Habermas e a ADI nº 3.510 (uma múltipla análise sobre o julgamento da pesquisa com células-tronco embrionárias)

Rafael Santiago Costa
Advogado em Belo Horizonte. Graduado em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG).

Palavras-chave: Jürgen Habermas. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Pesquisa com células-tronco embrionárias.

Sumário: **1** Considerações iniciais – **2** Teoria discursiva do Direito – **3** Ativismo judicial – **4** Ponderação de princípios – **5** A pesquisa com células embrionárias – **6** Conclusões – Referências

1 Considerações iniciais

O estudo e a compreensão das obras e ideias de Jürgen Habermas se apresentam como um grande desafio para aqueles que procuram se aprofundar no estudo da Filosofia do Direito. Comentar ou, ousadia à parte, criticar o trabalho desse incomparável filósofo e sociólogo alemão se apresenta como um obstáculo quase intransponível.

Entretanto, nosso Supremo Tribunal Federal acabou por aliviar essa tarefa após concluir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Isso porque, além de ter analisado nesse julgado o mérito de questão sobre a qual Habermas se debruçou em um de seus trabalhos publicados (*O futuro da natureza humana*: a caminho de uma eugenia liberal?. São Paulo: Martins Fontes, 2004), acabou abordando indiretamente algumas das importantes questões estudadas por Habermas.

Por meio da mencionada ADI, foi o STF chamado a se pronunciar sobre o delicado tema da constitucionalidade da autorização legal para as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, haja vista a impugnação apresentada pela Procuradoria-Geral da República, em face do artigo 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 ("Lei da Biossegurança"), que apresenta a seguinte redação:

> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
> I – sejam embriões inviáveis; ou
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
> §1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
> §2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
> §3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Evidentemente, Habermas não chegou a analisar a constitucionalidade dessa norma, até porque sua promulgação foi posterior à conclusão e divulgação de seu trabalho. Na verdade, Habermas não chega nem mesmo a analisar ou afirmar a inconstitucionalidade da legislação alemã que versa sobre o tema, focando sua abordagem nos aspectos filosóficos, éticos e morais suscitados pelo desenvolvimento das pesquisas com material genético. Assim afirmou em um dos trechos iniciais de sua obra na qual se baseia o presente trabalho:

> É nessa situação que nos encontramos hoje. O progresso das ciências biológicas e o desenvolvimento das biotecnologias ampliam não apenas as possibilidades de ação já conhecidas, mas também possibilitam um novo tipo de intervenção. O que antes era "dado" como natureza orgânica e podia quando muito ser "cultivado", move-se atualmente no campo da intervenção orientada para um objetivo.
>
> [...]
>
> Tanto num quanto noutro caso, as conseqüências mostram que o alcance de intervenções biotécnicas evoca, como até agora, não apenas difíceis questões morais, mas também propõe questões de outra espécie. As respostas concernem à autocompreensão ética da humanidade em seu conjunto. (HABERMAS, 2004, p. 17, 21)

Como se verá, a análise feita pelo STF se pautou em bases jurídicas, mas sem desconsiderar, e nem poderia, reflexões de cunho ético e moral, sendo que trechos do trabalho de Habermas em questão chegaram a ser transcritos pelo menos pelos Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia em seus votos.

Esclareça-se, desde já, que o acórdão proferido na ADI nº 3.510 ainda não foi publicado, de modo que não se encontram disponibilizados todos os votos proferidos pelos Ministros da Corte.

As minutas dos votos a que tivemos acesso até a conclusão desse trabalho são de lavra dos Ministros Carlos Ayres Britto (Relator), Cármen Lúcia, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Eros Grau.

Segundo se confirma pelo *Informativo STF*, n. 508 e pela ata de julgamento referente à sessão conclusiva do julgado, realizada em 29.05.2008, os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello proferiram votos adotando linhas (talvez não de fundamentação, mas pelo menos de conclusão) semelhantes à do Relator, o que inclusive garantiu a prevalência do posicionamento desse Ministro sobre diferentes e pontuais divergências apresentadas ao longo do julgamento por alguns de seus pares.

Ainda não foi possível o acesso ao voto do Ministro Menezes Direito, que, conforme amplamente noticiado e também indicado no *Informativo STF*, n. 508, sustentou a divergência mais contundente ao posicionamento que predominou no STF, declarando parcialmente inconstitucionais o caput, incisos e parágrafos do dispositivo impugnado. Tal fato, por si só, implica uma necessária revisão desse trabalho, ou ao menos sua complementação, após a divulgação oficial e completa da íntegra do acórdão em comento.

Como afirmado, a análise das minutas dos votos até então disponibilizadas permite uma abordagem comparativa entre as ideias defendidas por Habermas e por nosso Supremo Tribunal acerca da pesquisa genética com embriões humanos. Por outro lado, possibilitam a menção a outras importantes questões suscitadas por Habermas em seus diversos e por igual importantes trabalhos, a saber: a difusão da Teoria Discursiva do Direito, os limites da atuação dos Tribunais Constitucionais e, até mesmo, as críticas direcionadas à ponderação de princípios defendida, principalmente, por Alexy.

O objetivo principal desse trabalho é relacionar o julgamento da ADI nº 3.510, não apenas no que se refere ao mérito da questão então apreciada, a algumas das teses desenvolvidas por Habermas em seus trabalhos. Não temos o intuito de nos posicionar nesse momento de forma conclusiva acerca da correção do resultado a que chegou o STF naquele julgamento, ou nem mesmo acerca do posicionamento de Habermas sobre a questão, embora não nos furtaremos à apresentação de comentários pontuais. Da mesma forma, não pretendemos criticar ou corroborar os demais aspectos da teoria habermasiana a serem abordados.

Na verdade, esse trabalho visa fomentar o intenso debate existente em torno da pertinência ou não da aplicação e difusão das ideias de Habermas no contexto do Direito brasileiro, que pode ser bem conhecido nas obras sucessivas de Lenio Streck e Álvaro Cruz e sintetizado nos seguintes dizeres desse último Professor:

> De outro lado, afastando-se dessa posição própria do irracionalismo contemporâneo comum aos projetos de Rorty, Focault e Derrida, dentre outros, as observações de Streck curiosamente — face seu marco teórico heideggeriano — se inserem também dentro da noção iluminista de racionalidade como elemento lastreador da democracia como um regime que se propõe à efetivação da justiça social. Nesse sentido, sua opção e a do constitucionalismo da efetividade têm sido pelo substancialismo implementado pela técnica hermenêutica da ponderação de valores.
>
> O objetivo desse trabalho é justamente verificar as bases de tal argumentação, procurando mostrar ao leitor a outra face da moeda: em outras palavras, que a contribuição do procedimentalismo de Habermas é universal e, portanto, não pode ser desconsiderada para fins do enriquecimento do constitucionalismo nacional e para a práxis do jurista brasileiro. (CRUZ, 2008, p. 20)

Ao prefaciar o livro de Álvaro Cruz (2008) do qual foi retirado o trecho acima transcrito, Marcelo Cattoni (2008, p. xii-xiii) deixa ainda mais claro o debate travado entre os dois constitucionalistas acerca da aplicabilidade da teoria habermasiana em nosso País:

> Como Álvaro Souza Cruz bem considera, as objeções de Lenio Streck vão desde a simples afirmação de que a teoria habermasiana não se apresentaria adequada à realidade brasileira, de terceiro mundo, até a objeção mais profunda segundo a qual não haveria propriamente uma Teoria da Constituição para o constitucionalismo visto como fenômeno universal, já que assim se estaria desconsiderando, mais uma vez, a específica realidade social, econômica e política de Estados que não teriam vencido as mesmas etapas históricas européias e norte-americanas. Em outras palavras, a teoria habermasiana, procedimentalista, desconsideraria as exigências substantivas para o real exercício de direitos fundamentais, na consolidação de democracias incipientes que, como o Brasil, não teriam efetivamente realizado as promessas de materialização próprias a um Estado Social digno do nome.
>
> Nesse contexto, o presente trabalho apresenta certa concordância com Álvaro Cruz, demonstrando como as idéias de Habermas estão presentes, de forma direta ou indireta, naquele que vem sendo considerado por muitos como o julgamento mais importante já ocorrido no STF.

2 Teoria discursiva do Direito

Como indicado, não é pretensão desse trabalho analisar a Teoria Discursiva do Direito

desenvolvida por Habermas, mas apenas apontar sua relação com o julgamento realizado pelo STF acerca das pesquisas com células embrionárias.

Para esse intuito, basta relembrar que Habermas propõe que a legitimidade do Direito se encontra vinculada à criação de meios e instrumentos democráticos que permitam o desenvolvimento de um contínuo debate acerca da constituição do ordenamento jurídico, sendo necessário que se incluam nesse debate, com iguais condições de participação, os interessados na norma almejada. A participação dos interessados por meio de um procedimento discursivo assegura que o provimento estatal seja adotado com um aval prévio ou, ao menos, com um prévio conhecimento e conformação dos alcançados pela norma, evitando-se questionamentos acerca da legitimidade daquele provimento.

Recorremos novamente a Álvaro Cruz para reforço dessa modesta síntese de tão relevante teoria:

> Certo é que a participação do interessado na prática de um provimento estatal é indispensável para a legitimidade do mesmo. Garantir essa participação da forma e nas condições que forem factíveis é uma exigência para a validade desse provimento e consequentemente das condições regulatórias do Estado. A postura excludente leva à falência do processo democrático [...]. (CRUZ, 2008, p. 118)

A Teoria Discursiva do Direito propõe, portanto, uma maior e indispensável participação daqueles que serão alcançados por determinada norma, sendo que a ausência desse procedimentalismo coloca em constante estado de dúvida a legitimidade da promulgação e aplicação do Direito.

Parece claro que a teoria se volta com maior ênfase para o procedimento legislativo, de modo que os interessados exerçam uma cidadania ativa na criação normativa, permitindo "a todos perceberem-se não apenas como destinatários, mas como verdadeiros autores do ordenamento jurídico" (CRUZ, 2008, p. 177).

Entretanto, entendemos que ela não deva ser totalmente desconsiderada pelo Poder Judiciário, principalmente no que se refere aos relevantes julgamentos realizados pelos Tribunais Constitucionais, cujos resultados irão afetar de forma considerável àqueles mesmos interessados que participaram da criação normativa verificada no âmbito do Poder Legislativo.

Afinal, o Tribunal estará analisando e definindo a constitucionalidade ou a forma como devem ser interpretadas normas implementadas de forma discursiva, dotadas, portanto, de firme presunção de legitimidade.

Julgamentos como o verificado na ADI nº 3.510 repercutem de forma considerável não só na vida dos diretamente interessados na norma impugnada, mas, como será mais bem abordado adiante, no próprio futuro da humanidade. Dessa forma, não se apresenta recomendável que a Corte adote uma postura solipsista e antidemocrática, chegando a uma decisão sem que fosse instaurado um verdadeiro debate na sociedade, sob pena de se retirar a legitimidade da decisão. Em casos relevantes, como o enfrentado por nossa Corte Superior na ADI nº 3.510, a simples fundamentação da decisão judicial, ainda que exaustiva, não seria suficiente para lhe assegurar o caráter de legítima.

E justamente nesse contexto que o julgamento em análise se apresenta histórico, independentemente do mérito enfrentado e do resultado obtido. Isso porque, pela primeira vez na história do STF, adotou-se o procedimento previsto no §1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, tendo o Relator do processo (Ministro Carlos Ayres Britto) determinado a realização de audiência pública, da qual, como consta do relatório apresentado pelo Ministro, participaram 22 dos maiores especialistas nacionais no tema analisado e cuja duração foi de cerca de oito horas.

Por outro lado, o Relator autorizou a participação, na condição de *amici curiae* ("amigos da Corte"), de inúmeras entidades da sociedade civil brasileira, defensoras de diferentes pontos de vista sobre a questão, dentre elas a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Assim justificou o Ministro a adoção de tais medidas:

> Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor da legitimidade da decisão a ser proferida na presente ADIN. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema. (vide item 6 do relatório)

Ainda em seu relatório, o Ministro fez questão de frisar que "este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica" (vide item 11).

O Presidente Gilmar Mendes, ao proferir seu voto, também destacou a importância do debate realizado em torno do julgamento, como visto, estimulado pelo próprio Tribunal, senão vejamos:

> Senhores Ministros. Cabe a mim, na qualidade de Presidente desta Corte, a difícil tarefa de votar por último, num julgamento que ficou marcado, desde seu início, pelas profundas reflexões de todos que intervieram no debate. Os pronunciamentos dos senhores advogados, do Ministério Público, dos *amici curiae* e dos diversos cientistas e expertos, assim como os votos magistrais de Vossas Excelências, fizeram desta Corte um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas.
>
> [...]
>
> O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídicas e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.
>
> [...]
>
> O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei nº 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional. (vide p. 1, 3, 4 e 5 do voto)

Embora o Ministro não tenha mencionado expressamente a teoria habermasiana ao destacar o debate democrático verificado no julgamento, parece-nos clara a influência dessa teoria nos trechos acima transcritos. A existência de "um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral", efetivamente comprometido com "debates procedimental e argumentativamente organizados", é justamente a condição apresentada por Habermas para a legitimação de decisões estatais.

Na verdade, as colocações do Ministro, como se notará adiante, parecem ser uma resposta indireta às críticas feitas pelo próprio Habermas a uma postura ativista dos Tribunais Constitucionais, justamente porque lhes faltaria o respaldo democrático inerente ao Poder Legislativo.

A leitura dos votos proferidos confirma que a realização da audiência pública e a permissão da participação de diversos *amici curiae* não se apresentaram como procedimentos adotados apenas visando ao cumprimento de formalidades que sugerissem uma abertura do STF ao debate público. Em diversos trechos da fundamentação desenvolvida pelos Ministros constam citações expressas aos memoriais apresentados pelos interessados e às transcrições da audiência pública.

Ou seja, a participação da sociedade nos debates travados no STF influenciou de forma efetiva no desfecho do julgamento da ADI. Embora seja certo que o resultado final do julgamento não atendeu aos anseios de todos os interessados, veste-se de inequívoca legitimidade.

3 Ativismo judicial

Outra interessante questão suscitada a partir da análise dos votos já disponibilizados se refere ao maior ponto de dissenso entre Lenio Streck e Álvaro Cruz no que se refere à teoria habermasiana.

Habermas, e nesse ponto recebe a defesa de Álvaro Cruz, é grande crítico da adoção de uma postura ativista dos Tribunais Constitucionais, por meio da qual o Judiciário acabaria adentrando indevidamente na esfera de atuação atribuída ao Poder Legislativo.

Com efeito, o filósofo alemão considera que a análise dos Tribunais Constitucionais acerca do controle abstrato das leis deveria ficar restrita à confirmação da correta observância dos procedimentos inerentes ao agir comunicativo, invalidando apenas as normas criadas de forma contrária àquele procedimentalismo democrático. Habermas chega a sugerir que a separação dos poderes determina que o controle abstrato de normas fique a cargo do próprio legislador, já que não há meios para se assegurar que o Tribunal Constitucional leve em consideração as mesmas razões que definiram a atuação legislativa. Confira-se:

> La lógica de la división de poderes, a la que cabe fundamentar em términos de teoría del discurso, sugiere configurar autorreflexivamente al poder legislativo, al igual que a la justicia, y dotarlo de la competencia de autocontrolar su propia actividad. El legislador no dispone a su vez de la competencia de comprobar si los tribunales em su negocio de aplicar el derecho se han servido exactamente de las razones normativas que en su día entraron a formar parte de la fundamentación presuntivamente racional de una ley. Por otro lado, lo que se llama control abstracto (sin referencia a un caso concreto)

> de normas pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador, que podría adoptar la forma de un procedimiento articulado em términos de proceso judicial. (HABERMAS, 1998, p. 314-315)

As opiniões conflitantes de Álvaro Cruz e Lenio Streck ficam bem representadas nas análises divergentes que fazem de determinados precedentes proferidos por diferentes órgãos do Judiciário nacional, sendo que o primeiro se posiciona contra a forma de atuação ativista do Judiciário (CRUZ, 2008, p. 151, 153) e o segundo realça a correção dessa postura (CRUZ, 2007, p. 250, 268). Segue um exemplo desses diferentes pontos de vista:

> Por conseguinte, torna-se oportuna a análise de alguns julgados que têm sido aplaudidos pela doutrina comunitarista nacional e que, em nossa opinião, estariam carentes da necessária racionalidade argumentativa.
>
> Streck aplaude decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de inconstitucionalidade nº 1158-8/AM, de 19.12.94, ao anular legislação estadual que concedia gratificação de férias aos servidores inativos. Entendeu o tribunal, com a anuência entusiasmada do doutrinador, que tal vantagem pecuniária ofenderia o princípio da razoabilidade incidindo "o legislador comum em desvio ético-jurídico". Contudo, é preciso indagar: não é a própria Constituição Federal (art. 40, §4º) que determina que os proventos de aposentadoria serão revistos na mesma proporção que a remuneração dos servidores da ativa? [...] Fica a pergunta: quem define o que é "desvio ético-jurídico"? O magistrado pode livremente superpor seus valores pessoais sobre aqueles aprovados na Assembléia Constituinte? (CRUZ, 2007, p. 151)

As divergências nesse aspecto entre os dois constitucionalistas ficam ainda mais nítidas no seguinte trecho extraído da introdução feita por Álvaro Cruz ao seu *Hermenêutica jurídica e(m) debate*, assumidamente escrito em tréplica à Streck (o trecho se refere à apresentação por Álvaro do posicionamento de Streck):

> Exatamente por isso Habermas não conseguiria ver a importância sem igual do papel das Cortes Constitucionais na atualidade. Preocupado apenas com a operacionalização do Direito, ele centrará suas atenções na manutenção dos procedimentos democráticos, especialmente no concernente ao controle prévio da constitucionalidade das leis, o que poderia ser feito pelo próprio Legislativo, levando-o a concluir até mesmo que a existência dos Tribunais Constitucionais não fosse auto-evidente, tal como pretende o comunitarismo. Habermas estaria, na visão de Streck, amarrado ainda a uma lógica de divisão dos poderes clássica, pela qual uma hermenêutica que se desse em condições "construtivas" seria simplesmente uma invasão ilegítima de competências do Judiciário de atribuições típicas do Executivo e fundamentalmente do Legislativo. (CRUZ, 2007, p. 20-21)

Dessa forma, por ser Habermas indiscutivelmente contrário ao ativismo dos Tribunais Constitucionais, torna-se pertinente nesse trabalho a análise da forma como o STF agiu no julgamento da ADI nº 3.510, justamente para confirmarmos se a teoria habermasiana tem sido por aqui adotada em relação a esse aspecto.

Como se sabe, prevaleceu o entendimento sustentado pelo Ministro Relator julgando improcedente a ADI para reconhecer a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005. O Ministro Carlos Britto, após extenso e fundamentado voto, concluiu sem maiores ressalvas, no que se refere à parte dispositiva da decisão, pela improcedência da ação.

Pelo que se depreende dos demais votos já disponibilizados e da ata do julgamento, percebe-se que os Ministros Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, ainda que com base em diferentes e não menos substanciosos argumentos, também se limitaram a considerar válido o dispositivo impugnado.

Dessa forma, considerando-se o resultado final do julgamento, não há que se falar que o Tribunal adotou uma postura ativista, imiscuindo-se, na concepção habermasiana, sobre a competência atribuída ao Poder Legislativo. Afinal, a decisão do legislador acabou sendo totalmente confirmada pelo Judiciário.

Já nos votos proferidos por esse primeiro grupo, nota-se a preocupação de alguns Ministros em ultrapassarem os limites impostos ao Tribunal pela separação de poderes, conforme demonstram os seguintes trechos extraídos, respectivamente, dos votos proferidos pelas Ilmas. Ministras Ellen Gracie e Cármen Lúcia:

> Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é o papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988. (p. 2)

> Finalmente, Senhor Presidente, e ainda como observação preliminar, a se tomar não apenas quanto a esse, mas em relação a qualquer julgamento de controle abstrato de constitucionalidade, preocupa-me o que foi aqui afirmado por um dos ótimos advogados que assomaram a tribuna, na sessão na qual teve início esse julgamento. Segundo o que anotei nas alegações lançadas na tribuna, afirmou um dos eminentes procuradores, que, no presente julgamento, não teria muito a fazer este Supremo

> Tribunal, pois não haveria um vazio legislativo sobre a matéria. A questão resumir-se-ia na indagação que poderia ser assim traduzida: que legitimidade teria o Poder Judiciário para afirmar inconstitucional uma lei que o Poder Legislativo votou, o povo quer e a comunidade científica apóia?
>
> No Estado Democrático de Direito, os Poderes constituídos desempenham a competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de dever. [...].
>
> É com o só compromisso com a Constituição que há de atuar esse Supremo Tribunal, neste como em qualquer outro julgamento. O juiz faz-se escravo da Constituição para garantir a liberdade que ao jurisdicionado nela é assegurado.
>
> [...]
>
> É bem certo que esse dispositivo [art. 5º, §3º, da Lei n.º 11.105/05] não deixa suficientemente claro e afirmado o rigor do controle determinado naquelas normas para a constituição e o desempenho das atividades destes comitês de ética e pesquisa. Porém, não parece caber aqui uma declaração de inconstitucionalidade. Talvez se pudesse afirmar declaração de déficit de constitucionalidade [...].
>
> Mas essa competência é conferida ao Congresso Nacional, no qual já tramita o Projeto de Lei n. ..., de 2008,[1] pelo Deputado José Aristodemo Pinotti, que busca estabelecer mais rigor legislativo na matéria. [...]. A aprovação daquele ou de outro projeto que restrinja e torne mais seguros os mecanismos de controle de ética nas pesquisas e nos tratamentos com células-tronco obviamente suprirão aquele déficit de constitucionalidade e tornarão mais seguros os direitos constitucionalmente afirmados. (p. 3, 4, 30)

Os Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau também julgaram a ação improcedente no todo ou em parte, apresentando cada um deles, até mesmo nas partes dispositivas de seus votos, extensas e complexas ressalvas cuja observância se apresentaria como condição *sine qua non* à aplicação do art. 5º da Lei nº 11.105/05. Foram invocadas as técnicas da interpretação conforme a Constituição e, até mesmo, da decisão aditiva.

Dessa forma, nos votos lavrados por esses Ministros parece estar presente uma menor preocupação com aquelas críticas feitas por Habermas e reiteradas por Álvaro Cruz em relação ao ativismo judicial.

O Ministro Eros Grau até chegou a ressaltar que tem "reagido incisivamente a qualquer experiência de controle da proporcionalidade ou razoabilidade delas, à prática das quais não estamos habilitados". Completou afirmando que não cabe ao STF censurar o legislador, "salvo nos casos em que a constitucionalidade de qualquer ato normativo estiver em pauta" (p. 10 de seu voto).

Entretanto, por se mostrar extremamente preocupado com a amplitude do dispositivo legal então impugnado, mas considerando que não seria recomendável a simples declaração de inconstitucionalidade da norma, propôs a prolação de uma decisão aditiva visando à superação de sua incompletude. Assim esclarece o intuito de sua proposta:

> Note-se bem que a decisão aditiva acrescenta novo sentido normativo à lei, a fim de que determinado preceito legal seja depurado, adequado aos padrões da constitucionalidade. A esta Corte não cabe acrescentar nada à Constituição, como já se fez, indevidamente [...] no julgamento do MS 26.602. A decisão aditiva incorpora preceito novo à legislação infraconstitucional para, salvando-a de inconstitucionalidade, mantê-la em coerência com o bloco de constitucionalidade. Algo é acrescentado ao preceito legal, a Constituição permanecendo intocada, intocável. (p. 12)

Com base nessas premissas, Eros Grau declarou a constitucionalidade do dispositivo, mas estabeleceu termos aditivos apresentados em três detalhados tópicos, nos quais chegou a tratar até mesmo do número máximo de óvulos a serem fecundados por ciclo (quatro), bem como o prazo dentro do qual o óvulo fecundado pode ser considerado inviável caso tenha cessado naturalmente sua evolução (24 horas).

Parece claro que essa proposta receberia rígido repúdio de Habermas, que certamente lhe vincularia, ao menos, a suspeita da falta de legitimidade. Afinal, Álvaro Cruz assim resume o posicionamento de Habermas sobre os limites à atuação do Judiciário:

> Para Habermas, meios e fins, por uma exigência democrática, são definidos originariamente pelo legislador político. Ao Judiciário, dentro das noções do senso de adequabilidade, cabe tão-somente verificar se a medida tem caráter discriminatório, ou seja, se a medida viola a noção de reciprocidade inerente ao princípio da moralidade (e, posteriormente constatar-se-á, também ao princípio da democracia), ou se ela viola direitos fundamentais, que, ver-se-á mais tarde, concebe-se a partir do discurso. (CRUZ, 2008, p. 153-154)

O Ministro Ricardo Lewandowski também apresentou uma série de críticas diretas e expressas contra as determinações contidas no art. 5º da Lei nº 11.105/05, principalmente no que se refere à indicação do prazo de três anos de congelamento como limite mínimo a ser observado para sua utilização em pesquisas e à falta de exigência de prévia fiscalização por órgãos públicos.

Julgou pela procedência parcial da ADI "para, sem redução de texto, conferir a seguinte

[1] Na minuta do voto disponibilizada não consta o número do Projeto de Lei e não foi possível a identificação do mesmo em pesquisa realizada por esse autor.

interpretação aos dispositivos abaixo discriminados, com exclusão de qualquer outra:". Em seguida, apresentou cinco itens indicando de forma detalhada (e, ao nosso ver, inovadora em muitos aspectos) como deveriam ser interpretados e aplicados o *caput*, incisos e parágrafos do dispositivo analisado.

Cezar Peluso também concluiu seu voto de forma semelhante: "Diante do exposto, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, ressaltando, porém, que dou interpretação conforme a Constituição aos artigos relativos aos embriões na legislação impugnada, para os fins já declarados (a, b e d)". Mas indicou expressamente a necessidade do Poder Legislativo editar leis específicas tratando de responsabilidade criminal e da criação de um órgão de efetiva fiscalização.

Dentre os votos analisados, certamente o proferido pelo Presidente Gilmar Mendes é o que contém mais elementos para alimentar o debate tratado nesse tópico. Até porque, já no início de seu voto, relembra que "importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais" (p. 2 de seu voto).

Por outro lado, Gilmar Mendes sustentou de forma expressa que a questão posta em julgamento envolveria uma análise segundo parâmetros de proporcionalidade, destacando sua faceta da proibição da proteção deficiente: "o ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima"; "violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção" (p. 15).

Álvaro Cruz para apresentar rígida contraposição à invocação do princípio da proporcionalidade na análise da constitucionalidade das leis pelo Judiciário. E é da própria obra de Habermas que ele retira subsídios para criticar a aplicação de cada um dos três subprincípios da proporcionalidade: o da adequação, o da necessidade e o da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito). Em relação ao primeiro, assim demonstra o risco de invocação pelo Judiciário:

> O primeiro deles é o da "adequação", ou seja, o Judiciário deve examinar se a norma é apta a fazer face aos fins que almeja. Esse subprincípio é o da pertinência ou aptidão (*geeignetheit*), que permite examinar se o meio é suficiente para o alcance da finalidade. Em síntese, esse subprincípio exige que o Judiciário examine se as estratégias de ação previstas na norma são adequadas a seu fim!
>
> Ora, essa exigência é tipicamente um argumento pragmático e sua definição, como já se viu, é tarefa exclusiva do legislador político. Também já foi visto que o Judiciário, de início, deve considerá-las válidas. No máximo, e no caso de controle de constitucionalidade, ele deve examinar se tal argumento foi depurado por meio do "princípio da democracia". (CRUZ, 2004, p. 239)

A crítica ao exame judicial da necessidade de uma norma é assim apresentada:

> O segundo subprincípio é o da necessidade (*Erforderlichkeit*). Por meio dele o Judiciário deve examinar a "menor gravosidade possível" da medida, ou seja, se existe medida alternativa menos onerosa que aquela que foi aplicada. Assim sendo, o Judiciário está autorizado a declarar sua inconstitucionalidade.
>
> Em síntese, confere-se mais uma vez poderes discricionários ao Judiciário, no sentido de colocar-se na "pele" do legislador político e verificar se, a seu juízo, haveria uma medida que fosse melhor. Esse elemento impõe um decisionismo absoluto, na medida em que propõe ao Judiciário o papel de definição das diretrizes políticas e de argumentos pragmáticos. (CRUZ, 2004, p. 240)

Por fim, Álvaro Cruz, ainda com base na teoria habermasiana, apresenta o seguinte óbice à análise da proporcionalidade em sentido estrito pelo Judiciário:

> Por último, tem-se o "subprincípio da proporcionalidade propriamente dita", que é na verdade a ponderação em si mesma. Como já visto, o esforço de Alexy (1993) em sustentar a natureza deontológica dos princípios cede lugar no instante em que ele opera a ponderação no nível da moralidade convencional, ou seja, em termos de preferências valorativas compartilhadas intersubjetivamente por uma sociedade. Pela ponderação, o juiz poderá indicar "racionalmente" os bens/valores que lhe são mais atrativos, segundo uma escala de apreciação dos mesmos. Assim, Alexy (1993) entende que os princípios, tal como os valores, concorrem para obter a primazia na aplicação.
>
> [...]
>
> Logo, a ponderação autoriza o emprego de argumentos pragmáticos, ético-políticos, equiparando o Tribunal Constitucional a uma Assembléia Constituinte, vez que ignora a moralidade pós-convencional e a política deliberativa, ínsita aos "princípios da moralidade, da democracia e do discurso". (CRUZ, 2004, p. 243-244)

Para ficar ainda mais expresso o repúdio de Álvaro Cruz ao emprego do princípio da proporcionalidade na análise pelo Judiciário da constitucionalidade das leis, apresenta-se a seguinte conclusão do doutrinador:

> Logo, em sede de controle de constitucionalidade das leis, definitivamente o princípio da proporcionalidade não deve ser tolerado. E a razão é simples:

> a discricionariedade que o mesmo concede ao julgador o transforma inexoravelmente em legislador de segunda instância. Ele autoriza ao Judiciário questionar opções éticas, políticas, morais e pragmáticas na escolha de meios e fins definidos nos discursos de fundamentação. Não há aqui qualquer controle de sua parte. Desse modo, caso o aceitássemos, deveríamos definitivamente fechar o Congresso e as repartições do Executivo: os magistrados se tornariam nossos novos legisladores e governantes. (CRUZ, 2004, p. 212)

Gilmar Mendes certamente não está de acordo com essas conclusões altamente influenciadas pelas ideias de Habermas, tanto que conclui expressamente em seu voto que o art. 5º da Lei nº 11.105/05 seria deficiente e não estaria de acordo com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente.

Mas, mesmo com essa conclusão, o Presidente de nossa Suprema Corte achou por bem não declarar a inconstitucionalidade do dispositivo, sob o argumento de que a nulidade total da norma poderia causar um "indesejado vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção de sua vigência" (p. 26).

E, após relembrar a forma como o STF atuou nos julgamentos relacionados à fidelidade partidária, à greve dos servidores públicos e à cláusula de barreiras, apresentou conclusão que confirma a preocupação de Habermas acerca do crescente ativismo judicial verificado nos Tribunais Constitucionais, senão vejamos:

> [...] o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF nº 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade — no caso do feto padecer de anencefalia — ao crime de aborto.
>
> Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. (p. 33 do voto)

Dessa forma, parece claro que, enquanto as ideias de Habermas acerca da importância de se criar e respeitar condições ao pleno desenvolvimento do debate foram plenamente acatadas pelo STF no julgamento da ADI nº 3.510, suas ideias contrárias ao ativismo judicial não têm a mesma receptividade, sendo que a criação daquelas condições parece ser apontada como justificativa para a legitimação daquela postura ativista. Ainda que o resultado final do julgamento tenha confirmado a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/05, sem maiores ressalvas ou adições, parte dos votos proferidos demonstram que a possibilidade de nosso Tribunal Constitucional atuar como legislador positivo se apresenta cada vez mais sólida.

4 Ponderação de princípios

Antes que se passe à análise do mérito da ADI, merece apontamento uma última questão tratada indiretamente pelos Ministros e que enseja remissão às principais ideias sustentadas por Habermas. Trata-se da enfática crítica que direciona à teoria desenvolvida por Alexy acerca da forma de resolução de eventuais colisões entre princípios incidentes sobre um mesmo caso concreto.

Visando a uma maior contextualização dessa discussão, transcreve-se trecho do voto da Ministra Carmén Lúcia:

> [...] A inviolabilidade do direito à vida, que o Procurador-Geral da República entende estaria sendo descumprido pelo art. 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/2005, não pode ser interpretado a partir da idéia de direito absoluto. Todo princípio de direito haverá de ser interpretado e aplicado de forma ponderada segundo os termos postos no sistema. Como acentuado pelo eminente Procurador-Geral da República em sua petição, dignidade humana é princípio, e esse se aplica na ponderação necessária para que o sistema possa ser integralmente acatado. Mesmo o direito à vida haverá de ser interpretado e aplicado com a observação da sua ponderação em relação a outros que igualmente se põem para a perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional. (p. 14 e 15 de seu voto)

As colocações da Ministra estão em consonância com a proposta de Alexy para a solução de colisões entre princípios, que pode ser assim resumida:

> [...] Se dois princípios colidem — o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido —, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão pode da precedência pode ser resolvida de forma oposta.
>
> [...]
>
> Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, "por si só, de prioridade". O "conflito" deve, ao contrário, ser resolvido "por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes". O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses — que *abstratamente estão no mesmo nível* — tem *maior peso no caso concreto*: [...]. (ALEXY, 2006, p. 93, 95)

Essa ideia de sopesamento entre princípios também é sustentada por Dworkin, para quem "os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um" (DWORKIN, 2007, p. 42).

Entretanto, Habermas discorda de Alexy e Dworkin nesse aspecto e certamente não concordaria com a colocação da Ministra Cármen Lúcia. O principal ponto de divergência gira em torno do fato de Habermas considerar equivocada a qualificação atribuída aos princípios por Alexy, que os considera como mandamentos de otimização.[2]

Com efeito, sua crítica foi assim explicitada:

> Las *reglas* son normas concretas, determinadas ya pensando en su aplicación específica, [...], mientras que los *principios* representan directivas jurídicas (como la dignidad humana, el trato igual, etc.) de tipo general, que siempre necesitan de interpretación. Tanto las reglas (normas), como esos postulados generales (principios), son mandatos (o prohibiciones, o permisiones), cuya validez deóntica expresa el carácter de una obligación. La distinción entre estos dos tipos de reglas no debe confundirse con la distinción entre normas y fines u objetivos. Los principios, lo mismo que las reglas, no tienen una estructura teleológica. Y no deben entenderse — en contra de lo que sugiere la apelación a la 'ponderación de bienes' en las habituales *Methodenlehren* o 'metodologías jurídicas' — como mandatos de optimización, pues con ello se desvanecería el sentido deontológico de su validez. (HABERMAS, 1998, p. 278)

Novamente recorremos a Álvaro Cruz para tornar ainda mais nítido o posicionamento contrário adotado por Habermas ao sopesamento de princípios:

> De outro lado, Habermas (1997) questiona o tratamento axiológico dos princípios, pois esse confere um papel hermenêutico estritamente teleológico aos juízes. Ele entende que os princípios têm caráter deontológico, submetendo-se ao código binário do "sim/não", lícito/ilícito e não a uma escala de valores. Os princípios não concorrem entre si para serem aplicados. Ao contrário, o operador do Direito deve procurar aquele que se adequa à questão. (CRUZ, 2004, p. 243)

Já se afirmou não ser objetivo desse trabalho analisar de forma detalhada cada uma das ideias de Habermas aqui apresentadas. Também não pretendemos nos posicionar contra ou a favor delas ou daqueles que sustentam posições díspares. Nosso intuito é tão somente indicar como a análise dos votos proferidos na ADI nº 3.510 permite a identificação de alguns pontos de convergência ou de divergência entre as ideias sustentadas pelos Ministros de nosso Tribunal Constitucional e a teoria habermasiana.

E até aqui foram apresentados tópicos indiretamente, e até mesmo não intencionalmente, abordados nos votos proferidos que permitiram essa introdução sintetizada das principais ideias de Habermas.

Por outro lado, conforme nos informa o Ministro Carlos Britto, o STF foi o primeiro Tribunal Constitucional a enfrentar, por meio da ADI em análise, a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias (vide item 51 de seu voto). E como Habermas também se debruçou de forma detida sobre o tema, antes mesmo do advento da legislação brasileira impugnada na ADI, não poderíamos nos furtar à apresentação de uma certa comparação entre o entendimento do filósofo alemão sobre a matéria e aquele que prevaleceu em nossa Corte Superior.

5 A pesquisa com células embrionárias

Não seria possível nesse trabalho apresentar, ainda que resumidamente, todos os argumentos apresentados por Habermas e pelo STF acerca do tema. Afinal, Habermas dedicou um livro inteiro para apresentar suas considerações e conclusões, ao passo que a íntegra do acórdão proferido pelo STF certamente conterá mais de quatrocentas páginas (os sete votos disponibilizados somam 276 páginas).

Nossa proposta é indicar as principais ideias de Habermas sobre o assunto, fazendo alguns paralelos com o julgamento da ADI. Destaque-se, novamente, que a abordagem de Habermas foi eminentemente filosófica e baseada na realidade alemã sobre as pesquisas científicas envolvendo material genético. Já o julgamento da ADI nº 3.510, embora tenha sofrido forte influência do Direito Comparado, girou em torno de um dispositivo legal específico e cuja validade foi analisada principalmente em face do ordenamento jurídico pátrio.

Antes de mais nada, vale lembrar que Habermas é adepto da Escola de Frankfurt, cujos integrantes repudiavam uma razão instrumental exacerbada, baseada em uma evolução contínua e sem limites

[2] "O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas" (ALEXY, 2006, p. 90).

da ciência. E é justamente sua preocupação com os efeitos do progresso das biotecnologias sobre as relações humanas que o motivou a ponderar sobre os limites a serem impostos à manipulação genética.

A preocupação de Habermas pode ser bem ilustrada pelo seguinte trecho de sua obra:

> Com efeito, um dia quando os adultos passarem a considerar a composição genética desejável dos seus ascendentes como um produto que pode ser moldado e, para tanto, elaborarem um design que lhes pareça apropriado, eles estarão exercendo sobre seus produtos geneticamente manipulados uma espécie de disposição que interfere nos fundamentos somáticos da autocompreensão espontânea e da liberdade ética de uma outra pessoa e que, conforme pareceu até agora, só poderia ser exercida sobre objetos, e não sobre pessoas. Desse modo, mais tarde os descendentes poderiam pedir satisfação aos produtores do seu genoma e responsabilizá-los pelas consequências, indesejáveis do seu ponto de vista, desencadeadas no início orgânico de sua história de vida. (HABERMAS, 2004, p. 19)

A maior parte desse trabalho específico de Habermas é focada nos riscos às relações interpessoais trazidos pela manipulação genética voltada à realização de alterações no embrião que virá a se tornar uma pessoa (eugenia), o que se trata de fenômeno que vai além da atividade prevista no art. 5º da Lei nº 11.105/2005, e, por conseguinte, não diretamente considerado pelo STF no julgamento da ADI que impugnava aquele dispositivo.

Mas Habermas também se refere à manipulação de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia e considera que essa atividade se apresentaria como um primeiro passo para se chegar à eugenia. Nesse ponto, torna-se possível uma confrontação efetiva entre o posicionamento do filósofo alemão e o de nosso STF.

Em relação àquele estágio mais avançado da manipulação genética, Habermas demonstra como a possibilidade de transformação dos genitores em verdadeiros *designers* dos filhos acarretaria em uma dependência contínua e irreversível dos filhos em relação aos pais. Aqueles nunca poderão assumir de forma plena a responsabilidade pela condução de sua vida, justamente por saberem que ela se encontra irreversivelmente atrelada em considerável grau às manipulações determinadas por seus pais antes de seu nascimento.

Habermas destaca o desenvolvimento da técnica do diagnóstico genético de pré-implantação (DGPI), explicando-o da seguinte forma:

> torna possível submeter o embrião que se encontra num estágio de oito células a um exame genético de precaução. Inicialmente, esse processo é colocado à disposição de pais que querem evitar o risco da transmissão de doenças hereditárias. Caso se confirme alguma doença, o embrião analisado na proveta não é reimplantado na mãe. (HABERMAS, 2004, p. 24)

Após apresentar a distinção entre eugenia negativa (relacionada às manipulações feitas com o fim exclusivo de se evitar doenças hereditárias graves; fins terapêuticos) e positiva (alterações genéticas feitas com o intuito de incluir ou alterar características do embrião; finalidades de aperfeiçoamento), destaca que a primeira parece ser justificada, devendo a outra ser repudiada. Entretanto, é justamente o "limite flutuante" entre ambas as modalidades que o instiga.

A distinção feita por Habermas entre dignidade humana e dignidade da vida humana é de suma importância para a confrontação buscada nesse trabalho entre seu posicionamento e aquele a que chegou o STF.

Para Habermas, a dignidade humana se refere à condição simétrica de relações travadas entre os membros de uma comunidade, que estabelecem entre si normas e obrigações morais que esperam serem obervadas por todos os inseridos naquela comunidade (HABERMAS, 2004, p. 46-47).

Dessa forma, entende que a dignidade humana se refere apenas àquele indivíduo sujeito a essas relações e interações interpessoais e, para ele, "somente a partir do momento em que a simbiose com a mãe é rompida é que a criança entra num mundo de pessoas", *e, reforça,* "o ser geneticamente individualizado no ventre materno, enquanto exemplar de uma comunidade reprodutiva, não é absolutamente uma pessoa [...]" (HABERMAS, 2004, p. 49).

Entretanto, não nega que a vida humana, assim entendida como qualquer etapa que antecede a individualização da pessoa verificada com o nascimento, também goza de proteção legal: "A vida humana também desfruta, em suas formas anônimas, de 'dignidade' e exige 'respeito'" (HABERMAS, 2004, p. 52).

A passagem abaixo transcrita condensa de forma satisfatória as conclusões a que Habermas chega após fazer a distinção apresentada:

> É oportuno que nos certifiquemos para onde nossas reflexões nos têm conduzido até o momento. Por um lado, sob as condições do pluralismo ideológico, não podemos atribuir ao embrião, "desde o início", a proteção absoluta da vida, de que as pessoas enquanto portadores de direitos fundamentais

> desfrutam. Por outro, existe a intuição de que não podemos simplesmente dispor da vida humana pré-pessoal com de um bem submetido à concorrência. (HABERMAS, 2004, p. 60)

E essas considerações se apresentam importantes no contexto de nossa ADI porque os dois principais argumentos sustentados pelo autor da ação foram justamente o direito à inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*, da Constituição) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição).

O trecho da obra de Habermas acima reproduzido pode ser considerado como uma síntese dos argumentos sustentados pelos Ministros do STF e que resultaram na improcedência da ação. Ao embrião não seria concedido o direito absoluto à proteção da vida (até porque o dispositivo constitucional faz menção que a garantia de inviolabilidade a esse direito é assegurada aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, o que não nos parece ser o caso de um embrião congelado) e a dignidade da *pessoa* humana (dignidade humana, para Habermas) não estaria relacionada à vida humana pré-pessoal.

Embora o Ministro Carlos Britto não tenha indicado qualquer influência habermasiana em seu voto, consideramos que o trecho a seguir transcrito demonstra inegável semelhança entre os posicionamentos dessas ilustres figuras:

> Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão **biográfica**, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível a olho nu e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e nominalizado sujeito perante o Direito.
>
> [...]
>
> Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativivo em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual [...]. (tópicos 20 e 22 do voto/destaques no original)

O Ministro Cezar Peluso se baseou em semelhante raciocínio, senão vejamos:

> A pergunta nevrálgica a que deve a Corte responder é se a tutela constitucional da vida se aplica, na integralidade do seu alcance, à classe dos embriões e, mais especificamente, à dos embriões inviáveis e aos crioconservados.
>
> [...]
>
> Antes de declinar o extenso rol de direitos fundamentais do art. 5º, cujo caput assegura o direito à vida, a Constituição da República enuncia seus princípios fundantes no art. 1º, fazendo constar do inc. III a dignidade da pessoa humana. Harmonizam-se todas estas disposições, pois o vocábulo vida, constante do art. 5º, não pode dissociar-se do pressuposto de sua condição humana. Quando se refere a todos, brasileiros e estrangeiros aqui residentes, que são iguais perante a lei, a Constituição cuida, a toda a evidência, de seres humanos viventes. (tópicos 3 e 4 do voto)

Após ressaltar a diferença entre dignidade (da pessoa) humana e dignidade da vida humana, com a qual parecem concordar a maior parte de nossos Ministros, senão todos, e realizar as considerações acima resumidas (semelhantes às que chegaram alguns de nossos magistrados), Habermas conclui que a limitação normativa que o tema enseja não pode se voltar contra as intervenções genéticas em si, mas contra seu tipo e alcance (HABERMAS, 2004, p. 61).

Nesse ponto, também se apresenta inequívoca a similitude do posicionamento defendido pelo filósofo com aquele sustentado por nosso Excelso Tribunal. Como visto em outras passagens desse trabalho, nem mesmo aqueles Ministros que foram mais rigorosos com o dispositivo impugnado o declararam inconstitucional e não se posicionaram contra todo e qualquer tipo de pesquisa com células embrionárias.

Pelo contrário, indicaram a necessidade de uma melhor regulamentação da matéria, de forma que as pesquisas fossem realizadas dentro de certos limites e controles que impedissem o desvio ético e moral da atividade, tornando-a incompatível com nossa Constituição.

Entretanto, a partir dessas premissas comuns, Habermas estabelece um critério para legitimar a atividade de manipulação genética que não foi aplicado pelo STF. Com efeito, condiciona as intervenções genéticas a um presumível e futuro consenso com o ente afetado pela intervenção, consenso esse que não pode ser obtido no momento da intervenção, mas que será quase certamente ratificado posteriormente. Tendo em vista a importância dessa conclusão de nosso filósofo, apresentam-se suas palavras sobre ela:

> Nesse sentido, em relação a essas intervenções genéticas de caráter terapêutico, consideramos o embrião como a segunda pessoa que um dia será. Essa atitude clínica recebe sua força legitimadora da suposição contrafactual e justificada de um possível

> consenso com um outro, que pode dizer "sim" ou "não". Com isso, o ônus normativo da prova recai sobre o direito de antecipar um consentimento que não pode ser obtido no momento. No caso de uma intervenção terapêutica no embrião, esse consentimento poderia, na melhor das hipóteses, ser ratificado a posteriori (o que, no caso de se evitar preventivamente o nascimento, jamais ocorrerá).[...]
>
> Em todo caso, um suposto consenso só pode ser evocado em caso de prevenção de um mal indubitavelmente extremo, que, como é de esperar, é rejeitado por todos. (HABERMAS, 2004, p. 61)

E é justamente por considerar imprevisível não só o consentimento futuro do filho com as manipulações feitas pelos pais visando ao seu aperfeiçoamento, mas a própria forma como reagirá quando tiver conhecimento que todas as suas características estão irreversivelmente definidas por terceiros e com base apenas em suas preferências pessoais, que Habermas se posiciona radicalmente contra a ideia de uma eugenia liberal, que resultaria em uma instrumentalização do embrião:

> Diferentemente da intervenção clínica, o material genético é então manipulado a partir da perspectiva de alguém que age de forma instrumental, e que, por meio de sua "colaboração", provoca um estado desejado no campo do objeto, segundo seus próprios objetivos. Intervenções que alteram as características genéticas constituem um fato da eugenia positiva quando ultrapassam os limites estabelecidos pela "lógica da cura", ou seja, da ação, supostamente aprovada, de evitar males. (HABERMAS, 2004, p. 74)

Dessa forma, coloca-se a favor apenas das atividades de manipulação genética que visem à eliminação de alguma doença grave que certamente traria consideráveis dissabores ou dificuldades de sobrevivência futura ao embrião objeto da manipulação. O interesse a ser preservado seria o do embrião e não o de terceiros que se valeriam do primeiro como instrumento para a conquista de seus objetivos.

Com base em tais convicções, Habermas não se posiciona de forma contrária apenas em relação à eugenia liberal (intervenções positivas visando ao melhoramento do embrião), mas também à técnica do DGPI e de toda e qualquer pesquisa com células embrionárias que não visem ao desenvolvimento e nascimento do embrião, uma vez que os embriões se tornariam instrumentos aos anseios de terceiros e não se tornariam pessoas com condições de consentirem no futuro com a manipulação ou intervenção pela qual passaram.

Abaixo seguem três trechos de sua obra que resumem sua repulsa à possibilidade de regulamentação jurídica de cada um dos procedimentos acima mencionados:

> Práticas de eugenia de aperfeiçoamento não podem ser "normalizadas" de modo legítimo no âmbito de uma sociedade pluralista e democraticamente constituída, que concede a todo cidadão igual direito a uma conduta de vida autônoma, porque a seleção das disposições desejadas *a priori* não pode ser desatrelada do prejulgamento de determinados projetos de vida. (HABERMAS, 2004, p. 91-92)

> Duas coisas nos impedem de legalizar o DGPI: a geração de embriões mediante ressalva e a própria forma dessa ressalva. Provocar uma situação em que eventualmente nos desfazemos de um embrião doente é tão questionável quanto a seleção a partir de critérios estabelecidos de forma unilateral e, até certo ponto, instrumentalizadora, pois não se pode supor um consentimento antecipado, que, como no caso de intervenções genéticas de caráter terapêutico, poderia ao menos ser posteriormente ratificado pelos pacientes tratados: nesse caso não surge pessoa alguma. (HABERMAS, 2004, p. 94-95)

> A sensação de que não podemos instrumentalizar o embrião com uma coisa para qualquer *outro* objetivo encontra uma expressão ao se exigir que ele seja tratado antecipadamente como *uma segunda pessoa*, que, *se nascesse, poderia* ter sua própria atitude com relação a esse tratamento. Todavia, a atividade puramente experimental ou "de consumo" no laboratório de pesquisa não visa absolutamente a um nascimento. Em que sentido essa atividade pode então "perder" a atitude clínica perante um ser, cujo consentimento, a ser obtido posteriormente, pode pelo menos ser suposto a princípio?
>
> A referência ao bem coletivo de métodos de cura, que possivelmente poderiam ser desenvolvidos, encobre a circunstância de uma instrumentalização incompatível com a atitude clínica. Obviamente, o uso de embriões exclusivamente para pesquisa não pode ser justificado sob o ponto de vista clínico da cura, pois este é talhado para o trato terapêutico com a segunda pessoa. (HABERMAS, 2004, p. 97)

E é essa última conclusão de Habermas que destoa do entendimento de nosso Supremo Tribunal no julgamento da ADI nº 3.510. Afinal, reconheceu-se justamente a constitucionalidade da pesquisa com embriões congelados que não serão aproveitados em futura gestação.

Evidentemente que nossos Ministros se pautaram muito mais em questões jurídicas do que filosóficas e possuíam argumentos fornecidos por nosso ordenamento jurídico, em especial pela Constituição, que talvez não sejam nem mesmo conhecidos por Habermas.

Com efeito, além da interpretação dada aos dispositivos constitucionais apontados na inicial da ADI como violados pelo art. 5º da Lei nº 11.105/2005, nossos Ministros invocaram em favor da constitucionalidade da norma, dentre outros, os artigos 5º, IX, 218, 199, §4º, 225, §1º, II, e 226, todos da Constituição.

Embora não seja do intento desse trabalho a apresentação de concordância ou discordância

com o definido pelo STF ou pelas ideias de Habermas, ousamos discordar de um dos argumentos apresentados pelo ilustre filósofo para firmar sua posição contrária às pesquisas com células embrionárias e que pode ser representada pela seguinte passagem de seu livro ora comentado:

> Suponhamos que, com *o uso de embriões exclusivamente para pesquisa*, se imponha uma prática que trate a proteção da vida humana pré-pessoal como algo secundário em relação a "outros objetivos" e mesmo em relação à perspectiva do desenvolvimento de bens coletivos de grande importância (por exemplo, novos métodos de cura). *A dessensibilização do nosso olhar em relação à natureza humana, que caminharia de mãos dadas com o fato de habituarmos a tal prática, prepararia o caminho para uma eugenia liberal.* (HABERMAS, 2004, p. 98, destacamos)

Dessa forma, Habermas alerta para o fato de que ao nos habituarmos com a pesquisa com embriões para outros objetivos diversos do de gerar uma vida, passaríamos a estar sujeitos a uma consequente aceitação da eugenia liberal. Acreditamos se tratar de uma preocupação injustificada, uma vez que se trata de procedimentos muito distintos, com objetivos diversos e distantes graus de reprovabilidade ética e moral, cabendo à sociedade como um todo ficar atenta à passagem de uma técnica para a outra.

Parte de nossos Ministros destacaram, inclusive, que a destinação dos embriões inviáveis seria uma destinação muito mais digna à vida humana que não prosseguiria de toda forma, do que o simples descarte.

Acreditamos que a eugenia negativa oferece muito mais risco no que se refere ao preparo do caminho para uma eugenia liberal, uma vez que esses sim se tratam de procedimentos semelhantes e, como reconhece Habermas, separados por uma tênue linha entre o que se apresenta como objetivo clínico e objetivo de aperfeiçoamento.

Afinal, com o passar do tempo e o desenvolvimento da técnica da eugenia negativa, inúmeras doenças graves passarão a ser gradativamente extintas, e nada impede que alguns poucos responsáveis pela manipulação (médicos, cientistas, genitores e até autoridades responsáveis pela fiscalização da atividade) passem a considerar, por exemplo, a miopia, a calvície e a baixa estatura como doenças graves. Aí sim estaríamos adentrando na esfera da eugenia positiva focada no que se acredita ser o aperfeiçoamento do embrião.

Em relação a esse aspecto, a princípio, ficamos com a ressalva feita por Cezar Peluso ao considerar legítima a pesquisa com células embrionárias, não sem antes indicar como a possibilidade de conceber-se vida em úteros artificiais "merece da consciência universal e de todas as ordens jurídicas a mais veemente repulsa" e "corromperia nosso senso de civilização e apresentaria o colapso da humanidade" (item 9 de seu voto):

> A mesma conclusão aplica-se ao receio de risco, que não é próximo nem real, de se "classificar as pessoas entre aquelas que são normais, aquelas que são adequadas e inadequadas à nossa sociedade." A resposta à indagação teórica de LENISE GARCIA — "se detecto uma doença genética em um embrião, eliminarei esse embrião?" — não pode deixar de ser, ainda nos quadrantes do ordenamento jurídico, insofismavelmente negativa. Trata-se de mera conjectura que, remetendo-se a práticas históricas hoje de todo em todo condenáveis, inauguradas em Esparta e retomadas pelo regime nazista, ebarra desde logo em proibição expressa da lei e na reprovação última da Constituição, a ambas as quais repugna qualquer projeto eugênico.
>
> Convém, aliás, não perder de vista o objeto específico da questão de constitucionalidade da norma impugnada, cuja autorização de uso adscreve-se a embriões já congelados à data de publicação da Lei, com três anos completos ou por completar de congelamento, após esse termo, ou, ainda, já insersíveis, que como tais não foram nem serão nunca implantados e, por conseguinte, não gerarão seres humanos. E seu uso lícito, devo adiantar e frisar, é, à luz da Constituição, restrito a pesquisas e experimentos científicos preordenados exclusivamente a desenvolvimento de terapias. Nenhum tipo de experiência eugênica é aí admitido, donde a nítida diferença entre material congelado, de que se cogita na causa, e células-tronco embrionárias já implantadas ou que devam sê-lo em algum corpo feminino.
>
> No caso, o blastócito pode ser utilizado para gerar linhagens celulares, jamais para propiciar manipulação ou sondagem genética e posterior inserção em útero. (itens 9 e 10 do voto)

Também não estamos a concordar com todas as colocações de nosso Ministro Peluso, uma vez que a possibilidade de eugenia negativa não deve ser de todo descartada, como por ele sugerido, desde que rigorosamente limitada e fiscalizada. Mas nos parece que, no todo, sua sugestão se apresenta mais razoável do que a de Habermas, contrário a toda e qualquer pesquisa com célula embrionária visando a melhorias em tratamentos e curas de terceiros.

Demonstrou-se, portanto, que, especificamente em relação à matéria da manipulação genética, passamos a ter mais um campo para críticas e elogios às ideias de Habermas, não só pela natural e indiscutível importância do tema, mas principalmente pelo histórico pronunciamento de nosso

Tribunal Constitucional no julgamento da ADI nº 3.510 como posicionamentos que, sob alguns aspectos, aproximam-se das ideias de Habermas, e, por outros, delas se distanciam.

6 Conclusões

Como afirmado desde a introdução desse trabalho, seu objetivo não foi analisar de forma detalhada, nem mesmo defendendo ou atacando, algumas das principais ideias de Habermas.

Nossa intenção foi apenas demonstrar como o julgamento da ADI nº 3.510 permite a confrontação de algumas das ideias desse filósofo alemão de inquestionável importância mundial (ainda que alguns entendam que parte de sua teoria não se aplica a países subdesenvolvidos como o nosso Brasil) com aquelas sustentadas por nossa Corte Suprema.

Por outro lado, esse trabalho também buscou iniciar a análise do talvez mais importante julgamento realizado no STF, que envolve matéria que certamente já se encontra firmada nas pautas de discussão de toda a sociedade e dos poderes estatais.

E essa análise se mostra de suma importância pelo fato de nossos Ministros terem deixado claras suas preocupações com a carente e lacunosa regulamentação do tema, o que pode acabar ensejando futuras ofensas à Constituição e à dignidade da pessoa humana e à proteção à vida humana (o que entenderam ainda não ser o caso do art. 5º da Lei nº 11.105/2005).

Resta saber se os demais poderes do Estado entenderão o recado dado pelo Judiciário e buscarão cumprir suas respectivas tarefas. Resta aguardar tamanha participação e cobrança da sociedade nas decisões do Legislativo e do Executivo acerca do tema, o que legitimará qualquer decisão a ser tomada nessa seara, da mesma forma como se encontra legitimado o acórdão proferido pelo STF no julgamento da ADI nº 3.510, ainda pendente de publicação, pendência essa que por si só justifica uma revisão desse trabalho após suprimida.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005. Lei da Biossegurança. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

BRASIL. Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.510. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*, n. 508. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

CATTONI, Marcelo. Prefácio. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. xii-xiii.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate*: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

COSTA, Rafael Santiago. Habermas e a ADI nº 3.510 (uma múltipla análise sobre o julgamento da pesquisa com células-tronco embrionárias). *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 112, p. 38-51, jun. 2010.

Os direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial e o STF

Carlos Alberto Sobral de Souza
Conselheiro do TCE/SE.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos sociais.

Os Direitos Fundamentais são garantias essenciais e têm pronta aplicação, como se constata pela leitura do §1º do art. 5º da Carta Federal:

> Art. 5º – ...
> §1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Já os direitos sociais propriamente ditos são aqueles insculpidos no art. 6º da Carta Republicana.

> Art. 6º – São direitos sociais a educação, a saúde, 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.

Entendo que os direitos sociais são gênero de uma mesma espécie: os direitos fundamentais previstos no art. 5º da Carta Federal. O que os diferencia é que nem sempre os direitos sociais são autoaplicáveis. Aí é que entra o STF (Supremo Tribunal Federal) como guardião da Constituição, para que tais direitos sociais tenham plena eficácia e não sejam, apenas, meros princípios insculpidos na Carta Republicana. Outro elemento diferenciado é que os direitos sociais exigem, via de regra, uma ação onerosa e positiva por parte do Estado.

Na prática, em nome da discricionariedade, do estabelecimento das políticas públicas e dos limites orçamentários, o Poder Executivo posterga a efetiva eficácia e aplicação dos direitos sociais, daí ensejando o que hoje se denomina de ativismo judicial ou judicialização da ação administrativa.

A justificar essa judicialização, que nada mais é do que o Judiciário se substituir ao Executivo, para dar plena eficácia aos direitos sociais, face à ação ou omissão deste poder, na prática de ato essencial à efetividade de tais direitos, está a questão inarredável de que ao cidadão não há de se negar o mínimo essencial à sua existência, não só no plano material, mas também no plano espiritual-cultural.

Ninguém melhor do que Corinna Treisch definiu o que ele seja:

> O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade etc. Compreende a definição de mínimo existencial tanto a necessidade física, como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural.

E por que da compreensão atual da legítima e necessária a ação do Judiciário, nos demais poderes quando estes falham na persecução e plena garantia dos direitos sociais? Porque o Judiciário tem que fazer cumprir a Constituição da qual é guardião e, mais, a razão precípua de ser do Estado é promover o bem-estar social. E este inexiste quando as políticas sociais desenvolvidas pelo Executivo, principalmente, são ineficazes por ação ou omissão, na efetivação dos direitos sociais.

Diante disso, plenamente justificável no plano institucional a invasão (não há se negar) por parte do Judiciário, nas competências do Legislativo e Executivo, posto que, como bem assegura Celso de Mello no RE nº 482.611 – Santa Catarina, em Decisão prolatada em 23.03.2010, a formulação e implementação das políticas públicas cabem prioritária e primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo. Mas diante da omissão destes ou à inação dos mesmos, é dever do Judiciário intervir para dar eficácia e integridade aos deveres sociais, individuais ou coletivos.

> É certo — tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) — que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.
>
> Impede assinalar, no entanto, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estrutura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.
>
> Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente

> à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, "A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.
>
> Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais — além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização — depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

E as limitações orçamentárias são empecilhos para a efetividade dos direitos sociais? Esta indagação surge quando para a efetivação de tais direitos se impõe ao Estado uma prestação positiva que sempre é onerosa. Como compatibilizar tal satisfação, diante da míngua dos recursos orçamentários e financeiros?

Para responder a tais indagações é que surgiu, na Alemanha, a doutrina da "Reserva do Possível" que se traduz no seguinte: os direitos sociais são satisfeitos na medida das disponibilidades orçamentárias. No Brasil, tal princípio foi ampliado através da jurisprudência e doutrina. A reserva do possível foi alargada de forma às vezes desarrazoada, como bem assinala Ricardo Lobo Torres no seu trabalho "O mínimo existencial, como conteúdo essencial dos direitos fundamentais", publicado às fls. 313/339 do livro *Direitos sociais...*, editora Lumen Juris, obra coletiva coordenada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Diz ele às fls. 326/327:

> A desinterpretação, operada no Brasil pela doutrina e pela jurisprudência, do conceito de reserva do possível, serviu para alargar desmesuradamente a judicialização da política orçamentária até o campo dos direitos sociais, ao confundi-los com os fundamentais. Reserva do possível no Brasil passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dotação orçamentária ou de dinheiro sonante na caixa do Tesouro! Como o dinheiro público é inesgotável, segue-se que sempre há possibilidade fática de garantia de direitos!

Mais uma vez, o STF, através do voto do Ministro Celso de Mello no RE nº 482.611/SC, pôs ordem em tão dilargado entendimento:

> Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele — a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa — o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).
>
> Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Como se vê o STF mais uma vez quando diz ser oponível a "Reserva do Possível" a uma negativa por parte do Estado em satisfazer um direito social, mesmo dentro do definido que se entende por mínimo essencial, põe cobro ao excesso jurisprudencial-doutrinário, ao afirmar que caso a caso é de ser feito o exame do "justo motivo objetivamente aferível" para a satisfação do Direito pleiteado. É a aplicação de outro preceito constitucional aplicável na Pública Administração, contido no *caput* do art. 37 da Carta Federal: Toda ação tem que ser razoável e economicamente viável, a fim de não comprometer à ação do Estado na aplicação das políticas públicas, como um todo (a satisfação do direito de um cidadão não pode comprometer aquele mesmo direito a que faz jus a comunidade).

Neste ponto, já Celso de Mello assim se manifestou, primeiramente, na ADPF nº 45 MC/DF – *DJ*, 04 maio 2004, em voto vencedor no STF:

> O binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois se ausente quaisquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. (...) Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos do Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, de recursos. Muitos juízes e autores não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação

> a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais sobre Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos.

Para arrematar esta posição do STF perante a efetividade dos direitos sociais podemos concluir, como bem o fez Patrícia Souza, em seu trabalho "Políticas públicas e o Poder Judiciário", publicado na *Revista Evocati*, edição n. 51, que:

> é possível compatibilizar os direitos sociais com a reserva do possível desde que esta não seja utilizada em qualquer caso. É de se considerar, em cada caso concreto, que a teoria da reserva do possível deve ser afastada quando se tratar da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, sopesando o princípio da proporcionalidade e do justo meio preconizada por Aristóteles. A ponderação deve ser observada a fim de se evitar distorções e arbítrios, garantindo aos indivíduos a dignidade e o mínimo existencial, para a efetiva aplicabilidade dos direitos sociais nas prestações positivas por parte do Estado.

E como corolário de tudo isto, finalizando, adoto a posição de Ricardo Lobo Torres, no já citado trabalho e livro, às fls. 338/339, que disse ser a judicialização (substituição do Judiciário ao Legislativo e Executivo por dar eficácia aos direitos sociais constitucionalmente assegurados) instrumento de salvação ou perdição dos direitos humanos conforme a seguir transcrito:

> Em síntese, a judicialização das políticas orçamentárias pode conduzir à salvação ou à perdição dos direitos humanos.
>
> Se restrita à afirmação dos direitos dotados de jusfundamentalidade e se cifrada na focalização dos interesses dos miseráveis, a judicialização das políticas orçamentárias pode conduzir à modificação do perverso panorama de exclusão social presente até hoje no Brasil.
>
> Se, cooptada pelas elites, se distanciar do controle das omissões administrativas e legislativas no desenho das políticas públicas, passando a distribuir casuisticamente bens públicos em favor de quem tem cultura e agilidade para requerer aos órgãos judiciários, então contribuirá para a perdição dos direitos humanos no Brasil.

Referências

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. *Políticas públicas e o Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=404>. Acesso em: 04 abr. 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 338-339.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUZA, Carlos Alberto Sobral de. Os direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial e o STF. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 112, p. 52-54, jun. 2010.