não cabe ao juiz analisar se a política pública é adequada ou não, pois de acordo com a Profa. Maria Paula Dallari Bucci, a proposição constitucional centra-se na proteção a direito. Logo, o Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos. “Excluem, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública.” (BUCCI, 2006, p. 31).

Retornando à dialética entre a liberdade jurídica e a liberdade fática de Habermas, bem como a perspectiva sartreana de liberdade, o indivíduo que escolha a via judicial, bem como o juiz que decida a favor daquele indivíduo, em sua prestação individual de direito à saúde, não observa o outro, que também necessita da mesma ou de outras prestações. Esta reflexão é feita por Alcindo Gonçalves:

Dessa maneira, o aumento da litigância processual seria provocado pelo individualismo capitalista e o rompimento com laços sociais anteriores — família, Igreja, Estado Provedor etc. Tudo o que era antes controlado pela relação interpessoal passa a ser regido por um contrato jurídico, com a invasão do direito de arenas que eram exclusivas de outras instituições sociais. E é importante salientar que a interferência judiciária é um fenômeno facilitado, na prática, pelos próprios políticos. A inflação legislativa tem um rebatimento imediato no Judiciário, já que aumenta a área de atuação do mundo jurídico. E o resultado disso é que o cidadão individualizado não mais se envolve em questões de mobilização social e a justiça se torna um verdadeiro balcão de queixas sociais: “A dimensão coletiva do político

desaparece. O debate judiciário individualiza as obrigações: a dimensão coletiva certamente se expressa aí, porém de maneira incidental. Ela encoraja um engajamento mais solitário do que solidário”. (GONÇALVES, 2006, p. 95).

Assim, o direito à saúde, universal e igualitário, daquele indivíduo que não demandou judicialmente, está sendo violado. Há de se analisar, ainda, que, conforme a pesquisa de Grinover e Sica (2014), a maioria dos processos foi representada pela defensoria pública ou por advogados particulares. Deve-se considerar, todavia, o déficit nacional de defensores públicos, principalmente nos municípios interioranos. Por este ângulo, então, apenas quem puder arcar com os honorários de um advogado particular poderá exercer o direito à saúde.

Voltando ao entendimento de ativismo judicial no Brasil, que está relacionado, em sua magnitude, à retração dos Poderes representativos, viu-se que, especificamente no caso da política de medicamentos esse fato não ocorre. A política de medicamentos, tanto de saúde básica quanto os excepcionais, é bem estruturada. Os pedidos judiciais, como visto na pesquisa de Carias et al (2011), se referem, na maioria, aos medicamentos de alto custo (excepcionais).

Para processos que tratam de questões com alto grau de complexidade, o que se revela neste caso, pela matéria política, que foge ao direito, a hipótese do minimalismo judicial, proposto por Cass Sunstein é adequada, principalmente pela característica de promoção da democracia deliberativa.

Compartilha-se aqui a ideia defendida por Bernardo Duarte (2012):

Se nossa intenção for, verdadeiramente, construir no Brasil um Estado Democrático e de Direito, precisaremos nos dar conta de que, talvez, isso demande mais participação efetiva da sociedade civil, controle social e equilíbrio/harmonia entre as funções estatais do que a “tutela” paternalista irrefletida do menos democrático dos Poderes. Trabalhar *limites* à discricionariedade judicial, na busca pelo **controle da validade dos argumentos manejados nessa seara**, com o intento de perseguir um discurso cada vez mais legítimo no controle jurisdicional das políticas públicas é, em nossa ótica, uma das formas de zelar por esse equilíbrio e pela construção de uma democracia constitucional. (DUARTE, 2012, p. 255)

Desta forma, de acordo com o juiz federal Eduardo Appio, a principal função do Poder Judiciário no contexto político deste século será a de permitir a efetiva participação de grupos e segmentos da sociedade que não têm acesso aos canais de comunicação com o poder político. “Neste sentido, não cabe ao Poder Judiciário se utilizar de uma discricionariedade política quando do exame das omissões do Estado, mas sim, possibilitar que o jogo político se desenvolva a partir de regras equitativas que considerem com igual respeito todos os cidadãos.” (APPIO apud BUCCI, 2006, p. 33).

7 CONCLUSÃO

A proposta principal da presente tese foi apresentar e analisar a conduta judicial minimalista, conforme a perspectiva do Professor norte-americano Cass R. Sunstein, considerado um dos maiores defensores dessa conduta. Diante do estudo detalhado do minimalismo judicial, fundamentado em diversos trabalhos de Sunstein, buscou-se verificar se era possível sua aplicação pelos juízes no contexto brasileiro e, mais ainda, nas decisões judiciais referentes ao direito à saúde.

Uma vez que o minimalismo deve ser estudado juntamente com o ativismo judicial, o capítulo inicial desta tese descreveu como surgiu o termo ativismo judicial, com origem nos EUA, em 1947. Naquele momento a ideia restringia-se à rotulagem dos juízes da Suprema Corte em liberais, conservadores e intermediários. Os primeiros adotavam um viés político liberal, de caráter progressista e de conquista de direitos. Já os segundos defendiam uma política de autorrestrição judicial, limitando-se a respeitar os atos do Poder Legislativo e Executivo. Verificou-se, então, tratar-se de uma classificação com caráter meramente ideológico.

A partir dessa primeira definição, que não era acadêmica, constatou-se, prontamente, que as polêmicas sobre o ativismo judicial começam na própria definição do que representa uma conduta judicial ativista. Assim, deu-se sequência na análise da compreensão do ativismo judicial no capítulo 2.

Verificou-se que a conduta ativista pode ser definida através de um caráter normativo ou descritivo. Na acepção normativa avalia-se a atuação dos tribunais como boa/correta ou ruim/excessiva. Na acepção descritiva verifica-se a atuação judicial a partir de determinados indicadores. Concluiu-se, assim, que a maioria dos estudos norte-americanos opta por definir o ativismo judicial através de indicadores, tal como apresentados nos trabalhos de Keenam Kmiec (2004) e William Marshall (2002). Neste sentido é possível constatar que o *termo* ativismo judicial nos EUA é considerado como um conjunto de visões referentes à natureza da interpretação constitucional e o papel institucional da Suprema Corte.

Diante da noção de ativismo judicial nos EUA, ainda no segundo capítulo buscou-se explicar as formas como ele se apresenta, tal como ativismo liberal, conservador, de direita e de esquerda, bem como a ilustração de casos conhecidos na jurisprudência norte-americana.

Para concluir o capítulo 2 o estudo voltou-se para o ativismo judicial no Brasil. Algumas diferenças substanciais entre o Brasil e os EUA foram importantes neste exame. A primeira se refere aos sistemas jurídicos, pois no Brasil adota-se o civil law ou sistema

romano-germânico, enquanto nos EUA prevalece o common law. Nesse sentido, a análise do ativismo judicial passa pelo papel institucional que se atribua ao Poder Judiciário em cada sistema.

A segunda diferença baseia-se no aspecto histórico e político do Poder Judiciário no Brasil. As decisões com caráter ativista podem ser encontradas nos EUA desde o século XIX, com o caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Por outro lado, no Brasil, o processo histórico levou o Poder Judiciário, durante o Estado Novo (1937-1945) e a ditadura militar (1964-1985), a um passivismo. A partir da Constituição de 1988 e fatores como a constitucionalização de vários direitos e a redemocratização, surge o fenômeno de expansão do Poder Judiciário em detrimento dos outros Poderes, denominado *judicialização*. Os juízes passam a se manifestar sobre temas que antes não eram de sua competência, como política e relações sociais.

Neste contexto os juízes também passam a adotar uma conduta proativa na interpretação da Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, a fim de concretizar valores e fins constitucionais (BARROSO, 2012), ultrapassando, então, as linhas demarcatórias de sua função, o que consiste em *ativismo judicial*.

Assim, enquanto nos EUA o ativismo judicial está relacionado ao papel institucional atribuído ao Judiciário no sistema do common law, no Brasil outros fatores impulsionam a conduta ativista, tal qual explicado por Ramos (2013): a ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo em adotar as medidas normativas adequadas para concretizar os direitos e garantias constitucionais, reforçado pela adoção do modelo de Estado intervencionista; a intensificação do controle abstrato de normas; o neoconstitucionalismo, que permite ao julgador potencializar o efeito das normas-princípio, construindo-as conforme suas convicções axiológicas; e a assunção da atividade normativa atípica pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tal como as súmulas vinculantes.

Quanto às condutas judiciais ativistas, considerando a acepção descritiva de Marshall (2002), é possível perceber algumas identidades no Brasil e nos EUA, como o ativismo mediante a criação ou criatividade judicial, pelo qual o juiz aplica a norma constitucional diretamente a situações não contempladas expressamente no seu texto e independentemente de manifestações do legislador ordinário. O ativismo contramajoritário também é visualizado nos dois países, isto é, a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição. Ainda, a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, que pode ser compreendida como ativismo

remedial ou corretivo, e ainda, jurisdicional. Porém, no Brasil não serão identificados o ativismo não-originalista e precedencial (MARSHALL, 2002), que são típicos no direito norte-americano.

No capítulo 3 foram realizados recortes teóricos, a fim de traçar paralelos com teorias que se assemelham ou se opõem ao ativismo judicial. Assim, foram analisados o passivismo ou autocontenção judicial, criação do direito pelo Judiciário e discricionariedade judicial, decisionismo e construtivismo.

Ainda no capítulo 3 foram analisadas quatro abordagens interpretativas do direito constitucional norte-americano: perfeccionismo, majoritarismo, fundamentalismo e minimalismo. Essas abordagens são aplicadas quando há disputas sobre o significado do texto constitucional. Assim, ao ultrapassar certos limites, os tribunais podem, na intenção de dizer o significado do direito, exercer o papel do legislador e praticar alguma forma de ativismo judicial.

No capítulo 4 foram apresentados o histórico, a noção, as características e as formas do minimalismo judicial. Embora o Professor Cass Sunstein seja o maior defensor do minimalismo judicial, ele reconhece que também há certas circunstâncias em que o maximalismo é mais adequado, observadas através de parâmetros abstratos descritos pelo autor. Tais parâmetros devem ser confrontados concretamente, caso a caso, não se podendo apoiá-los ou rejeitá-los em abstrato. Por isso, no capítulo 5 da tese foram selecionadas algumas decisões judiciais para comprovar a adequação ou não de uma conduta minimalista ou maximalista (ativista).

Constata-se que no Brasil há muita desconfiança dos juristas sobre a autorrestrição judicial ou self-restraint, incluindo, assim, o minimalismo judicial, fundamentada na consideração de que essa conduta se opõe aos valores básicos do Estado de Direito, isto é, a certeza, segurança, máxima capacidade de planejamento (MENDES, 2011), que são qualidades conquistadas exatamente por decisões amplas e profundas (maximalistas). Entretanto, Sunstein (1999) defende fortemente o minimalismo judicial quando os tribunais não têm informação que justifique a confiança em uma decisão; quando os custos da decisão restrita não pareçam altos para decisões futuras; e quando os julgamentos minimalistas não criem um sério risco de tratamento desigual (SUNSTEIN, 1999).

Desta forma, se o tribunal estiver funcionando no meio do pluralismo razoável ou fluxo moral, lidando com circunstâncias que mudam rapidamente ou está incerto se uma decisão ampla (geral) pode fazer sentido em casos futuros, Sunstein aposta na conduta

minimalista, a fim de evitar erros e os custos dos erros judiciais. Por isso, o capítulo 4 também foi ilustrado com alguns casos norte-americanos que demonstram a conduta minimalista.

Um importante mecanismo utilizado por juízes minimalistas é o acordo incompletamente teorizado. Sunstein (1996) explica que o consenso no tribunal formado por juízes com diferentes concepções é mais fácil de ser alcançado se as matérias mais profundas, teóricas ou abstratas forem deixadas para decisão da sociedade. Assim, não é necessário entrar em consenso para especificar quando começa a vida, pois tal definição dependerá da concepção individual de cada julgador. No entanto, os juízes podem entrar em consenso sobre a permissão ou proibição do aborto. Neste caso existiria um acordo incompletamente teorizado ou especificado.

Os minimalistas defendem decisões mais superficiais do que profundas, ou seja, os resultados concretos são apoiados por raciocínio modesto e não em teorias abstratas. Deste modo, os juízes podem convergir sobre a decisão para o caso concreto, mesmo com fundamentos diferentes ou quando não tenham certeza sobre os fundamentos adequados. Dessa forma, os juízes minimalistas decidem os casos ao invés de adotar teorias (SUNSTEIN, 1999).

Por outro lado, não se deve concluir que as decisões minimalistas não são fundamentadas, pois há uma grande diferença entre a recusa em dar um argumento ambicioso para uma decisão e a recusa em dar razões. Segundo Sunstein (1999), às vezes a ambição é simplesmente desnecessária, e fundamentações de nível baixo para constituir acordo entre pessoas com diferentes concepções são totalmente suficientes. Essa forma de minimalismo judicial foi observada na decisão da ADPF n. 54, julgada pelo STF. Embora os ministros tenham apresentado diferentes fundamentações, conseguiram chegar a um acordo incompletamente teorizado para o caso concreto, definindo a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Além disso, na visão do Professor Cass Sunstein (1996), o acordo incompletamente teorizado produz maior grau de solidariedade social e compromisso compartilhado, ajudando a construir e consolidar uma cultura democrática.

O minimalismo judicial é promotor da democracia deliberativa. Quando os juízes deixam questões fundamentais sem decidir, permitem que o tema continue em debate, com a evolução, a adaptação e a troca argumentativa que tendem a acompanhar a reforma social permanente. Essa estratégia valoriza o processo legislativo.

Nos capítulos 5 e 6 da tese buscou-se confirmar a hipótese da pesquisa, que é a aplicação do minimalismo judicial às decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro.

No capítulo 5 demonstrou-se que as decisões proferidas pelo STF nos processos sobre cláusula de barreira e infidelidade partidária possuem caráter ativista, provocando efeitos nocivos para a sociedade e o processo democrático. Nesses casos seria mais adequado aplicarem-se decisões restritas, valorizando o self-restraint. Já na discussão sobre a interrupção de gravidez de feto anencéfalo verificou-se, acertadamente, uma decisão com caráter minimalista, pois os ministros conseguiram alcançar um acordo incompletamente teorizado, sem decidir o início da vida ou a permissão/proibição do aborto. Eles decidiram o caso concreto. Quanto à decisão sobre a união estável homoafetiva, constatou-se ativismo judicial. No entanto, com a própria conclusão de Sunstein, diante de determinadas circunstâncias o minimalismo não deve ser adotado. Concluiu-se que neste caso o melhor para a sociedade era uma decisão ativista.

No capítulo 6 buscou-se demonstrar o ativismo judicial nos processos referentes ao direito à saúde. Conforme as pesquisas referenciadas na tese, a maioria absoluta das demandas judiciais individuais é de medicamentos. Assim, os cidadãos que tenham acesso ao Judiciário exercem individualmente o direito ao medicamento que, também na maioria absoluta dos casos, não está na lista oficial do Ministério da Saúde.

A individualização dos processos judiciais referentes ao direito à saúde demonstra a ênfase no exercício das liberdades individuais na relação com a sociedade, a comunidade em que se situa historicamente e, sobretudo, no exercício cada vez mais intenso da reivindicação das respectivas garantias, o que levou à reflexão da alteridade na perspectiva do filósofo Jean Paul Sartre.

Deste modo, concluiu-se que o Judiciário pratica ativismo judicial, pois adota uma conduta proativa na interpretação da Constituição quanto ao direito à saúde, especialmente dos artigos 6º e 196, expandindo o seu sentido e alcance, a fim de concretizar valores e fins constitucionais, quando defere pedidos de medicamentos não constantes nas políticas do Poder Público. Portanto, ultrapassa as linhas demarcatórias de sua função, uma vez que a distribuição de medicamentos é realizada mediante políticas públicas, que visam à realização de objetivos definidos, para os quais são observados a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo esperado para alcançar os resultados.

Por conseguinte, a noção de política pública envolve parâmetros complexos e estranhos ao contexto jurídico, o que exige decisão cautelosa pela falta de conhecimento específico do juiz. Assim, conforme defende Michael Dorf (1998), deve-se privilegiar a deferência às decisões de quem tem maior perícia para elaborar as políticas de fornecimento

de medicamentos, isto é, o Ministério da Saúde e a ANVISA. Ressalte-se que essa política exige vários parâmetros, além de ser discutida com a participação de todos os setores da sociedade envolvidos, começando no nível municipal.

Nesta perspectiva o ativismo judicial pode ser considerado ilegítimo, conforme ensina Sunstein (2003), pois o juiz decide de acordo com suas próprias predileções políticas, interpretando o que ele considera como direito à saúde, e invalida decisões de outros Poderes, no caso específico, as políticas públicas.

Concluiu-se, portanto, que nos processos que discutem direito à saúde há questões com alto grau de complexidade, o que se revela devido à matéria política, que foge ao direito, exigindo, assim, decisões judiciais restritas. Portanto, a hipótese do minimalismo judicial proposto por Cass Sunstein é adequada, principalmente pela característica de promoção da democracia deliberativa.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. Cap. 10, p. 217-245.
- ANDRADE, Eli Iôla Gurgel. Estado e Previdência no Brasil: uma breve história. In: MARQUES, Rosa Maria et al. **A Previdência Social no Brasil**. (Coleção Cadernos da Fundação Perseu Abramo v. 2). São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.
- ANDRADE, Mario Cesar. LEGALE, Siddharta. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. VIEIRA, José Ribas. Juízes como heróis, soldados, minimalistas... ou mudos. **Jota.info**, Brasília, 04 nov. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/juizes-como-herois-soldados-mudos-ou-minimalistas>>. Acesso em: 04 jan. 2016.
- ANGELIS, Daniela de. Writ of certiorari e repercussão geral no recurso extraordinário: considerações acerca da discricionariedade das Supremas Cortes norte americana e brasileira. **Publicações da Escola da AGU**: 2º curso de introdução ao direito americano: fundamental of US Law Course – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, Brasília, ano IV, n. 16, v. 1, mar. 2012, p. 115-128.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BALIARDO, Rafael. MELO, João Ozorio de. Obamacare é constitucional, diz Suprema Corte dos EUA. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/suprema-corte-eua-mantem-lei-reforma-sistema-saude>>. Acesso em: 02 mai. 2015.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Dimensões paradoxais da jurisdição constitucional. In: DANTAS, Bruno et al. **CONSTITUIÇÃO DE 1988: o Brasil 20 anos depois**. Imprensa: Brasília, Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. P. 287-303.
- BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. **Revista do Supremo Tribunal**, Brasília, vol. 2, ago./dez., 1914, p. 393-414. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a3.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2016.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v.5, nº 1, 2012, p.23-32.
- BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica Unijus**, Uberaba-MG, v.11, n. 15, p.13-38, novembro, 2008.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchall. **Dilemas da atuação do poder judiciário**: ativismo judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin. 2012. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BecattiniSRB_1.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.096 de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 05 jul. 2015.

BRASIL. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 191.896-9/PR. Relator: Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**, Brasília, 29 ago. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=232399>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.354-8/DF – Medida Liminar. Relator: Maurício Corrêa. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 mai. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346995>>. Acesso em: 03 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.351-3/DF. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 mar. 2007a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em: 03 mai. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22506, de 06 de fevereiro de 2007. Processo administrativo nº 19731 – Brasília/DF, Relator Francisco Cesar Asfor Rocha. Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos. Distribuição. Critérios. (ADIs Nºs 1.351 e 1.354 – STF). **Diário Eletrônico da Justiça**, Brasília, 13 fev. 2007b. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22526, de 27 de março de 2007. Consulta nº 1.398 – Brasília/DF, Relator Francisco Cesar Asfor Rocha. Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa. **Diário Eletrônico da Justiça**, Brasília, 8 mai. 2007c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22610, de 25 de outubro de 2007. Relator Francisco Cezar Peluso. Regulamentação, processo, perda, cargo eletivo; normas, desfiliação partidária. **Diário Eletrônico da Justiça**, Brasília, 10 dez. 2007d. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar no Mandado de Segurança 26602-3/DF. Relator: Eros Grau. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 ago. 2007e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26602%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a4mlgv3>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26602-3/DF. Relator: Eros Grau. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 out. 2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26603-1/DF. Relator: Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 out. 2008b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26604-0/DF. Relatora: Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 out. 2008c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.999-7/DF. Relator: Joaquim Barbosa. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2584922>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE. Relator: Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 abr. 2010a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 27 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Relator: Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 abr. 2013a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335-5/AC. Relator: Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. **Diário de Justiça Eletrônico/CNJ**, Brasília, 07 abr. 2010b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 107, de 06 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. **Diário de Justiça Eletrônico/CNJ**, Brasília, 07 abr. 2010c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 43, de 20 de agosto de 2013. Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar. **Diário de Justiça Eletrônico/CNJ**, Brasília, 21 ago. 2013b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1823>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. **Direito sanitário e saúde pública**. Márcio Iorio Aranha (org.). Brasília: Ministério da Saúde, 2003. (Série E. Legislação de Saúde, 2 v.).

BRAVO, Maria Inês Souza. Política de saúde no Brasil: trajetória histórica. In: **Capacitação para Conselheiros de Saúde**: textos de apoio. Rio de Janeiro: UERJ/DEPEXT/NAPE, 2001. Disponível em: <www.saude.mt.gov.br/arquivo/2163>. Acesso em: 21 set. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. Cap. 1, p. 1-49.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Sequência**, Florianópolis, v. 33, n. 65, p. 155-188, Dez. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n65p155/23922>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 122-156, Jan.-Abr. 2014. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5545/2951>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana (II). **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 2, n. 7, p. 6515-6571, 2013. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARIAS, Claudia Mezleveckas et al. Medicamentos de dispensação excepcional: histórico e gastos do Ministério da Saúde do Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 2, p. 233-240, Abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 set. 2015.

CIRNE, Mariana Barbosa. Fundo Partidário: a constitucionalidade da divisão proporcional e limitada de recursos públicos. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 9, n. 89, p.01-22, fev./mar., 2008. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/revistajuridica>. Acesso em: 03 mai. 2015.

COLUMBIA. United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. **United States of America v. Microsoft Corporation**, 147 F.3d 935 (1998). Disponível em: <http://www.colorado.edu/engineering/allemann/print_files/Microsoft-Antitrust-Case.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

CONJUR. TJ-SP libera interrupção de gravidez de fetos malformados. **Consultor jurídico**, São Paulo, 31 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-31/tj-sp-autoriza-duas-maes-interromperem-gravidez-fetos-malformados>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 14, n. 72, p. 123-155, mar./abr. 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt. Ativismo judicial e a decisão dos homoafetivos no Supremo Tribunal Federal. In: ALVES, Cândice Lisbôa (org.). **Vulnerabilidades e invisibilidades: desafios contemporâneos para a concretização dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. Cap. 10, p. 167-193.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, fev. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 set. 2015.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. **Direito sanitário e saúde pública**. Márcio Iorio Aranha (org.). Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Cap. 2, p. 39-64. (Série E. Legislação de Saúde, 2 v.).

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. Cap. 11, p. 247-266.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>>. Acesso em: 20 Set. 2015.

DE SANTA CRUZ OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim. GAROUPA, Nuno. Stare decisis e certiorari chegam ao Brasil: uma abordagem pela análise econômica do direito. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 42, p. 121-175, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/stare_decisis_e_certiorari_chegam_ao_brasil.pdf>. Acesso em: 16 Jan. 2016.

DORF, Michael C. The Supreme Court 1997 Term. Foreword: The Limits of Socratic Deliberation (1998). **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 112, n. 4, p. 4-83, 1998. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2218526>>. Acesso em: 01 Nov. 2015.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à saúde e teoria da argumentação**: em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENGELS, Federico. **El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado**. 13ª ed. Madrid: Fundamentos, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 7ª ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.

GAUDEAUX, Jean-François. Sartre: The Violence of History. **Sartre Studies International**, New York, v. 12, n. 1, p. 50-58, jun. 2006.

GINES, Kathryn T. "The Man Who Lived Underground": Jean-Paul Sartre And the Philosophical Legacy of Richard Wright. **Sartre Studies International**, New York, v. 17, n. 2, p. 42-59, dez. 2011.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. Processo nº 201502725759. Juiz Jesseir Coelho de Alcantara. Goiânia, 03 ago., 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/juiz-autoriza-aborto-feto-sindrome.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

GOMES, Antonio Marcos Tosoli; OLIVEIRA, Denize Cristina de; SA, Celso Pereira de. As representações sociais do sistema único de saúde no município do Rio de Janeiro, Brasil, segundo a abordagem estrutural. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 16, n. 1, p. 122-129, jan./fev. 2008. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692008000100019&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 Set. 2015.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. Cap. 3, p. 75-96.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 14ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SICA, Ligia Paula P. Pinto (coord). **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**. Relatório de pesquisa. Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ, Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas – FGV, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://cpja.fgv.br/sites/cuja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf>. Acesso em: 25 set. 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. 4ª ed. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

JORGE, Gilson. SOMBRA, Rodrigo. Obamacare: os desafios do presidente reeleito dos Estados Unidos de pôr em prática a maior reforma do sistema de saúde americano desde a Segunda Guerra Mundial. **Revista Diagnóstico**, Salvador, n. 17, p. 34 a 40, set./out., 2012. Disponível em: <<http://issuu.com/diagnosticodigital/docs/131008195521-fcd054f23713402b8f3f8ba68a5ef468>>. Acesso em: 02 mai. 2015

JUCÁ, Romero. et al. **Projeto de Lei do Senado nº 441, de 2015**. Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, para determinar critérios para o acesso aos recursos do Fundo Partidário e à propaganda partidária em rádio e televisão. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=122198>. Acesso em: 16 jul. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, p. 1441 a 1477, out. 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>>. Acesso em: 18 out. 2014.

KRUGMAN, Paul R. **Obamacare provocará choque ao ajudar norte-americanos a terem planos de saúde**. Uol Notícias, 28 mai. 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/blogs-e-colunas/coluna/paul-krugman/2013/05/28/obamacare-provocara-choque-ao-ajudar-norte-americanos-a-terem-planos-de-saude.htm?tipo=1>>. Acesso em: 02 mai. 2015

LETHBRIDGE, David. Constructing peace by freedom: Jean-Paul Sartre, four short speeches on the Peace Movement, 1952-1955. **Sartre Studies International**, New York, v. 18, n. 2, p. 1-18, Dez. 2012.

LEVY, Lior. Reflection, Memory and Selfhood in Jean-Paul Sartre's Early Philosophy. **Sartre Studies International**, New York, v. 19, n. 2, p. 97-111, Dez. 2013.

MACIEL, Marco. **Projeto de Emenda à Constituição nº 182, de 2007**. Altera os arts. 17, 46 e 55 da Constituição Federal, para assegurar aos partidos políticos a titularidade dos mandatos parlamentares e estabelecer a perda dos mandatos dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo que se desfiliarem dos partidos pelos quais forem eleitos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373327>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

MARQUES, Ilário. et al. **Projeto de Lei nº 5735, de 2013**. Altera dispositivos da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) e da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=580148>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. In: **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101 a 140, September, 2002. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=330266>>. Acesso em: 24 out. 2014.

MAYER, Noémie. Baudelaire et Mallarmé de Jean-Paul Sartre ou la captivité affective. **Sartre Studies International**, New York. v. 19, n. 2, p. 78-96, dez. 2013.

MELLO E SOUZA, Nelson. O planejamento econômico no Brasil: considerações críticas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 6, p. 1671-1720, nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122012000600012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 set. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Gabinete do Ministro. Portaria Nº 3.916, de 30 de outubro de 1988. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. **Diário Oficial da União**, Seção I, Brasília-DF, 10 de nov. p. 18-22, 1998. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 24 set. 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Gabinete do Ministro. Portaria Nº 1.554, de 30 de julho de 2013. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial da União**, Seção I, Brasília-DF, 31 de jul. p. 69-71, 2013. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html>. Acesso em: 24 set. 2015.

MONICA, Eder Fernandes. A teoria de Dworkin para a superação da tensão entre segurança jurídica e decisão justa. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 2, n. 3, p. 83-98, set./dez. 2007.

MOORE, Michael. **Stupid white men**: uma nação de idiotas. Tradução de Laura Knapp; Patrícia De Cia; Ana Carolina de Carvalho Mesquita. 7ª ed. São Paulo: Francis, 2004.

MORRISON, Alan B. **Revisiting judicial activism**: the right and wrong kinds. American Constitution Society, Washington, set. 2013. Disponível em: <<https://www.acslaw.org/publications/issue-briefs/revisiting-judicial-activism-the-right-and-wrong-kinds>>. Acesso em: 16 ago. 2015

MURPHY, Robert P. **O básico sobre o Obamacare**. 25 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1744>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

NORONHA, José Carvalho de. UGÁ, Maria Alicia Domínguez. O sistema de saúde dos Estados Unidos. In: BUSS, PM. e LABRA, ME. (orgs.) **Sistemas de saúde**: continuidades e mudanças [online]. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1995. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 01 ago. 2015. p. 177 a 218.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. “Direito como integridade” e “ativismo judicial”: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. **Anais**. XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, p. 5444-5479, nov. 2008.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. **Ativismo judicial**: multiplicidade de sentidos. Curitiba: Prismas, 2015.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constitution of The World Health Organization**. **Genebra**, 1946. Disponível em: <http://apps.who.int/gb/DGNP/pdf_files/constitution-en.pdf>. Acesso em: 23 set. 2015.

POMEROY, Anne F. The Early Sartre and Marxism. **Historical Materialism**, Leiden, v. 22, n. 1, p. 178-199, mar. 2014.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos científicos**: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), a American Psychological Association (APA) e o Comitê Internacional de Editores de Revistas Médicas (VANCOUVER). Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <www.pucminas.br/biblioteca>. Acesso em: 31 out. 2015.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. Yale Law School, **Public Law Working Paper**, n. 131, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Saúde de Belo Horizonte. Gerência de Assistência Terapêutica. Comissão de Farmácia e Terapêutica. **Relação Municipal de Medicamentos – REMUME**. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <<http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomia>>

MenuPortal&app=saude&tax=44820&lang=pt_BR&pg=5571&taxp=0&
http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=saude&tax=44820&lang=pt_BR&pg=5571&taxp=0&>. Acesso em: 24 set. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. O delineamento do estatuto dos partidos políticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, ano 2008, n. 248, mai./ago. 2008. Disponível em:
 <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/Default.aspx>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RECOUNT. Direção: Jay Roach. Produção: HBO Films; Spring Creek Productions; Mirage; Everyman Pictures; Trigger Street Productions. Intérpretes: Kevin Spacey; Ed Begley Jr.; Laura Dern; John Hurt; Denis Leary e outros. Roteiro: Danny Strong. Estados Unidos: Warner Home Vídeo, 2008. 116 minutos: son., color.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. 2008. 118 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

SÁ, Alexandre Franco de. Decisionismo e ficção no pensamento de Carl Schmitt. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, p. 21-46, jul./dez. 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARTRE, Jean-Paul. **The imaginary**: a phenomenological psychology of the imagination. New York: Routledge, 2004.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Frederico Silveira e. O decisionismo de Carl Schmitt e sua relação com a discricionariedade e a medida provisória. **Revista CEJ**, Brasília, ano XI, n. 39, p. 36-43, out./dez. 2007.

SHAW, Devin Zane. The Nothingness of Equality: The 'Sartrean Existentialism' of Jacques Rancière. **Sartre Studies International**, New York, v. 18, n. 1, p. 29-48, Jun. 2012.

SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court bar. **Michigan Law Review**, [S.l.], v. 103, n. 8, p. 1951-2019, ago. 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Consultor Jurídico - Conjur**, São Paulo, 12 nov. 2015. Disponível em:
 <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

SUNSTEIN, Cass. R. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

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

SUNSTEIN, Cass R. **Designing democracy**: what constitutions do. New York: Oxford University Press, 2001a. (e-book)

SUNSTEIN, Cass R. A hand in the matter. **Legal affairs**. Mar./abr. 2003. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature_marapr03_sunstein.msp>. Acesso em: 12 out. 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **Radicals in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005a. (e-book)

SUNSTEIN, Cass R. Testing minimalism: a reply. **Michigan Law Review**, [S.l.], v. 104, n. 1, p. 123-129, out. 2005b.

SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins; Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn't mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. **Social Science Research Network**, Rochester, 23 set. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=229202>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

SWARTZ, L. David; ZOLBERG, Vera L. Sartre for the twenty-first century?. **Theory & Society**, [S.l.], v. 36, n. 3, p. 215-222, jun. 2007.

TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. **Anais... XVII CONPEDI**, Brasília, 20 a 22/11/2008. P. 7711 a 7735.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 ago. 2015.

TURA, Marco Antônio Ribeiro. **Soberania estatal e classes sociais**. São Paulo: Alfa-omega, 2009. (Atualidade, 85).

USA. Supreme Court. **Bush et al. v. Gore et al.**, 531 U. S. 98 (2000). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/#annotation>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

USA. Supreme Court. **National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services, et al.**, 567 U. S. ____ (2012). Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

USA. Supreme Court. **Griswold v. Connecticut**, 381 U.S. 479 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>>. Acesso em: 12 set. 2015.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, Brasil, v. 11, n. 3, p. 13-31, fev. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220/15034>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

VASEY, Craig. The Day after Existentialism Is a Humanism, and The Last Chance. **Sartre Studies International**, New York, v. 16, n. 1, p. 60-68, Jun. 2010.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito**: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 2011. 255 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VitorioTB_1.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2014.

ZUNJIC, Bob. **Jean Paul Sartre**: the humanism of existentialism I. Disponível em: <<http://www.uri.edu/students/szunjic/philos/human.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

ZUNJIC, Bob. **Jean Paul Sartre**: the humanism of existentialism II. Disponível em: <<http://www.uri.edu/students/szunjic/philos/human2.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2016.