

A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA: UM RÉQUIEM PARA A REPÚBLICA

THE POLITICIZATION OF JUSTICE: A REQUIEM FOR THE REPUBLIC

Nilson Tadeu Reis Campos Silva¹ – <https://orcid.org/0000-0002-4158-0502>

Resumo

O presente texto procura detectar, pelo método indutivo, as principais fissuras da República brasileira provocadas pela atuação da jurisdição constitucional em áreas específicas: a do controle da constitucionalidade de normas infralegais e a do protagonismo legisferante do Supremo Tribunal Federal. Abrange desde a análise tópica e reflexiva da sua jurisprudência, sobre liberdade de expressão e sobre transfusões de sangue, até a incoerência decisória ao envolver questões sensíveis à sociedade e ao indivíduo. Apresenta corte epistemológico fulcral para se ofertar um *constructo* tutelar pensado em políticas sociais de responsabilidade do Estado. Com espeque nas várias teorias jurídicas tecidas, procura-se enfatizar a necessidade de se obter uma resposta correta, apontando para a necessidade de superação do positivismo sem adesão ao ativismo político-ideológico, de modo a dar prevalência à segurança jurídica.

Palavras-chave: jurisdição constitucional; ativismo judicial; segurança jurídica;

Abstract

The present text seeks to detect, by the inductive method, the main fissures of the Brazilian Republic provoked by the actions of constitutional jurisdiction in specific areas: the control of the constitutionality of below the laws norms and the protagonism legislature of the Supreme Federal Court. It covers from the topical and reflective analysis of its jurisprudence, on freedom of expression and on blood transfusions, to the incoherence of decision-making involving issues sensitive to society and the individual. It presents a pivotal epistemological cut to offer a tutelary

¹ Pós-doutor em História do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá (UEM); Professor do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Instituição: Universidade Estadual de Maringá – PR e Universidade Estadual do Norte do Paraná – PR. E-mail: nilson8951@gmail.com

construct conceived in social policies of the state's responsibility. With the emphasis on the various legal theories woven, it is sought to emphasize the need to obtain a correct answer, pointing to the need to overcome positivism without adherence to political-ideological activism, in order to give prevalence to legal certainty.

Keywords: constitutional jurisdiction; Judicial activism; Legal certainty.

Sumário: Introdução. I. O Supremo Tribunal Federal E A Liberdade De Expressão. II. Do Controle De Atos Infra-Legais. III. Da (In)Existência De Resposta Correta. Considerações Finais. Referências.

Contents: Introduction. I. The Supreme Federal Court And Freedom Of Expression. II. Of Controlling Infra-Legal Acts. III. Of The Correct Response (In)Existence. Final Considerations. References.

Recebido/Received 08.05.2019 – Aprovado/Approved 19.07.2019

INTRODUÇÃO

Na dicção kelseniana, por ser a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 um repositório de compromissos assumidos, foi reservado ao Supremo Tribunal Federal o papel de seu guardião, com o objetivo de defender a preservação da República e o Estado Democrático de Direito.

Para isto, o Texto Constitucional conferiu àquele Tribunal, em especial, nos limites da presente investigação, competência para o controle de constitucionalidade das normas legais, a fim de cuidar da vontade emanada do povo naquele texto compromissório.

Sucedem que o texto constitucional é eivado de simbolismos que, em charge de Miguel Paiva, publicada na mesma data da promulgação da Constituição, já merecera ácida advertência quanto a sua inefetividade, defluída do descompasso existente entre realidade social e as garantias fundamentais, provocado pela concreta distribuição de riquezas a alguns² e o acesso à cidadania sonogado a muitos.

A tarefa constitucional do Supremo Tribunal Federal só pode ser compreendida com maior margem de acerto desde a visagem analítica da existência de precedências dentre os princípios eleitos como pétreas (logo imutáveis sob o prisma jurídico) iluminações de todo o sistema jurídico e institucional brasileiro e norteadoras das relações entre Estado e particulares.

O fluir da linha do tempo desde o advento da Constituição epitetada de Cidadã, não permitiu que aquela missão de preservação dos valores se realizasse plenamente.

² Na charge, publicada no jornal O Estado de São Paulo, edição de 05.10.1988, é retratada uma família com roupas sujas e puídas, sentada na calçada, a evidenciar a segregação, e o diálogo travado entre o homem que lê na Constituição “todo brasileiro tem direito à moradia” enquanto que a mulher, a segurar um bebê no colo, sendo todos observados por outro filho ainda pequeno, pede, com expressão sorridente e sonhadora: “Agora lê aquele pedaço bonito que fala de comida, saúde...”

Antes, após três décadas, tem sido confirmada a premonição do chargista, seja pela dificuldade de se harmonizar o núcleo duro constituído pelo plexo principiológico estruturante do Estado (para sua concretude jurídica como tal) com uma miríade de garantias e direitos fundamentais previstos.

Esse óbice advém desde a enumeração não casual da redação do artigo primeiro do texto constitucional que faz República Federativa preceder a Estado Democrático de Direito, denunciando serem superiores as atenções dedicadas aos relacionamentos estatais endógenos às secundárias preocupações quanto às relações Estado-indivíduos.

Essa prevalente garantia conferida à República Federativa, sobre separar o público do particular (não só quanto aos bens patrimoniais e aos interesses), faz predominar o interesse público sobre os dos particulares, culminando o princípio republicano na divisão de poderes e de competências matizada pela subordinação à legalidade estrita.

Já o princípio-forma federativo, voltado em síntese à facilitação administrativa das abissais assimetrias regionais, permite apenas relativa autonomia aos Estados-federados, aos Municípios e ao Distrito Federal para a satisfação de seus interesses públicos e para se regularem de acordo com as pretensões de seus habitantes.

A adoção do último princípio elementar estruturante do mencionado núcleo duro, o Estado Democrático de Direito, é voltada às relações Estado-indivíduos, a serem elaboradas pelo critério da maioria, ou seja, com a anuência direta ou indireta dos indivíduos.

É esse *corpus* jurídico, representativo da estrutura nominada Estado que, mesmo sendo considerado juridicamente imutável e inextinguível, sofre ou se beneficia das consequências das intervenções do Supremo Tribunal Federal, sejam estas voltadas a delimitar, no plano fático, questões que arrostem aqueles princípios elementares e os demais adotados pelo texto constitucional, seja para a buscarem a sedimentação de conceitos atualizadores da aplicação e ou observância dos mesmos.

O sonho da sociedade brasileira de ver efetivados os direitos proclamados no Texto Fundamental têm esbarrado basicamente na existência de normas constitucionais de eficácia limitada não regulamentadas³ mercê da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

Esse fato tem levado o Supremo Tribunal Federal a expandir a interpretação conforme a Constituição, para suprir demandas sociais mediante o exercício da atividade jurisdicional de modo protagonista, mas de duvidosa legitimidade, ao usurpar competências dos Poderes Legislativo e Executivo.

Além disso, o método estabelecido constitucionalmente para a composição do Supremo Tribunal Federal, com a escolha de seus membros feita pelo Chefe do Poder Executivo para posterior aprovação pelo Senado Federal, se é voltado ao estabelecimento de controle de freios e contrapesos entre os Poderes, sugere ser possível contaminação política-ideológica da própria atuação dos nomeados, fazendo com que motivações da política possam ultrapassar as razões que o direito e a justiça deveriam adotar.

Note-se que mesmo quando emanadas do Poder Legislativo, as normas tipicamente voluntaristas ou intuitivas são de difícil aceitação pela sociedade, por isso que “*não se pode sequer cogitar de uma eventual substituição de um voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz*” (MENDES, 1999, p. 518).

³ Segundo dados da Câmara Federal, em 2019 persistem sem regulamentação 119 dispositivos da Constituição Federal.

Todavia, de há muito o que tem prevalecido no exercício da jurisdição constitucional é o entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual no poder de interpretar a Constituição “*reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional*”⁴.

Até o ano de 2005, o Supremo Tribunal Federal era, dentre os três Poderes da República, o mais desconhecido da maioria da população brasileira (mesmo porque a forma de nomeação de seus integrantes sempre foi alheia à sua vontade), e envolto em uma aura de respeito cuja flâmula era a célebre e repetida frase: decisão do Supremo não se discute, cumpre-se, versão brasileira da *Roma locuta est, Causa finita est*.

Com a visibilidade da transmissão do julgamento do chamado *escândalo do mensalão* pelos canais de televisão, o Supremo Tribunal Federal parecia ter se transmutado no mítico Campos Elísios da sociedade brasileira, graças à visualidade propiciada pela Ação Penal 470, marco inicial do efetivo reconhecimento da presença contaminante da corrupção no seio da Administração Pública e primeiro caso de condenação de políticos por corrupção pelo Supremo Tribunal Federal.

A notoriedade advinda daquele julgamento levou os Ministros do Supremo Tribunal Federal a serem comparados a heróis de revistas em quadrinhos, como paladinos da sociedade, e seus nomes passaram a ser conhecidos pela maioria da população brasileira.

A referida celebridade do Supremo Tribunal Federal fora precedida por decisões históricas nas quais ele se auto incensara não apenas como Guardião da Constituição Federal, mas como verdadeiro legislador positivo com poderes para modificar aquele Texto Fundamental quando do controle de normas e de políticas públicas.

As várias tentativas do Congresso Nacional de arquitetar uma, por igual mitológica, balsa de Caronte voltada a conduzir aquela Corte ao Tártaro da República, composta por inúmeros projetos de emendas constitucionais que poderiam não só reduzir a cinzas a cláusula pétreia da separação e independência dos Poderes, mas transformar os ungidos daquela cúpula do Poder Judiciário em vassalos do Legislativo, quedaram arquivadas.

O caráter político auto conferido à jurisdição constitucional faz, todavia, surgirem contradições que podem culminar em um constrangedor descrédito para o Supremo Tribunal Federal.

Nesta investigação, optou-se pela análise de duas das raízes dessas contradições: a que envolve a liberdade de expressão e a que envolve a ação direta de constitucionalidade.

I O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Por largas décadas o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de ser o direito à liberdade de expressão o mais dos fundamentais dos direitos assegurados pela Constituição sob sua guarda, máxime quando e se exercido por veículos de comunicação.

Mesmo nos casos em que os direitos fundamentais à honra e à intimidade de um indivíduo (prescritos como invioláveis no art. 5º, X, da Constituição Federal) eram ameaçados de lesão por meio de divulgação de notícias falsas ou não comprovadas (na esteira do denominado jornalismo investigativo), a postura do Supremo Tribunal Federal quase sempre foi a de autorizar a divulgação, ao argumento de ser inconstitucional a censura prévia, por lesividade aos direitos fundamentais da liberdade de pensamento e de sua expressão, linha interpretativa que não impedia a possibilidade de a pessoa buscar eventual reparação posterior à lesão sofrida.

O fundamento constitucional legitimador utilizado para as decisões do Supremo Tribunal Federal é expresso no art. 5º, IX, no qual a Constituição Federal prescreve ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

A mesma postura foi adotada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 na qual o Supremo Tribunal Federal estabeleceu ser inexistente a autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, por constituir a exigência censura prévia particular, fixando que “O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular”.

Uma década após o gozo da inédita popularidade que lhe permitiu agir como arquiteto constitucional com poderes de, por meio de suas decisões ativistas, redesenhar o próprio texto constitucional, integrantes do Supremo Tribunal Federal passaram a ser alvo da ira manifestada em especial pelas redes sociais por segmentos da população, e por interpelações direcionadas a alguns de seus Ministros em público.

As pessoas posicionaram-se contrariamente ao Supremo Tribunal Federal ou por se sentirem atingidas pela violação de garantias e direitos fundamentais, como segurança jurídica e liberdade de expressão, ou por buscarem demonizar aquele Poder por desdém ao Estado Democrático de Direito, no mais das vezes por motivações político-partidárias.

As acusações populares contra membros do Supremo Tribunal Federal tiveram como resposta a instauração de inquérito pelo seu Presidente (Portaria GP 69, de 14.03.2019) com o objetivo de investigar e punir os supostamente detratores da dignidade daquela Instituição e da honra de seus integrantes.

A primeira consequência desse inquérito, além da discussão jurídica quanto à competência para a investigação de fatos que seriam objeto de julgamento pelo próprio investigador, foi a imposição de censura à matéria “O amigo do amigo de meu pai” divulgada em 12.04.2019 pelo site O Antagonista e pela revista Cruzeiro.

O argumento utilizado para censura foi o de que os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem “*formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas*” (MORAES, 2019).

Essa censura a órgãos de comunicação virtual e material, efetivada pelo Supremo Tribunal Federal, sobre consistir em fato inédito de inspiração vitoriana, passa à História do Poder Judiciário brasileiro como a indelével letra escarlate que simboliza a reprovação moral, social e jurídica⁵, mesmo tendo sido revogada em 18.04.2019 após severa e estrepitosa repercussão nacional e internacional.

⁵ Referência ao romance A Letra Escarlate, de Nathaniel Hawthorne (EUA, 1850) que descreve o uso obrigatório da letra *a* na cor vermelha como símbolo de condenação .

Sucedem que o fato de essa salvaguarda do espaço íntimo ser invocada em benefício dos próprios integrantes do Supremo Tribunal Federal, não modifica a jurisprudência assentada por aquele Tribunal para privilegiar a liberdade de expressão, mesmo em detrimento daquele espaço, o que fora feito quicá em deferência à influência do poder midiático – a mesma influência que se fazer cessar com a censura.

Frise-se que agora cambiante postura jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal desatende ao expresse comando do art. 926 do Código de Processo Civil brasileiro que exige ser a jurisprudência estável, íntegra e coerente⁶.

II – DO CONTROLE DE ATOS INFRA-LEGAIS

A Constituição Federal de 1988 estabelece como espécies de controle concentrado de constitucionalidade a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a; art. 36, III; e art. 103, § 2º.); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a); e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º), todas de competência do Supremo Tribunal Federal, e remete o controle difuso, para análise da compatibilidade do sistema jurídico com a Constituição, a todos os integrantes do Poder Judiciário, restando, nesta hipótese, ao Supremo Tribunal Federal a atuação como órgão recursal apenas.

É clara a adoção da teoria de Kelsen (2003, *passim*) pelo texto constitucional: atos subordinados imediatamente à Constituição são suscetíveis de controle de suas constitucionalidades, enquanto que atos mediatamente subordinados são objeto de controle de legalidade.

Uma exaustiva pesquisa comparativa realizada por MAIA (2012), tendo como universo temporal as ações distribuídas de 05.10.1988 e julgadas até 01.06.2012 pelo Supremo Tribunal Federal demonstra que aquele Tribunal não é coerente ao analisar o cabimento das ações em controle concentrado.

Segundo a pesquisa, foi construída uma orientação jurisprudencial “repleta de exceções obscuras que permite aos Ministros utilizá-la segundo critérios de conveniência” (MAIA, p. 20).

Além disso, demonstra aquela pesquisa existir uma “celeridade anômala no tempo em que o STF leva para julgar ADIS que tenham por objeto decretos emanados pelo Presidente da República” (MAIA, p. 28), indicativo da influência política no processo.

Essa influência no processo é reforçada pela constatação de serem os principais proponentes de ações de controle concentrado os partidos políticos e entidades de classe: “há uma relação entre a tematização no STF e a composição político-partidária do governo federal” (MAIA, p. 31-32).

A pesquisa mencionada comprova que os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm, em significativo número de casos, decidido de acordo com o impacto político-social da demanda, de forma discricionária não autorizada pelo texto constitucional e mesmo contrária à sua própria jurisprudência pretoriana.

Ademais, em uma grande parte dos casos, a decisão é proferida não raro de modo individual – o que confere foros de veracidade à assertiva segundo a qual o

6

Lei 13.105 de 16.03.2015.

Supremo Tribunal Federal não é, na realidade, um único órgão, mas onze, sendo cada Ministro o seu próprio Tribunal e assim único senhor do juízo de conveniência.

As conclusões de MAIA se aplicam à Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543/DF, interposta contra um inciso de um artigo de Portaria Ministerial⁷ e contra uma alínea de um inciso de artigo da Resolução de Agência estatal⁸, e ainda inconclusa mercê da suspensão de seu julgamento em 25.10.2017 ante ao pedido de vista formulado pelo Ministro Gilmar Mendes.

O primeiro questionamento a ser feito é quanto ao objeto da ADI 5543/DF e quanto ao seu cabimento, uma vez que a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal Federal é contrária à admissibilidade de ações em que se questione a constitucionalidade de atos normativos infralegais.

É que ato infralegal só pode ofender a Constituição Federal de 1988 de forma meramente reflexa, como demonstrado, e as normas inquinadas de inconstitucionalidade veiculam regras de conteúdo meramente regulamentar, o que as subtraem da jurisdição constitucional *in abstracto*.

Por isso, o Supremo Tribunal Federal, como guardião constitucional, não poderia estabelecer um *díscrimen* na diferenciação do tipo de inconstitucionalidade, como se fosse um seletivo e ambicioso pescador que só quer pescar peixe graúdos e abandona os miúdos.

A função do Supremo Tribunal Federal, no Estado de Direito, é de uma corte constitucional, na defesa dos interesses do cidadão e não dos interesses do Estado: por isso, em sendo a suposta violação constitucional indireta estar-se-ia diante de violação legal, insuscetível da apreciação para controle de constitucionalidade.

O segundo problema a ser obrigatoriamente investigado é quanto à constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal em substituir o Poder Legislativo no exercício de competência constitucional específica, o que pode vir a ocorrer se aquela Corte julgar procedente a referida ADI, por meio do ativismo judiciária.

A fortiori, dever-se-ia questionar o indevido protagonismo judiciário substitutivo das competências constitucionais do Poder Executivo, caso seja julgada procedente aquela ADI e o Supremo Tribunal Federal estabeleça norma sobre transfusão de sangue.

O terceiro questionamento essencial diz respeito ao reconhecimento ou não das dimensões dos riscos transfusionais de sangue demandarem do Estado uma ação regulatória com foco em quantidade, qualidade e segurança para doadores e receptores.

É imperativa essa análise tendo em vista que o texto constitucional garante a primazia do direito à saúde como pressuposto ao livre exercício do direito à vida que deve ser “*garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos*” (art. 196, CF, 1998).

O quarto questionamento necessário é quanto existirem ou não fissuras discriminatórias na área específica das infecções sexualmente transmissíveis, nos atos normativos inquinados; art. 64 da Portaria 158/2016-MS, que reproduz a Resolução da ANVISA (editados atos no exercício da competência constitucional do Poder Executivo conforme art. 199, § 4º, da Constituição Federal), norma defluída da regulamentação contida na Lei 9.82, de 26.01.1999 e da Lei 10.205/2011 (que estabelece a Política Nacional do Sangue, Componentes e Derivados).

⁷ Art. 64, IV, da Portaria n. . 158 do Ministério da Saúde.

⁸ Art. 25, XXX, *d*, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC n. . 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Os dispositivos imputados como inconstitucionais na ADI 5543/DF consideram como inaptos temporariamente para a doação de sangue candidatos que tenham sido expostos a situação que menciona: homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes.

Como se vê, as normas infralegais não se utilizam da orientação sexual dos doadores como critério de impedimento temporal, mas sim práticas que podem potencializar o risco de transmissão de infecções sexualmente transmissíveis.

Segundo o Ministério da Saúde, a janela imunológica prescrita fundamenta-se em dados científicos segundo os quais as probabilidades de infecção pelo HIV são 19,3 vezes superiores para homens que fazem sexo com outros homens, em relação ao público masculino na população em geral.

As estatísticas utilizadas pela Vigilância Sanitária brasileira mostram ainda que, enquanto a incidência do HIV está em declínio na maior parte do mundo nos últimos 20 anos, a incidência entre homens que se relacionam com outros parece estar aumentando em várias regiões.

Esse critério de janela imunológica decorrente de práticas potencialmente suscetíveis de risco, é reproduzido em todos os nove incisos de pessoas sujeitas à restrição temporal para doação de sangue, sem nenhuma menção às suas orientações sexuais⁹, mesmo porque os atos infralegais que contém aqueles dispositivos expressamente vedam a discriminação¹⁰.

⁹ **Art. 64.** *Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: I – que tenha feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais; II – que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais; III – que tenha sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais; IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes; V – que tenha tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea; VI – que tenha vivido situação de encarceramento ou de confinamento obrigatório não domiciliar superior a 72 (setenta e duas) horas, durante os últimos 12 (doze) meses, ou os parceiros sexuais dessas pessoas; VII – que tenha feito “piercing”, tatuagem ou maquiagem definitiva, sem condições de avaliação quanto à segurança do procedimento realizado; VIII – que seja parceiro sexual de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de componentes sanguíneos ou derivados; e IX – que teve acidente com material biológico e em consequência apresentou contato de mucosa e/ou pele não íntegra com o referido material biológico.*

¹⁰ **Art. 2º.** (...) § 3º *Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor.*

A rigor, a única discriminação por orientação sexual, contra homossexuais, consta da própria ação inicial da ADI 5543/DF, na medida em que imputa aos homens que fazem sexo com homens e/ou as parceiras sexuais destes, a identidade de homossexuais.

Em 2006, a questão comportamento sexual *versus* identidade sexual foi pesquisada na Universidade de Nova York, revelando que 131 homens, de um total de 2.898 entrevistados, admitiram ter relações com homens apesar de se definirem como heterossexuais. Pelos cálculos dos especialistas, esse grupo representa 3,5% da população.

Jane Ward (2015, *passim*) expõe que estamos diante de um novo modelo de heterossexualidade que não se define como o oposto ou a ausência da homossexualidade, mas sim como reconhecimento da existência de relacionamentos sexuais entre heterossexuais.

Por isso, há anos, os médicos empregam a sigla HSH¹¹ para se referir ao conjunto dos homens heterossexuais que fazem sexo com outros homens, o que desautoriza, por discriminatório, nominá-los como homossexuais.

Por outro lado, o Brasil segue as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) que recomendam a inaptidão temporária de indivíduos que apresentam comportamento sexual de alto risco, incluindo as práticas sexuais entre homens, por 12 meses depois da última exposição ao risco.

O destaque acima evidencia a tendência contemporânea de judicialização mesmo de questões que deveriam encontrar respostas no âmbito administrativo ou no legislativo, inclusive sobre quem é o titular do direito mais relevante a ser protegido: o do doador de sangue ou o do receptor de receber sangue o mais seguro possível, independentemente de sua orientação sexual, ou a Administração Pública que é responsável pelo tratamento de doentes e pela prevenção de doenças, em especial as infecciosas.

Por derradeiro, não é despidendo ressaltar que a ADI 5543/DF foi ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro, sob o argumento de que as normas regulamentares atacadas promoveriam a discriminação de homossexuais e, assim, lesariam a igualdade e a dignidade humana.

A natureza jurídica do autor da ADI referida levou o Ministro Relator, Edson Fachin, a consignar em seu despacho inicial: primeiro, que “a jurisdição constitucional não é, nem deve ser, mera ambiência em que se repliquem as disputas políticas a ser travadas no Parlamento”; e, em segundo, que o partido político autor não demonstrou “nos autos de que forma pretende contribuir especificamente com o esclarecimento ou elucidação da discussão aqui posta”¹², considerações que, todavia, não impediram a admissibilidade da ADI.

A transformação da jurisdição constitucional em cenário replicante de disputas político-ideológica é perceptível desde a admissão como *amicus curiae* das seguintes entidades: Defensoria Pública da União – DPU, Defensoria Pública do Estado da Bahia – DPE/BA, Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas – ABRAFH, Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero – GADvS, Instituto Brasileiro de Direito de família – IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL, Grupo Dignidade – pela cidadania de gays, lésbicas e transgêneros, Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, Centro Acadêmico de Direito

¹¹ Em inglês a sigla usada é SMSM (straight men who have sex with other men)

¹² STF, ADI 5.543. Despacho de 28.06.2016.

da Universidade de Brasília – Cadir UNB, Universidade Federal do Paraná e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O ingresso dessas entidades na ADI enseja a discussão científico-jurídico sobre o fenômeno da politização do Poder Judiciário por intermédio da judicialização da Saúde, o que, tal qual advertira Ruy Barbosa (1895), pode levar a transformação dos tribunais em “rabadilha do poder irresponsável” e a Justiça em “cortezã das armas”.

De se observar que o voto do Ministro Relator, Edson Fachin, julgando inconstitucionais os dispositivos questionados na ADI, foi secundado pelos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

O Ministro Alexandre de Moraes acompanhou parcialmente o voto do Relator, para julgar procedente apenas em parte a ação, a fim de se declarar ser possível o direito de homossexual doar sangue mesmo com a restrição normativa.

Em seu voto, aquele Ministro ressaltou que o não questionamento das normas que contemplam a tutela específica ao doador e ao receptor do sangue, além dos profissionais envolvidos, “leva a uma leitura descontextualizada dos atos questionados, fazendo parecer que se tratam de atos discriminatórios contra homossexuais masculinos”.

O Ministro Alexandre de Moraes acrescentou ainda que “o sangue somente pode ser utilizado após testes, a serem realizados depois da janela imunológica”.

Como a restrição temporal para doações de sangue acoimada de inconstitucional não se refere a homossexuais, mas sim a homens que fazem sexo com homens, e estes, na dicção de Jane Ward (2015) constituem um novo modelo de heterossexualidade que não se define como o oposto ou a ausência da homossexualidade, a impressão de se tratar de a menção aos HSH de atos discriminatórios a homossexuais não subsiste à mínima análise.

Ademais, exatamente porque as normas submetidas, ainda que indevidamente, ao crivo de constitucionalidade, constituem janela temporal imunológica, a decisão discordante do Ministro Alexandre de Moraes situa-se na fimbria estreita que divide a exegese da heresia jurídica.

A questão de fundo, para o interesse público, deveria ser a definição de quem é o titular do direito mais relevante a ser protegido: o do doador de sangue ou o do receptor de receber sangue o mais seguro possível, independentemente de sua orientação sexual, com a menor onerosidade à Administração Pública, e com o menor dano à coletividade, ou ao receptor.

III DA (IN)EXISTÊNCIA DE RESPOSTA CORRETA

A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, é o objeto da análise enquanto tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas, dilema que afeta diretamente o Supremo Tribunal Federal.

Pode-se buscar responder à questão da Teoria da Resposta Correta a partir de quatro interpretações que preconizam diferentes soluções para a pergunta: é possível se obter uma decisão única e correta para o caso concreto?

Na perspectiva do positivismo jurídico, tendente a uma indeterminação do direito, sob as óticas normativistas de Kelsen (1998, *passim*), para quem o ordenamento jurídico é consistente, completo e coerente, fornecendo sempre uma resposta predeterminada, sendo a sentença uma norma individual; e de Hart (2009, *passim*) que, vislumbrando a norma fundamental como regra consensual (“regra de reconhe-

cimento”), entende-se que o problema da resposta correta se dá a partir da interpretação da norma de acordo com aquilo que a sociedade estabeleceu como consenso.

A seguir tal orientação, deve o juiz aplicar um significado socialmente estabelecido para o caso, uma vez que vê o direito como linguagem.

Nesta seara, acrescenta-se o posicionamento de Weber (2004, *passim*), cujo viés liberal amplia a indeterminação jurídica, entendendo que a racionalidade jurídica é teleológica e que a legitimidade do ordenamento vem da obediência a ele e da racionalidade dos procedimentos.

Nessa interpretação, a garantia da segurança jurídica eclipsa a garantia da correção.

A segunda interpretação é a do realismo jurídico, sob as visões materialista e sociológica de Marx (2010, 2013 *passim*) e de Unger (2004 *passim*), este último como exponencial do criticismo (CLS – *critical legal studies movement*).

Ambos entendem o ordenamento jurídico como caótico, irracional, cuja parcialidade vem de sua essência política.

Uma vez que as decisões judiciais são adotadas sob o matiz ideológico do Juiz, nesta ótica também não é possível se ter uma única resposta correta.

A terceira interpretação é a do construtivismo jurídico, a partir de Dworkin (2010, *passim*), para quem o ordenamento jurídico vem sendo construído: o direito é aquilo que os mais fracos conseguem frente aos mais fortes.

Por isso, a decisão teria que ser conforme a lei, porque é isso que dá segurança jurídica.

Concilia-se o princípio da segurança jurídica com o princípio da justiça, não aceitando o direito como um sistema: a cada sentença, o juiz Hércules reorganiza o ordenamento até chegar à melhor sentença permitida para aquele caso, seguindo o princípio da integridade (“todos merecem igual consideração e respeito”) já positivado (igualdade, segurança, etc.).

Sublinhando que os operadores do direito devem levar o Direito a sério, Dworkin vê como possível se obter uma sentença correta e justa conforme o direito (porque este é o fruto de lutas), vez que não há oposição entre direito natural e justiça, eis que o direito positivo é a incorporação do direito natural.

A última interpretação vem do criticismo jurídico, pela ótica de Habermas (1997, *passim*) para quem, na aplicação da lei, a tensão interna entre facticidade e validade, deve ser considerada para se obter uma decisão correta.

Como o fato da lei vem da história do direito, inicialmente o juiz tem que considerá-lo, para em seguida considerar a validade, isto é, a sua legitimidade.

Por crer que os problemas do juiz Hércules de Dworkin vêm do solipsismo, Habermas afirma que deve ser considerada a tensão entre a facticidade e a validade sob três prismas: a da questão cognitiva, que consiste em desmontar e montar todo o ordenamento, caso a caso, até se chegar à melhor solução; a da motivacional; e a da questão organizacional que exige capacidade de organização do poder judiciário para cumprir suas decisões.

Habermas apresenta a idéia do paradigma interpretativo do direito para resolver os problemas cognitivo, motivacional e organizacional.

Face a inexistência de um único paradigma, e inspirado em Häberle (1997, *passim*) conclui que a autorreflexão institucionalizada do direito serve à proteção individual do direito sob o duplo ponto de vista da justiça no caso singular, bem

como da uniformidade da aplicação e do aperfeiçoamento do direito, vez que a finalidade dos meios jurídicos é obter respostas corretas e justas, através da possibilidade de revisão das sentenças pelos tribunais, o que atende ao interesse público.

Assim, nesta linha de raciocínio, o intérprete da constituição é o povo, sendo apontada como solução eficaz para a repercussão popular a divulgação das ações do Poder Judiciário através dos meios de comunicação que sirvam de caixas de ressonância, disseminando suas idéias, e democratizando o acesso à Justiça, permitindo decisões corretas e justas, que são aquelas coerentes com a ordem jurídica em seu todo.

O busílis da questão está no fato de as decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, não manterem coerência ao se perfilharem a esta ou aquela doutrina na busca da resposta mais adequada.

Mercê de ser oscilante a doutrina adotada por aquele Tribunal, suas decisões têm sido mais políticas do que jurídicas, e em prejuízo dos jurisdicionados, do que advém instabilidade para todo o sistema jurídico e insegurança para toda a sociedade.

O binômio instabilidade-insegurança pode ser exemplificado nos efeitos decisórios do Supremo Tribunal Federal ao atuar também como Corte recursal: em ação previdenciária movida contra a União, na qual se discutia a constitucionalidade ou não de contribuição, a parte autora venceu em primeira e em segunda instância.

Em ambas as instâncias judiciárias foi declarada a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei 8.212/91, após a edição da Lei 10.256/2001, que reintroduziu o empregador rural pessoa física como sujeito passivo da contribuição social, com a aplicação de alíquota *ad valorem* sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção.

O andamento do recurso extraordinário interposto pela União contra essas decisões foi sobrestado com base no Tema 669/STF, ou seja, dependente de pacificação pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, ao se pronunciar sobre o referido Tema, o Supremo Tribunal Federal, modificou suas decisões anteriores e firmou como tese de repercussão geral a constitucionalidade formal e material da contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/2001, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção.

Por essa razão, o Tribunal Federal Regional foi obrigado a se retratar da sua decisão desfavorável à apelação da União; a reformar a sentença de primeira instância que fora também desfavorável à União; e ainda a condenar o autor, transmutado de vencedor em perdedor, por arte e obra do Supremo Tribunal Federal, a suportar o ônus da sucumbência¹³.

O exemplo acima comprova que, a depender da pressão de um ou de outro setor, a noção de o que é constitucional ou não para o Supremo Tribunal Federal metamorfoseia sua inteligência, com grave prejuízo à segurança dos jurisdicionados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A oscilante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aqui examinada, implica na defesa da tese da dominação do grupo e da sujeição do indivíduo, que parte de equivocada valoração moral extralegal do sistema de liberdade consagrado pela Constituição brasileira.

¹³

Apelação Cível: 5001069-24.2010.4.04.7003/TRF/4ª.Região.

Essa instabilidade decisória não se presta a servir de moldura jurídica do sentido de garantia jusfundamental da liberdade e da não-discriminação, porque nega a validade ontológica da dignidade da pessoa humana, reduzindo-a a mero valor inter-subjetivo.

Não é incomum que o Estado limite condutas individuais para evitar o conflito com a liberdade dos demais, desde a sua própria métrica de interesse público, aprisionando as condutas de alguns de modo *procurtiano* mesmo sem que se logre obter algum benefício efetivo à sociedade, esquecido de que a concretude da dignidade humana só admite como limite a ausência de conflitualidade com a liberdade do outro.

Com maior ou menor vigor, segundo o momento histórico, tensões interpessoais sempre existiram e sempre existirão quando do exercício da liberdade, sendo realçadas nos lapsos temporais em que, no *ethos*, sejam exacerbados valores ideológicos e sociais opostos.

Isto remete à constatação de que a contemporaneidade exige o equilíbrio entre os princípios-garantias da diversidade, da tolerância e da liberdade, posto ser reconhecido constitucionalmente no Brasil, além da liberdade sexual, o direito à autodeterminação sexual da pessoa e à identidade sexual.

Além e em reforço a referidas liberdades, a Constituição Federal veda qualquer discriminação em razão de sexo.

De se enfatizar que igual equilíbrio deve prevalecer também em relação à liberdade de expressão e aos direitos da personalidade.

Se é necessária a superação do misoneísmo jurídico para atualizar o sentido do Direito na contemporaneidade, por igual se faz imprescindível rechaçar o filoneísmo exacerbado e desmedido ditado pelo tido como politicamente correto.

O porto seguro da Justiça, seja para o indivíduo, seja para o próprio Estado, é o cais da segurança jurídica, cujo alicerce objetivo é a irretroatividade de nova interpretação de lei, enquanto seu fundamento subjetivo é a confiança da sociedade nos atos, procedimentos e condutas proferidas pelo Estado através de todos os seus Poderes, máxime o Judiciário.

Para tanto, é preciso ter presente a lição de RAWLS, segundo a qual “O tribunal de última instância não é o judiciário, nem o executivo, nem o legislativo, mas o sim o eleitorado como um todo”, sob pena de, ao contrário da tese adotada por Alexander Hamilton (1978, *passim*), que considerava o Poder Judiciário o menos perigoso dos poderes republicanos para os direitos constitucionais, em especial por não ter nenhuma influência sobre a espada e a bolsa, e também por ser, dos três Poderes, o menos capaz de transgredir ou violar direitos fundamentais, tê-lo como o mais perigoso.

Quando o Poder Judiciário se traveste de última instância e se investe de arquiteto constitucional, passa a ser o mais perigoso para a República, por se mostrar, dentre todos os demais Poderes, o mais capaz de violar as garantias e direitos jusfundamentais.

A persistir a postura majestática adotada pelo Supremo Tribunal face às reações desfavoráveis de parte da população à sua posição contra majoritária, bem como ao elastecimento de suas interpretações para atender a reclamos ativistas, urge comprar logo o óbulo para pagar Caronte para entregar a República ao caos reinante no Tártaro do Direito, prestando-se decisões como a da ADI 5543/DF (que, pelos

votos já proferidos antes da suspensão, tende a ser julgada precedente), a servir como seu réquiem.

Esse cenário, que constrange o mundo jurídico, só poderá ser modificado com uma reforma constitucional que, além de modificar o sistema de escolha e nomeação dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, melhor delimite a competência jurisdicional daquela Corte a fim de preservar a separação dos Poderes da República, coibindo a possibilidade de a mesma, sob o pretexto de interpretar a Constituição Federal, emendá-la ao sabor das marés ativistas a adotar o tônus político-ideológico de determinado período histórico.

Somente assim ter-se-á preservada, no interesse de todos, a instituição da República e dos ideários da Constituição Federal esposados desde o seu Preâmbulo – cuja força normativa, não por acaso, não é aceita pela atual composição do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. *Cartas de Inglaterra*, Rio de Janeiro, Typ. Leuzinger, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério, uma questão de princípio*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, RS, Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia*, entre facticidade e validade. v. I e II, São Paulo, Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander. *O Federalista*, Rio de Janeiro, Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp., 1840.

HART, Hebert. *O Conceito do Direito*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1998.

MAIA, Mahe Moreira. *Controle concentrado de constitucionalidade de decretos presidenciais*, o Supremo Tribunal Federal é coerente com a sua jurisprudência? Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, SBDP, 2012.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *A ideologia alemã*, O Manifesto do Partido Comunista, São Paulo, Minilivros, 2010.

MARX, Karl. *O Capital*. trad. Rubens Enderle , São Paulo, Boitempo, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira, 1999. P. 518 *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, Estudos de Direito Constitucional. SP, Celso Bastos//IBDC, 1999.

MORAES, Alexandre de. *In Inquérito instaurado pela Portaria GP/STF No 69*, de 14.03.2019 2019

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. trad. Almiro Pisetta e Lenina M. R. Esteves. SP, Martins Fontes, 2000, p. 433.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*, São Paulo, Boitempo, 2004.

WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. trad. José Marcos Mariani Macedo, Rio de Janeiro, Companhia das Letras, 2004.

ARD, Jane. *Not Gay, Sex Between White Straight Men*. New York, New York University, 2015.