

AINDA A ADI Nº 3.510: UM VOTO (VENCIDO) E A QUESTÃO LIMITE DAS DECISÕES EM TERMOS ADITIVOS¹

Francisco Valle Brum²

Sumário: Introdução; 2 sentenças aditivas: interpretação conforme ou ativismo (discricionariedade) judicial?; 3 A ADI nº 3.510. Um caso-limite; Considerações finais; Referências bibliográficas

Resumo: O presente artigo analisa o julgamento proferido pela nossa Corte Suprema, nacionalmente conhecido como a “ADI das células-tronco” (ADI nº 3.510). Aborda, não obstante esse julgamento ter envolvido diversas questões jurídicas e morais, especificamente o voto vencido do Ministro Eros Grau, máxime as proposições feitas pelo magistrado a título de sentença aditiva. Indica a confusão que se faz em torno da interpretação conforme a constituição e as sentenças aditivas, campo aberto para um(a) ativismo (discricionariedade) judicial. Conclui que é um perigo para a democracia o Judiciário adotar essas decisões em termos aditivos com proposições cuja expertise depende de um conhecimento técnico-científico desconhecido dos magistrados.

Palavras-Chave: ADI 3.510. Supremo Tribunal Federal. Sentenças Aditivas. Discricionariedade Judicial.

¹ Artigo retirado do nosso BRUM, Francisco Valle. Ainda a ADI nº 3.510. Um voto (vencido) e a questão limite das decisões em termos aditivos. In: *Jurisprudência do direito constitucional*. Organizador Paulo Gustavo Gonet Branco. – Brasília: IDP, 2013, pp. 103-121.

² Mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Direito do Estado. Advogado da União em Brasília-DF.

Abstract: This article analyzes the judgment delivered by the Supreme Court, nationally known as the "ADI stem cells" (ADI nº 3.510). Addresses, however this trial has involved several legal and moral issues, specifically the vote won by the Minister Eros Grau, notably the propositions made by the magistrate for sentence addictive. Indicates the confusion that is around the interpretation according to the Constitution and the addictive sentences, open field for a (a) activism (discretion). That is a danger to democracy the judiciary to adopt those decisions in addenda with propositions whose expertise depends on technical and scientific knowledge unknown by magistrates.

Keywords: ADI nº 3.510. Federal Supreme Court. Additive Sentences. Judicial Discretion.

INTRODUÇÃO



alvez não haja no atual contexto da jurisdição constitucional um ponto tão sensível e determinante do que o chamado *ativismo* judicial. Todas as perspectivas metodológicas e filosóficas no âmbito do Direito – por exemplo, as diferentes modalidades de realismo e positivismo jurídicos, bem como as inúmeras correntes “pós-positivistas” – sem exceção, dedicaram extensas páginas contendo reflexões sobre a temática³.

O presente artigo pretende delimitar o conceito de sentenças aditivas⁴, técnica de decisão donde subjaz um verdadei-

³ CUNHA, José Ricardo. Possibilidade e limites da criatividade judicial: a relação entre Estado de Direito e argumentação jurídica razoável (e o problema do desconhecimento dos direitos humanos). In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional*. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. n. 6, p. 523-552.

⁴ Não se desconhece que a doutrina costuma reconhecer três espécies de sentenças desse tipo, a saber: as aditivas, as manipulativas e as construtivas (ver, para tanto, inclusive citando o *locus* precursor dessas decisões, a Itália, STRECK, Lenio Luiz.

ro e perigoso *ativismo/discricionariedade/criatividade* judicial. Para isso, será analisada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da afamada ADI nº 3.510. Assim, a pergunta-problema que se põe diz respeito ao grau de discricionariedade existente na decisão em termos aditivos, que muitas vezes é utilizada a pretexto de aplicação da técnica de interpretação conforme a constituição, e em que medida ela é prejudicial à democracia.

Como hipótese, podemos dizer que a técnica da interpretação conforme a constituição difere em essência das decisões em termos aditivos, as quais, em *casos-limite*, são aplicadas sem o conhecimento técnico imprescindível para o deslinde das causas submetidas ao crivo da Corte Suprema, violando sobremodo a democracia, uma vez que, quando estiverem em jogo problemas de alta complexidade, o conhecimento da doutrina e da jurisprudência será insuficiente para o exercício jurisdicional.

2 SENTENÇAS ADITIVAS: INTERPRETAÇÃO CONFORME OU ATIVISMO (DISCRICIONARIEDADE) JUDICIAL?

Já é *lugar-comum* o debate travado sobre o papel do Judiciário no controle de constitucionalidade dos atos normativos, sobretudo no âmbito do controle concentrado. Até que ponto os juízes da Suprema Corte podem realizar a tarefa de fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis exaradas pelos representantes do corpo social sem usurpar a função constitucional do Parlamento faz parte de diversos embates travados ao longo do século passado e do presente.

Dentro dessa discussão, a adoção de decisões aditivas⁵

Verdade e Consenso - Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pp. 187-188). Contudo, para os modestos limites deste artigo, se buscará apenas diferenciar as sentenças aditivas (como gênero) da técnica de interpretação conforme a constituição.

⁵ Há quem divida a sentença aditiva em três espécies: a) decisões demolitórias com

tem lugar especial. Sobre a conceituação destas, destaque-se texto produzido por Edilson Pereira Nobre Júnior, onde o autor, apesar de aproximar as sentenças aditivas da técnica de interpretação conforme a constituição, define que

Da interpretação conforme advêm conseqüências das mais variadas dentre as quais, observa, com acuidade que lhe é peculiar, García de Enterría, está algo além da mera exegese declarativa, importando naquela de colorido integrativo, destinada a colmatar insuficiências dos textos legais validados. Desse efeito integrativo é que surge, exatamente, a sentença aditiva. Estas são consideradas as decisões que, num questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhe a impugnação, sem invalidá-lo⁶.

Tem-se como decorrência da prolação desse tipo de decisão que, ao invés de drasticamente eliminar-se a norma jurídica, esta se mantém através da adição ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para estar de acordo com o preceito constitucional, sendo que, nestas sentenças, a estrutura da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, criativamente, acrescenta àquela componente normativo para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental⁷.

Luis Prieto Sanchís⁸, tratando do clássico modelo kelseniano de legislador negativo, afirma que

Sin embargo, no es sólo esto: es que, además de legislador negativo y juez ordinario, el Tribunal cede a veces a la tentación de convertirse en legislador positivo. Esto es lo que su-

efeitos aditivos (quando é suprimida uma lei inconstitucional constritora de direitos); b) as aditivas de prestação (que têm impacto orçamentário); e c) as aditivas de princípio (onde são fixados princípios que o legislador deve observar ao prover a disciplina que se tem por indispensável ao exercício de determinado direito constitucional) (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1433).

⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sentenças Aditivas e o Mito do Legislador Negativo*. Revista Esmafe: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, n. 12, mar. 2007, p. 70.

⁷ *Ibid.*, p. 70.

⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 43.

cede manifestamente en las sentencias aditivas o manipulativas que operan sobre la disposición legal, pero no para eliminarla por inconstitucional, sino para mantenerla haciendo afiadidos o alteraciones en el próprio enunciado.

É de se dizer que essa “técnica” fora rechaçada por um largo período temporal, notadamente quando a composição do Supremo Tribunal Federal era reconhecidamente conservadora, como se pode ver do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves no julgamento da ADI 1.822-DF. Considerou-se, naquela ocasião, que

Quanto ao primeiro pedido alternativo sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.504/97 impugnados, a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo⁹.

Por outro lado, temos no Brasil a conhecida técnica da interpretação conforme a constituição, a qual, muitas vezes, é tida como fonte da adoção das sentenças aditivas. Oportunidade para interpretação conforme a constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria constituição¹⁰. Aqui, o aplicador da norma busca a interpretação que, resguardando o texto constitucional, procede à exclusão de outras possibilidades de interpretação contrárias à constituição¹¹.

⁹ Voto proferido na ADI 1.822. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 26/06/1998. Órgão Julgador: Tribunal Pleno/STF. Encontrado em www.stf.jus.br. Acesso em 19.05.13.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 287.

¹¹ Defendendo a adoção dessa técnica, Lenio Streck registra que “o intérprete deve, antes de tudo, compatibilizar a norma com a Constituição, conferindo-lhe a totalidade eficaz. Para tanto, tem à sua disposição – desde que inserido na tradição autêntica proporcionada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito e tudo o que ele representa – um universo de possibilidade para compatibilizar a norma com a

De início já se pode verificar que há uma diferença tanto semântica quanto funcional de ambas as técnicas aqui descritas. Enquanto a interpretação conforme é uma forma de o aplicador *manter* o texto constitucional, buscando a exegese que melhor se amolda ao texto da constituição, nas sentenças aditivas tem-se uma verdadeira *inclusão* à norma de algo que não existia ao tempo do julgamento de determinado caso. Ou seja, é um acréscimo de sentido, muitas vezes contrário¹², ao preceito constitucional; um conteúdo elástico, mais amplo ao texto originário da lei, para abarcar uma situação que a esta, em tese, deixou de prever¹³.

Nas sentenças aditivas a Corte constitucional julga procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo legal que omite o regramento que deveria conter, ou seja, declara inconstitucional a parte em que a lei deixa de prever algo¹⁴. Nas palavras de Carlos Blanco de Moraes

Imperativos de aproveitamento dos actos e, sobretudo, de tutela dos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade conduziram a operações interpretativas e integrativas da Justiça Constitucional, destinadas não apenas a declarar uma inconstitucionalidade, mas também a “consertá-la” no tecido normativo, através de uma decisão aditiva. Neste ponto o Tribunal Constitucional afirmou-se como titular de um poder “correctivo” ou “reparador” “ad futurum” de deformidades das normas inconstitucionais. Esta situação ocorre, em regra, quando se pretende censurar silêncios inconstitucionais do decisor normativo, criadores de desigualdades intoleráveis

Constituição, a partir das diversas sentenças interpretativas, que vão desde a interpretação conforme até a nulidade parcial sem redução de texto, passando pelo apelo ao legislador; enfim, os diversos recursos hermenêuticos que essa mesma tradição nos legou” (*Op. cit.*, p. 315).

¹² É o que será visto no próximo capítulo.

¹³ VARGAS, Denise Soares. *Mutação Constitucional Via Decisões Aditivas. Limites e Legitimidade*. Dissertação submetida ao Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Orientador: Ney de Barros Bello Filho. Brasília, 2012, p. 88. Encontrado em www.idp.edu.br. Acesso em 12.07.13.

¹⁴ *Idem*, p. 87.

ou quando se intenta eliminar certas onerações, inadmissíveis e desproporcionadas, a direitos e garantias fundamentais. Assim, sempre que seja possível, em simultâneo, julgar a inconstitucionalidade parcial de uma norma e reparar o vício através da junção de um segmento normativo que em regra já deve estar presente no ordenamento, o Tribunal Constitucional não se coíbe de proferir sentenças com efeitos aditivos¹⁵.

É no momento em que o equívoco de conceitos e, por consequência, da adoção dessas técnicas, que volta à tona o sempre falado *ativismo* (ou *discrecionarietà*?) judicial. Importante justificar que *ativismo* é uma expressão vaga, cujo emprego requer cuidados. Por isso, se preferirá utilizar a expressão *discrecionarietà* quando se entender que o juiz usurpou a função do legislador.

A vagueza da expressão não é “privilégio” do Brasil. Paulo Gonet Branco¹⁶, em artigo acerca do conceito de *ativismo* judicial, anota que

Mesmo no país em que cunhada pela primeira vez, a expressão *ativismo judicial* padece de indeterminação semântica geradora de confusões doutrinárias. Bradley Canon, em artigo seminal na busca da descrição das características concretas de uma decisão ativista, inicia o seu texto reclamando justamente da difusão por comentaristas de concepções disparatadas e desarticuladas do fenómeno, capazes de retirar seriedade ao termo e de deixar os que desejem entender a discussão desamparados, numa “babel desconexa”.

A forma em que se pretende tratar da decisão proferida na ADI 3.510 é a que se aproxima da *discrecionarietà* judicial ou do *ativismo* pejorativamente considerado, ou seja, como uma decisão que não deveria ser dada; um *caso-limite*¹⁷ em que

¹⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. *Apud* VARGAS, Denise Soares. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em Busca de Um Conceito Fugidio – *Ativismo Judicial*. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Organizadores: Andre Luiz Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 389.

¹⁷ Como adiante será analisado, é dura a tarefa de saber quando houve, por parte do aplicador da constituição, a adoção de uma *discrição* judicial de toda nefasta à democracia. Contudo, há alguns casos (aqui denominados de *casos-limite*) na qual o

se pode visualizar a usurpação da função legislativa.

Nesse sentido, destaca-se novamente trecho do trabalho de Paulo Gonet Branco¹⁸, para quem

Em obra densa e a merecer a atenção dos estudos seriamente fundamentados, Elival da Silva Ramos toma o ativismo judicial como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”. Vê o ativismo como algo negativo, não lhe recusando a qualificação de “insidioso descaminho”, reiterando esse caráter nessa outra passagem, em que esclarece o seu ponto de vista: “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa”, dizendo tratar-se da “descaracterização da função típica do Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”.

Desse pequeno apanhado, podemos partir para o ponto central deste estudo, qual seja, a análise do voto vencido proferido no julgamento da ADI nº 3.510, para testarmos esses conceitos e para verificarmos se, neste caso, a adoção da sentença aditiva foi uma medida aplicadora da técnica da interpretação conforme a constituição ou uma *discricionariedade* judicial.

3 A ADI Nº 3.510. UM CASO-LIMITE

Muito se discutiu acerca do julgamento proferido no ano de 2008 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, denominada de “ADI das células-tronco”. Múltiplos debates foram realizados na Suprema Corte do país sobre a questão jurídica e moral no uso dessas células para pesquisas e terapias,

observador externo consegue, de plano, vislumbrar a existência dessa *discricionariedade* judicial violadora da separação dos poderes.

¹⁸ BRANCO, *op. cit.*, p. 394.

sobre o iniciar da vida, sobre a fertilização *in vitro* etc.

Mas um ponto que ultrapassa a discussão central do julgamento parece ter sido pouco debatido, sobretudo diante da sua importância para a atual quadra da jurisdição constitucional no mundo de forma geral e no Brasil, em particular. Trata-se da (necessária) identificação das sentenças ditas aditivas, que, em diversos casos, são confundidas ou utilizadas como substitutivas da atividade legiferante ou a pretexto de se aplicar uma interpretação conforme a constituição.

Aqui se utilizará do voto vencido proferido pelo Ministro Eros Grau para investigar como se deu a aplicação da decisão aditiva, a qual, nas palavras do próprio Ministro, deveria ser proferida “visando a superar a incompletude [o vocábulo está incorporado ao vernáculo] do artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05”¹⁹.

Uma das maiores dificuldades que encontramos na atual quadra histórica da interpretação constitucional e, de resto, do Direito Constitucional e da sua jurisdição, sobretudo a partir de meados do século passado, é saber quais os limites da atuação do juiz no âmbito dos direitos fundamentais. Apesar de inúmeros autores²⁰ terem tentado contribuir para essa hercúlea tarefa, é certo que ainda hoje não podemos afirmar, com extrema segurança, quando a jurisdição constitucional é exercitada no campo que a ela não pertence.

Assim como no chamado *ativismo* judicial²¹, as senten-

¹⁹ Voto proferido na ADI 3.510. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 29/05/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno/STF. Encontrado em www.stf.jus.br. Acesso em 17.05.13.

²⁰ Por exemplo: Hamilton, Madison e Jay, J. H. Ely, J. Habermas, R. Dworkin, Santiago Nino, etc. No Brasil: Paulo G. Gonet Branco, Gilmar Mendes, Elival da Silva Ramos, Luis Roberto Barroso, Lenio Streck, etc.

²¹ Elival da Silva Ramos registra que “Por ativismos 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 (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da

ças em termos aditivos fazem parte daqueles conceitos, dentro da temática da interpretação e aplicação constitucional, difíceis de precisar. O fato é que, apesar disso, há *casos-limite*²² em que se consegue visualizar com certo grau de objetividade quando houve desvirtuamento na sua utilização.

As questões constitucionais polêmicas, como a que é tratada neste artigo, fazem parte daquilo que Dworkin chama de *hard cases*²³, as quais não prescindem de uma *interpretação jurídica*²⁴. Cristina Queiroz²⁵, se referindo à justiça constitucional e mudança social, teoriza:

As questões constitucionais polêmicas necessitam de uma *interpretação*, não de uma adaptação ou revisão. Mas tanto no direito legislado como na casuística o “o jogo” entre a adaptação e a interpretação é *complexo*. Daí a expressão de DWORKIN de que “uma boa interpretação deve não só adaptar-se como justificar (: fundamentar) a prática que interpreta”. Isso permitiria distinguir a “interpretação jurídica” da “invenção jurídica”.

Justamente essa “invenção jurídica” que foi adotada no voto vencido objeto deste estudo. De início, destaco o seu dispositivo:

função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incurção insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”. (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308)

²² “Nesse ponto, porém”, afirma José Ricardo Cunha, “é preciso reconhecer que a fixação desse grau de criatividade está longe de ser pacífica. Há um crescente movimento de crítica à divulgação da idéia de “criação judicial do direito”, mesmo entre quem reconhece – como Cappelletti – que a atividade desenvolvida pelos juízes não é mecânica, nem é imune a elementos externos (e muitas vezes contrários) ao direito positivo”. (CUNHA, *op. cit.*, p. 528.)

²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF, 2010, p. 8 e Cap. 4.

²⁴ Distinta de qualquer *invenção jurídica*.

²⁵ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da construção Constitucional*. Lisboa: Editora Coimbra, 2000, p. 304.

Declaro a constitucionalidade do disposto no artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05, estabelecendo, no entanto, *em termos aditivos*²⁶, os seguintes requisitos, a serem atendidos na aplicação dos preceitos: [i] pesquisa e terapia mencionadas no caput do artigo 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde [não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º]; [ii] a “fertilização in vitro” referida no caput do artigo 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados; [iii] a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados --- ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, caput --- será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.

A pergunta que fica é: será que poderia o juiz determinar, por exemplo, que a pesquisa e terapia com células-tronco “serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde [não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º]”²⁷? Ou mais: poderia o Ministro ter dito, “em termos aditivos”, que se admite “a fertilização de um número máximo de quatro”²⁸ óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte

²⁶ Sem grifos no original.

²⁷ Ampliou-se, por via judicial, o órgão que deve autorizar as pesquisas.

²⁸ Perceba-se que foi decidido inclusive o número (!) de óvulos que poderiam ser fertilizados por ciclo.

de óvulos fecundados são vedados”?

E o que dizer da parte em que se decidiu que

(...) a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados --- ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, caput --- será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.

Poderia o Ministro “autorizar” a destruição de óvulos cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após o período de vinte e quatro horas²⁹ (!)?

Por mais que houvesse algum parâmetro nos autos³⁰, a lei objeto da ADI não trata desses dados quantitativos de óvulos que poderiam ser destruídos ou transferidos para o útero da paciente. Não é tarefa do Judiciário fixá-los e, sem se desincumbir do ônus argumentativo³¹, afirmar que se está proferindo uma sentença em termos aditivos (seja lá o que isso quer significar em termos práticos).

Por isso que se pode afirmar com certo grau de certeza que estamos frente a um *caso-limite* de usurpação da função legiferante³². Nesse sentido, Herbert Hart, um dos representan-

²⁹ Por que vinte e quatro e não quarenta e oito horas, por exemplo?

³⁰ Mesmo com dados técnicos aparelhando a demanda, o julgador não tem a *expertise* para precisar quais são ou não os dados corretos, tais como, o número de óvulos que podem ser transmitidos, quantidade de óvulos fecundados, número de horas etc.

³¹ Já que do ponto de vista do direito de controle judicial sempre existiu uma enorme diferença entre a *discricionariedade do legislador* para desbravar poderes (implícitos) e a *discricionariedade do poder judicial* para impor limites (implícitos) sem especificar (QUEIROZ, *op. cit.*, p. 304).

³² Alguns outros exemplos que reputo verificados esses *casos-limite*: ADI 4277, que admitiu a união estável homoafetiva mesmo em contrário ao texto expresso da CF/88. Ou, ainda, a Rcl 4335, onde se está discutindo o alcance normativo do art. 52, X, da CF/88, havendo votos que, em clara afronta ao texto constitucional, entenderam que o preceito visa apenas a dar publicidade (!?) à declaração de inconstitucionalidade por via incidental.

tes de um positivismo “brando”³³, afirmou, ao tratar de sua norma de reconhecimento, que as normas de fato apresentam uma zona de penumbra³⁴. No caso de muitas normas jurídicas, pode-se tolerar certa margem de incerteza, e mesmo vê-la como um elemento bem-vindo, de modo que possibilite uma decisão judicial bem informada quando se conheça a composição de um caso inédito, tornando possível identificar os problemas envolvidos em sua decisão e dar-lhes solução racional³⁵. Porém, daí a admitir uma decisão sem um mínimo de base normativa do tipo positivada deve ser vista com muito cuidado.

Não se nega que o caso da ADI nº 3.510 envolveu diversos valores morais, o que poderia ter levado os Ministros do STF a uma solução visando à conformação das compreensões da sociedade. Nesse sentido, a identificação do Direito não prescinde de uma avaliação moral, sobretudo porque, se assim não fosse, o Direito até poderia ser identificado, mas não justificado sob esse ponto de vista³⁶. Agora, o que não se pode admitir é que, a pretexto dessa justificação moral do Direito, possa o aplicador da constituição fixar parâmetros técnico-científicos que não prescindem de uma discussão muito maior do que a levada a efeito no julgamento dessa demanda objetiva.

A crítica ao voto proferido pelo Ministro Eros Grau se aproxima do que Hart afirmou, ao tratar dos casos em que não

³³ Como ele próprio se referiu no seu HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, 323.

³⁴ *Ibid.*, p. 325.

³⁵ *Idem, ibidem*.

³⁶ Ao responder às críticas de Dworkin sobre a sua norma de reconhecimento, Hart afirma que, *segundo a teoria interpretativa de Dworkin, toda proposição jurídica que especifica o teor do direito a respeito de algum tema envolve necessariamente um juízo moral. Pois, segundo sua teoria interpretativa holística, as proposições jurídicas só podem ser verdadeiras se derivarem, junto com outras premissas, daquele conjunto de princípios que melhor se adaptam ao direito estabelecido – identificado por referência às fontes sociais do direito – e, ao mesmo tempo, melhor o justificam do ponto de vista moral. Essa teoria interpretativa holística abrangente tem, portanto, uma função dupla: serve tanto para identificar o direito quanto para justificá-lo moralmente.* (HART, *op. cit.*, p. 348).

se pode encontrar uma única resposta correta, no sentido de que o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito, mas “não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores”³⁷⁻³⁸.

Assim também a análise de Cristina Queiroz³⁹, a propósito do fato de que o dever dos tribunais seria o de executar os amplos fins constitucionais, “fazendo” as leis necessárias e adequadas à sua concretização, ao ressaltar que

Expandir ou acrescentar a constituição à luz dos seus (tribunais) próprios intentos é de facto ir mais além destes. É acrescentar um novo fim à norma constitucional. Existem diferentes opiniões quanto à questão de saber se a constituição se encontra ou não “defasada” face ao tempo. Podem existir, e de facto existem, diferentes posturas quanto à extensão judicial dos “fins constitucionais”.

Torna-se cada vez maior a responsabilidade do Judiciário na interpretação das normas constitucionais, sobretudo diante do fato de que parece ser muito pequena a chance de algum assunto escapar à intervenção da jurisdição constitucional. Daí dizer Cristina Queiroz que “Nos Estados Unidos, depois da jurisprudência do Tribunal WARREN, parece difícil que algum assunto possa escapar *in toto* à intervenção dos tribunais na determinação do ‘direito aplicável’”⁴⁰.

Não se pode esquecer, é verdade, que o Ministro Eros Grau não foi o único a votar no sentido antes referido. O Ministro Menezes Direito, fazendo a mesma confusão que aqui se

³⁷ *Ibid.*, p. 352.

³⁸ Não se desconhece que Hart foi um grande defensor da discricionarietà do juiz, principalmente quando não se pode, pela norma social de reconhecimento, buscar na legislação (ou na aceitação dela) a resposta ao caso. Ademais, percebe-se que o próprio Hart não percebeu o fato de que, de um lado, criticou decisões arbitrárias, mas, ao mesmo tempo, admite que o juiz possa decidir de acordo com suas próprias convicções e valores (ou seja, um campo aberto para a *discricionarietà* judicial).

³⁹ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 304.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 305.

alerta entre sentença aditiva e interpretação conforme, propôs, a pretexto de aplicar esta última, o que segue:

1) no caput do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, *dando interpretação conforme a Constituição*, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião e as pesquisas, devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões "pesquisa" e "terapia" como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisas com fins terapêuticos; 2) também no caput do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução do texto, para que a fertilização *in vitro* seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos, na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou características genéticas; realizada a fertilização de um máximo de 4 óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e fiscalização do órgão federal; 3) no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão "embriões inviáveis" seja considerada como referente àqueles insubistentes por si mesmos, assim os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo órgão federal, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período, no mínimo, superior a 24 horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco; 4) no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que sejam considerados embriões congelados há 3 anos ou mais, na data da publicação da Lei 11.105/2005, ou que, já congelados na data da publicação dessa lei, depois de completarem 3 anos de congelamento, dos quais, com o consentimento informado, prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por meio que não cause sua destruição; 5) no § 1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de

texto, para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado, prévio e expresso por escrito pelos genitores; 6) no § 2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa com terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter, previamente, seus projetos também à aprovação do órgão federal, sendo considerado crime a autorização da utilização de embriões em desacordo com o que estabelece esta decisão, incluídos como autores os responsáveis pela autorização e fiscalização. (sem grifos no original)

Mesmo que se admitisse a vinculação estrita entre ambas as modalidades de aplicação da norma constitucional, é certo que a interpretação conforme também não pode ser uma *carta em branco* para que o intérprete possa escrever nela o que bem entender. Nesse sentido, Gilmar Mendes⁴¹ ressalta que

O *princípio*⁴² da interpretação conforme à constituição não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei. Qualquer alteração do conteúdo da lei mediante a pretensa interpretação conforme à constituição significa intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronúncia de nulidade, uma vez que esta assegura ao ente legiferante a possibilidade de imprimir nova conformação à matéria⁴³.

Para melhor ilustrar a construção do raciocínio aqui empreendido, veja-se o que a Ministra Cármen Lúcia⁴⁴ decidiu no mesmo julgamento, percorrendo um caminho de autocon-

⁴¹ MENDES. *Op. cit.*, p. 290.

⁴² Preferível utilizar esse filtro hermenêutico como uma *técnica*, sobretudo ante o *panprincipiologismo*⁴² vigente no Brasil e denunciado por Lenio Streck: “Positivaram os valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a criação, em um segundo momento, de todo tipo de ‘princípio’, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade ‘principiológica’”. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 518).

⁴³ Convertendo-se, assim, numa *discricionariedade judicial*.

⁴⁴ Voto proferido na ADI 3.510. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 29/05/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno/STF. Encontrado em www.stf.jus.br. Acesso em 20.05.13.

tenção⁴⁵, em contrapartida aos votos com viés ativista (discricionário):

Pelo exposto, voto no sentido de julgar improcedente a presente ação, para a) considerar válidos os dispositivos questionados, a saber, o art. 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/2005, e b) assentar *interpretação conforme* quanto à palavra terapia, incluída no caput e no § 2º, daquele mesmo artigo, a qual somente poderá se referir a tratamento levado a efeito por procedimentos terapêuticos cuja utilização tenha sido consolidada pelos métodos de pesquisa científica *aprovada nos termos da legislação vigente*. (sem grifos no original)

Perceba-se que, sem adentrar no campo próprio do Parlamento, a Ministra, aplicando corretamente a técnica da interpretação conforme, remeteu a questão aos métodos da pesquisa científica *aprovada nos termos da legislação vigente*.

Não é fácil perceber se estamos frente a um *caso-limite*⁴⁶. Nasquelas situações em que o texto constitucional não

⁴⁵ Sobre o exercício da autocontenção judicial, veja-se o que consignou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do MS 32.033/MC: “O exercício de autocontenção, enquanto prerrogativa básica do Estado Constitucional, por se configurar em dimensão do Princípio Republicano, comunica-se com o Intérprete da Constituição. E, como ensina Peter Häberle, este intérprete há de verificar o resultado de sua interpretação conforme a reserva da consistência (Vorbehalt der Bewährung), levando em conta os fundamentos presentes e assumindo a possibilidade de mudanças: “Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (Zwischenträger). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (Vorbehalt der Bewährung), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição*”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. P. 42.). Esse modo de operar busca evitar que os integrantes do Poder Judiciário venham a definir explicitamente as pautas do Poder Legislativo, o que acabaria por obstar o exercício da função típica deste. Ao se extrapolarem os limites da autocontenção, necessários ao sistema de checks and balances, vê-se impedida a devida realização do projeto constitucional”. (Voto proferido no MS 32033/MC. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 09/04/13. Encontrado em www.stf.jus.br. Acesso em 21.05.13).

⁴⁶ Nesse sentido, veja-se as palavras de Streck: “Ou seja, quero chamar a atenção para o fato de que não há indicativos acerca de qual é o critério para se admitir certas

dá margem a outra solução, poder-se-ia até pensar na adoção da técnica da interpretação conforme, mas não se utilizar de uma decisão em termos aditivos. E ainda que se adote a técnica decisional de interpretação conforme, é grande a responsabilidade do aplicador com a coerência nos julgamentos. Quer dizer: ao apreciar casos semelhantes, deve o magistrado, fundamentando de forma ampla, perseguir esta coerência, a fim de dar o mesmo tratamento a caso pretérito. Ademais, deve ter em mente que o magistrado também faz parte de um contexto, de uma comunidade político-social (não obstante tenha que aplicar o direito em termos jurídicos), sempre observando de que modo um dado conceito é entendido por aqueles que o consideram importante.

Não há problemas graves em aplicar suas pré-compreensões, desde que saiba verificar quais são as compreensões daqueles que fazem parte do ambiente social em que está inserido, sobretudo da história institucional do Tribunal de que faz parte. Com efeito, Dworkin⁴⁷, tratando do seu mítico juiz Hércules, argumenta que

É necessário, sem dúvida, que Hércules tenha algum entendimento do conceito (por exemplo) de dignidade, mesmo que desvalorize tal conceito. Ele obterá esse entendimento observando de que modo o conceito é usado por aqueles que o consideram importante. Se o conceito figurar na justificação de uma série de decisões constitucionais, deve ser importante para a retórica e os debates políticos da época. Hercules formará sua compreensão do conceito de dignidade examinando a vida desse conceito em tais contextos. Dará o melhor de si para entender a atração que essa idéia exerce sobre os indivíduos que a invocam e, na medida do possível, formulará a uma concepção capaz de explicar a atração que a idéia exerce sobre eles.

Não se quer execrar o *ativismo* judicial, até porque, em termos de democracia, ele se faz necessário na medida em que

doses de “ativismos” ou de como – à luz da teoria discursiva – devem ser epitetadas decisões como a que declarasse inconstitucional o salário mínimo ou a que cria nova hipótese de levantamento de FGTS, não prevista em lei”. (*Op. cit.*, p. 200).

⁴⁷ DWORKIN, *op. cit.*, p. 199.

a Constituição é olvidada. Há uma autorização para praticar esse *ativismo*, mas em nome de uma concepção de direito como integridade, como *um romance em cadeia*⁴⁸. O que se está a censurar é adoção de um “invencionismo atécnico” no qual o conhecimento do julgador não esgota o caso concreto, necessitando-se reconhecer que, em determinadas questões, o campo jurídico não se satisfaz por inteiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é de hoje que há uma *dicotomia* entre constitucionalistas e democratas⁴⁹; é dizer: entre os que defendem a aplicação da norma constitucional como uma necessária função *contramajoritária*⁵⁰ e aqueles que entendem que o princípio da maioria deve sempre prevalecer⁵¹. Com efeito, a forma como se dá a jurisdição constitucional nesse campo é um caminho tortuoso.

Se é certo que a legislação deve ser sempre observada, por outro lado diversas vezes o juiz se vê frente aos chamados

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF, 1999, Cap. VII.

⁴⁹ Sobre essa classificação, ver HOLMES, Stephen. *El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia*. Disponível em <http://cablemodem.fibertel.com.ar/seminario/up/holmes.pdf>. Acesso em 17/07/13.

⁵⁰ Ver BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*, 1986, p. 16.

⁵¹ Advertindo, porém, sobre o perigo de se contrapor democracia e constitucionalismo, aduz Lenio Streck que “considero necessário deixar claro que a contraposição entre democracia e constitucionalismo é um perigoso reducionismo. Não fosse por outras razões, não se pode perder de vista o mínimo, isto é, que o Estado Constitucional só existe e tornou-se perene a partir e por meio de um processo político constitucionalmente regulado (Loewestein). Na verdade, a afirmação da existência de uma “tensão” irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno, que entendo deva ser desmi(s)tificado. Frise-se, ademais, que se existir alguma contraposição, esta ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e a democracia majoritária, questão que vem abordada em autores como Dworkin, para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais”. (*Op., cit.*, p. 76).

hard cases. Nesse momento entra a solução a ser dada pelo Judiciário. Todavia, o que se advertiu ao longo de todo o texto, é que a adoção de sentenças em termos aditivos atenta contra a democracia, fazendo parte do que se chamou de *discrição judicial*. A atuação judicial, que se distingue, de forma nítida, da legislativa, defere ao magistrado a liberdade de escolha dentro das possibilidades do texto legal. Não se pode adotar essas técnicas para utilizar-se de “invenções jurídicas”.

O que se tentou deixar consignado é que, nada obstante a qualidade de sua formação jurídica, os juízes, muitas vezes, não têm capacidade de desenvolver por conta própria as investigações para a melhor solução ao caso concreto. Quando estiverem em jogo problemas sociais, econômicos e políticos de alta complexidade, o conhecimento da doutrina e da jurisprudência será largamente insuficiente para o bom exercício da função jurisdicional. Isto é especialmente válido se entendermos que o juiz deve *sempre* construir a melhor decisão para cada caso⁵².



5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*, 1986.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio - Ativismo judicial. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- CUNHA, José Ricardo. Possibilidade e limites da criatividade judicial: a relação entre Estado de Direito e argumenta-

⁵² CUNHA, *op. cit.*, p. 528.

- ção jurídica razoável (e o problema do desconhecimento dos direitos humanos). *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. n. 6.*
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. *O império do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- HOLMES, Stephen. *El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia*. Disponível em <http://cablemodem.fibertel.com.ar/seminario/up/holmes.pdf>.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sentenças Aditivas e o Mito do Legislador Negativo*. Revista Esmafe: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, n. 12, mar. 2007.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da construção Constitucional*. Lisboa: Editora Coimbra, 2000.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso - Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4ª ed. São Paulo:

Editora Saraiva, 2012.

VARGAS, Denise Soares. *Mutação Constitucional Via Decisões Aditivas. Limites e Legitimidade*. Dissertação submetida ao Instituto Brasileiro de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Orientador: Ney de Barros Bello Filho. Brasília, 2012, p. 88.