XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

JEAN CARLOS DIAS

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

JEFERSON DYTZ MARIN

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quaisforem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Jean Carlos Dias; José Alcebiades de Oliveira Junior; Jeferson Dytz Marin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

UNISINOS

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Integram este livro os artigos apresentados no Grupo de Trabalho Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I do XXVII Congresso do CONPEDI, que se realizou de 14 a 16 do mês de novembro de 2018, na UNISINOS, cidade de Porto Alegre – Estado do Rio Grande do Sul.

Os trabalhos apresentados enquadram-se, portanto, na pesquisa a respeito das Teorias Justiça, da Decisão e Argumentação Jurídica, e são representativos da produção acadêmica nacional, visto que seus autores estão ou foram vinculados à Programas de Pós-graduação em Direito sediados em várias regiões do Brasil.

Os textos agora reunidos, em torno de 12 escritos, são bastante ricos pois abrangem diversas estratégias teóricas de abordagem, ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo, nacional e internacional, apontando para a relevância dos temas e sua atualidade.

Nesse sentido, teceremos breves comentários sobre aqueles que foram realmente apresentados no dia 15, neste GT e nesse grande XXVII Conpedi. Em primeiro lugar, Lorraine Queiroz e Paulo Ricardo Braga Maciel, em seu texto "O incidente de resolução de demandas repetitivas e a construção participada do mérito dos precedentes", analisam, com base no pensamento de Habermas, as possíveis limitações democráticas do procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, tal como previsto no atual Código de Processo Civil. Em segundo lugar, o texto intitulado "O Sentido dos Direitos Fundamentais", escrito por Marcelo Cacinotti Costa e Vinicius de Melo Lima, abordou o conceito de direitos fundamentais em Jorge Miranda, tecendo dura crítica à modulação dos efeitos temporais da decisão, prerrogativa concedida ao STF, que se entende arbitrária. Logo a seguir, em um terceiro momento, tivemos a apresentação do trabalho "Desenvolvimento sustentável e liberalismo de John Rawls", escrito por Amanda de Souza Gonçalves e Versalhes Nunes Ferreira, e que em síntese tratou-se de uma instigante tentativa de aproximar a equidade rawlsiana para o embasamento de um tema tão caro a todos nos tempos atuais, a sustentabilidade. Na sequência, em quarto lugar, foi apresentado o tema da "Derrotabilidade das regras jurídicas", por Gisele Santos Cabral, e que investigou, a partir do pensamento de Herbert Hart, a hipótese de que as normas jurídicas possam ter a capacidade

de acomodar exceções de incidência, isto é, possam ser derrotáveis. Em quinto lugar, assistimos "O Processo Judicial como discurso Jurídico", apresentado por Paula Ferla Lopes, e que tratou das relações entre o Discurso Jurídico e o processo judicial, buscando suas aproximações e identificações. O tema do "Direito Social a moradia e a efetividade das políticas públicas", veio a seguir, em sexto lugar, escrito por Lais Rizardi e Ednilson Donisete Machado e nos trouxe a sempre atual discussão sobre as prestações positivas dos Estados Sociais em nossas realidades tão desiguais. Em sétimo lugar, Rafaela Brandão de Sá e Ana Cláudia de Pinho Godinho examinaram a configuração dos Estados Latino-Americanos como plurinacionais sob o enfoque das concepções de justiça encampadas por Nancy Fraser, em especial, quanto às exigências de representação e seus desdobramentos no pensamento da autora, no texto "Justiça Social e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano: diálogo entre a concepção de Justiça Social em Nancy Fraser e as bases do Estado plurinacional". Em sequência, já na oitava apresentação, tivemos "O Juspositivismo e a atividade jurisdicional na atualidade", de Ricardo Pinha Alonso e Fernanda Mendes Sales Alves, e que por sua vez repôs a grave problemática da atividade jurisdicional no mundo complexo de hoje, realizando críticas as várias escolas que tratam do tema, sobretudo quanto aos seus intérpretes e aplicadores. Como nono trabalho assistimos "Crise da Legalidade e concretização da Justiça na Realidade brasileira", de Andreia Azevedo de Lima Wada e Francisco Cardozo Oliveira, texto que enfrentou a crise da legalidade, sob a perspectiva de Ludwig Wittgenstein, tendo como teórico o autor de Tractatus Logico-Philosophicus, de 1922, que exerceu profunda influência no desenvolvimento do positivismo lógico. Mais tarde, as ideias por ele formuladas a partir de 1930 e difundidas em Cambridge e Oxford também impulsionaram um outro movimento filosófico, base do artigo, a denominada "filosofia da linguagem comum" ou "ordinária". Como décimo trabalho, presenciamos "A análise do Efetivo Exercício da Jurisdição no Estado democrático a partir da fundamentação dos votos proferidos pelo STF na decisão ADI 5501 MC/DF", de Jéssica Duque Cambuy, que examinou a ADI 5501 sob a perspectiva da crise jurisdicional e da constatação da insuficiência de instrumentos que assegurem uma jurisdição democrática. "Constituição, Epistemologia e Decisão Judicial: a necessidade de construção de um modelo normativo de fundamentação do juízo de fato", nos chegou por obra de Angélica Mota Cabral e Gabriela Pimentel Pessoa como décimo primeiro tema, e que cuidou da decisão judicial, construindo uma análise epistemológica, com aferição, ao final, da necessidade de uma mudança paradigmática. Por fim, como décima segunda e última apresentação dos autores presentes, retornamos ao tema da derrotabilidade, sobre o qual o prof. Anizio Pires Gavião Filho e Alexandre Prevedello no texto "Derrotabilidade normativa", refletiram a respeito do alcance das exceções de incidência normativa e sua possível aplicação ao campo dos princípios jurídicos.

De modo que, como se vê, a diversidade, sem fuga do tema geral proposto por este GT acerca das Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I, foi, assim, um dos pontos altos dos debates ensejados pelas apresentações dos temas, demonstrando, pois, a qualidade da pesquisa nacional aqui representada, o que, indiscutivelmente, nos leva a recomendar a todos os interessados na área, a leitura deste livro.

Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Centro Universitário do Pará - CESUPA

Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin - Universidade de Caxias do Sul - UCS

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS e Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI de Santo Ângelo

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE DO EFETIVO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO A PARTIR DA FUNDAMENTAÇÃO DOS VOTOS PROFERIDOS PELO STF NA DECISÃO DA ADI 5501 MC/DF

ANALYSIS OF THE EFFECTIVE EXERCISE OF JURISDICTION IN THE DEMOCRATIC STATE THROUGH THE FOUNDATION OF VOTES PROPOSED BY STF IN THE DECISION OF ADI 5501 MC/DF

Jéssica Duque Cambuy [1]

Resumo

O exercício da jurisdição no Estado Democrático de Direito exige que a atuação do STF assegure aos jurisdicionados a garantia dos direitos tutelados constitucionalmente a partir da construção de provimentos seguros, justos e fundamentados. A análise concreta da decisão proferida pelo STF na ADI 5501 MC/DF, enfrenta a atuação individualizada dos ministros, demonstrando a ausência de deliberação e a recorrência de votos com argumentação divergente que não explicitam a razão basilar do provimento final, prejudicando o debate na busca da verdade e ratificando a predominância do protagonismo judicial em detrimento da justiça procedimental.

Palavras-chave: Estado democrático, Jurisdição, Argumentação jurídica, Deliberação, Justiça

Abstract/Resumen/Résumé

The exercise of jurisdiction in the Democratic State of Law requires the STF's action to ensure that the courts guarantee the rights protected constitutionally based on the construction of safe, fair and informed procedures. The concrete analysis of the decision handed down by the STF in the ADI 5501 MC/DF, faces the individual performance of the ministers, demonstrating the lack of deliberation and the recurrence of votes with divergent arguments that do not explain the basic reason for the final dismissal, debate in the search for truth and ratifying the predominance of judicial protagonism to the detriment of procedural justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic state, Jurisdiction, Legal arguments, Deliberation, Justice

[1] Mestranda do programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros. Pós-graduada em Direito Processual Civil. Advogada.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem o dever de assegurar aos jurisdicionados a garantia de direitos fundamentais de justiça e participação processual, sobretudo proferindo decisões que possam conferir segurança da sociedade nos provimentos judiciais a partir da argumentação jurídica.

Contudo, o que se observa a partir das decisões proferidas pelo STF é que os ministros costumam concluir seus votos antes da sessão de julgamento, prejudicando o debate efetivo do tema em análise, a busca da verdade e o diálogo dos argumentos que justificam o provimento final.

Desse modo, há casos em que, ainda que as decisões sejam unânimes, os argumentos que as justificam se mostram divergentes, não havendo deliberação entre os ministros e não alcançando confiança e segurança ao exercício da jurisdição.

A partir dessa análise, o presente artigo busca examinar concretamente a decisão proferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501 MC / DF que deferiu a liminar para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016, que autoriza o fornecimento de substância chamada de "pílula contra o câncer" sem o registro no órgão competente, avaliando o risco à preservação da saúde dos cidadãos em geral.

O exame da votação, em seis votos a quatro, busca analisar o dever de fundamentação dos votos proferidos por cada um dos ministros frente à necessidade de garantia dos princípios e direitos fundamentais, sobretudo a segurança no provimento, a partir da legitimação do judiciário com o debate dos argumentos, alcançando o ideal de processo constitucional e democracia deliberativa.

A escolha do tema se justifica por contemplar relevante discussão no que concerne à atuação do Supremo Tribunal Federal na garantia de princípios do Estado Democrático, da jurisdição constitucional a partir da argumentação jurídica e da superação da concepção clássica de processo tida atualmente como autocrática.

A ausência de deliberação e a constância de fundamentação divergente nos votos proferidos pelo STF parecem ser encarados como um produto natural da autonomia que possuem os ministros na prolação das suas decisões. Contudo, é desejável que a sociedade tenha garantidos os seus direitos constitucionais por ocasião da defesa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) pelo Supremo Tribunal Federal.

A análise concreta da decisão proferida pelo STF que deferiu a liminar requerida na ADI 5501 MC / DF mostra-se relevante por apresentar votos tanto com decisões divergentes

quanto com decisões concorrentes, que são aqueles que embora não divirjam do resultado final, divergem do caminho para se chegar a ele.

Portanto, a decisão em análise é capaz de contemplar os institutos que se busca analisar, objetivando-se concluir se o STF, no exercício de sua competência, tem sido capaz de conferir justiça e segurança jurídica à sociedade através dos votos proferidos por seus ministros nomeados, apesar das relevantes dissensões argumentativas, ainda que não divergentes no resultado final, tendo em vista, principalmente, a ausência de deliberação.

Metodologicamente será realizada pesquisa descritiva, do tipo estudo de caso e adotada, como procedimento, tanto a revisão bibliográfica quanto a análise documental, com inferência indutiva.

1. O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O artigo 1º da CRFB/88 é claro ao estabelecer que o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito e que o poder emanado do povo é exercido através dos seus representantes eleitos.

Contudo, o texto constitucional elenca, ainda, proposições teóricas que sedimentam o entendimento de que uma das bases da democracia constitucional encontra-se na possibilidade de revisão judicial da legislação.

Para Virgílio Afonso da Silva (2013), uma das fontes de legitimidade democrática das instituições que exercem a revisão judicial está na qualidade da deliberação dentro dos tribunais, tendo em vista que os fundamentos das decisões consistem na obrigatoriedade de encaixar o dispositivo de uma decisão em uma visão coerente com base na compreensão da Constituição.

Assim, enquanto os atos legislativos e executivos não precisam ser justificados, embora advindos de representantes eleitos pelo povo, os atos judiciais representam a razão pública por serem debatidos a partir dos mandamentos constitucionais.

Neste contexto, o papel da deliberação nos tribunais deveria ser relevante. A premissa é de que os órgãos colegiados teriam o potencial de discutir razões e dialogar argumentos para se chegar à melhor compreensão da Constituição, efetivando o ideal democrático.

A fundamentação das decisões é considerada garantia do devido processo legal e confere, além de qualidade à atividade jurisdicional, a segurança aos cidadãos tutelados. Deste modo, os conflitos de interesses levados ao crivo dos tribunais exigem fundamentação

adequada e diálogo entre os argumentos para que o provimento final encontre justificativa segura que comprove a prestação jurisdicional justa e satisfatória.

Nesse sentido, faz-se necessária a análise da importância da deliberação entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, por ser a corte constitucional brasileira e órgão de cúpula no exercício do controle de constitucionalidade das normas.

A deliberação entre os membros de um tribunal pressupõe diálogo de argumentos não compartilhados em outro momento senão o da votação, impedindo a racionalidade limitada e individual e permitindo o aclaramento recíproco dos ministros, modificando e harmonizando os pensamentos particulares para alcançar um resultado final que aproxime a comunhão das interpretações concretas (SILVA, 2013).

É certo, portanto, que dois caminhos podem ser perseguidos: as votações de um corpo coletivo, como o é o Supremo Tribunal Federal, podem ser elaboradas individualmente apenas com as informações constantes nos autos de um processo específico ou, antes de votar, cada ministro possa expor sua compreensão sobre o assunto em questão.

No primeiro caso, a derradeira decisão dada pelo tribunal tende a apresentar caminhos argumentativos completamente distintos, ainda que não divergentes no provimento final, o que coloca em dúvida a justiça da própria decisão por não ser possível descrever a justificativa basilar do julgamento.

É necessário observar que embora a vontade jurisdicional seja documentada na parte final do provimento, ou seja, no “dispositivo”, o julgamento real aparece na parte que antecede o comando, ou seja, na “motivação” (FAZZALARI, 2006).

Além disso, a decisão tomada sem deliberação não confere segurança aos jurisdicionados tendo em vista que a ausência de uma interpretação uniforme do caso concreto gera, consequentemente, novos questionamentos em situações semelhantes e mais volume de ações por não formar um precedente sólido capaz de regular casos análogos.

Portanto, se “o comando jurisdicional se identifica com o *dictum* contido no dispositivo do provimento e para interpretá-lo, para leva-lo a uma coerência é preciso, por outro lado, recorrer ao “juízo” sobre a situação substancial proposta, contido na motivação” (FAZZALARI, 2006, p. 453-454), parece ser fundamental, para garantia da segurança jurídica, que o provimento final tenha bases consistentes na motivação harmônica da decisão.

A deliberação nas votações ainda atenua os efeitos da racionalidade limitada, aproximando os argumentos, possibilitando a discordância fundamentada e construindo soluções coletivas para o provimento, sendo certo que “quanto melhor o desempenho

deliberativo de um tribunal que exerce a revisão judicial, melhor é o próprio tribunal”[1] (SILVA, 2013).

O dever dos ministros do Supremo Tribunal Federal, como intérpretes das normas, exige a observância de questões hermenêuticas, de forma que o trabalho não está restrito à mera leitura dos textos normativos e argumentos levantados pelas partes.

Elio Fazzalari (2006) ensina que as normas incorporam valores em si, sendo alguns deles relativamente estáveis e inelásticos, enquanto outros, mais numerosos, inclusive, são menos estáveis e possuem um halo de indeterminação e, por esse motivo, exigem dos intérpretes não somente a aplicação da lógica formal mas, principalmente, da lógica argumentativa que é própria do discurso entorno da necessidade de harmonização das normas no ordenamento.

Portanto, necessário se faz que a interpretação da norma seja feita além dos planos formal e semântico e englobe os valores coerentes com o sistema como um todo, observando, acima de tudo, as diretrizes constitucionais.

O exercício da jurisdição no Estado Democrático pressupõe o entendimento do processo e da jurisdição na perspectiva constitucionalizada e as votações realizadas no Supremo Tribunal Federal não podem ser regidas pela concepção clássica do processo em que os ministros se coloquem em posição hierarquicamente superior à própria população e se utilizem de argumentos metajurídicos para decidir de forma individualizada.

O professor Fabrício Veiga Costa (2016) adverte que este meio de jurisdição autocrática possibilita a predominância do protagonismo judicial onde a concretização dos direitos fundamentais passa diretamente pela vontade pessoal do intérprete que tem o condão, inclusive, de limitar o exercício dos direitos pelos seus respectivos destinatários. Para este notável jurista, o processo constitucional deve ser visto como o lócus de argumentação ampla das questões controvertidas, sendo a jurisdição constitucional uma atividade estatal que viabiliza a construção discursiva, e não solitária, do provimento final por todos os sujeitos afetados direta ou indiretamente pelos efeitos jurídicos das questões debatidas no âmbito processual.

Consequentemente, torna-se superficial a votação proferida por um Tribunal colegiado sem o necessário debate dos argumentos.

Importante salientar que o potencial deliberativo de uma instituição como o STF está diretamente ligado à criação de condições ideais para que se profira decisões da melhor

[1] “*The better the deliberative performance of a court exercising judicial review, the better is the court itself*.”

maneira possível, sendo imprescindível o trabalho em equipe dos ministros, a cooperatividade, a disposição e abertura para considerar os argumentos levantados e, inclusive, se convencer de argumentos dissentes.

Contudo, o Brasil parece seguir um cenário oposto, em uma instituição de cúpula constantemente adversária, com deliberação ausente ou rara que, quando ocorre, não visa alcançar um consenso mas apenas obter uma maioria de votos de maneira a implementar um determinado interesse.

Fala-se então, que o papel deliberativo dos ministros do STF muitas vezes é externo, ou seja, utilizado principalmente para convencimento da sociedade e dos canais de mídia. Virgílio Afonso da Silva (2013) assevera que quando os tribunais utilizam-se desta chamada deliberação externa é possível afirmar que estes são menos legítimos para exercer a revisão judicial da legislação tendo em vista que a simples contagem de votos acrescenta muito pouco ou nada ao trabalho já realizado pelo legislador.

Concretamente falando, a simples contagem de votos individuais leva a consequências infelizes para os cidadãos afetados por determinada decisão. Primeiramente, parece lógico concluir que o objetivo do voto seja "vencer" em relação ao provimento final o que faz com que a deliberação perca completamente o seu objeto quando atingida a maioria necessária dentro do julgamento. Além disso, os argumentos que são levantados individualmente parecem não ter o fim de atingir, discutir ou convencer qualquer outro ministro dentro do tribunal. Por fim, os argumentos apresentados pelo voto minoritário simplesmente perdem o sentido por não fazerem parte do provimento.

> Em boa parte das supremas cortes ou tribunais constitucionais existe a possibilidade de se publicar votos individuais, divergentes ou concorrentes. Ainda assim, o STF tem algumas peculiaridades que o diferenciam de outros tribunais semelhantes. Em primeiro lugar, a enorme quantidade de votos divergentes. E, em segundo lugar, o fato de que os votos divergentes, quando feitos antes da própria deliberação, acabam se tornando meros votos vencidos e não conseguem estabelecer um diálogo com a posição majoritária do tribunal. (SILVA, 2015a, p. 210.)

No caso do STF é importante considerar que matérias constitucionais frequentemente envolvem questões muito complexas e a existência de decisões não unânimes é tão inevitável quanto natural. O que se pretende destacar, no entanto, é que o modelo de votação deste órgão colegiado impede o debate e consequentemente a legitimidade da votação. Isso porque o usual é que os votos de cada um dos ministros sejam elaborados antes do julgamento, chegando ao momento do debate prontos e acabados, sem espaço para divergências racionais.

É possível observar, inclusive, que até nos casos em que a decisão final é unânime, o caminho argumentativo para se chegar a ela apresenta divergências argumentativas relevantes.

No contexto da tentativa de aproximação da atividade jurisdicional ao processo democrático na perspectiva constitucionalizada, o Supremo Tribunal Federal deve assumir o papel de garantidor da justiça e segurança das decisões proferidas, ideal que só pode ser atingido se o provimento guardar relação de harmonia com a fundamentação das decisões.

Os argumentos levantados pelos ministros devem dialogar diretamente entre si e esgotar todas as questões levantadas no processo, permitindo a efetiva participação, ainda que representativa, de todos os interessados.

Este é o legítimo exercício da jurisdição no contexto do Estado Democrático de Direito preconizado no artigo 1º da CRFB/88, sendo o poder judiciário detentor da possibilidade de garantir os direitos dos cidadãos através da fundamentação das suas decisões.

2. ESTUDO DE CASO - ADI 5501 DF

Para possibilitar a análise concreta da aplicação dos requisitos normativos que legitimam o exercício da jurisdição no Estado Democrático, passa-se ao estudo do caso tratado pela ação direta de inconstitucionalidade 5501 DF, especificamente no que diz respeito ao exame dos votos proferidos no julgamento do pedido de provimento liminar.

Trata-se de ADI proposta pela Associação Médica Brasileira, objetivando a declaração da inconstitucionalidade da Lei n° 13.269 de 13 de abril de 2016, que autoriza o uso da substância intitulada fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, alegando a incompatibilidade da norma com direitos constitucionais fundamentais, em especial o direito à saúde (artigos 6° e 196 da CRFB/88), o direito à segurança e à vida (artigo 5°, *caput* da CRFB/88), bem como o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, inciso III da CRFB/88).

A requerente, Associação Médica Brasileira, afirma que apesar de a fosfoetanolamina sintética somente ter passado por testes pré-clínicos, em células e em camundongos, a Presidente da República sancionou, sem vetos, a Lei impugnada que autoriza a produção da "pílula do câncer", como é conhecida pela população, concedendo o direito de uso do medicamento aos pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

A inicial sustenta que a fosfoetanolamina sintética não passou pelas fases de testes clínicos em seres humanos perante a ANVISA, nos termos da Lei n° 6.360/1976, necessárias para que urna substância seja considerada medicamento e, assim sendo, sua produção e o uso pela população não poderia ser autorizada “sob pena de prejuízos irreparáveis à sociedade

brasileira e aos direitos constitucionais da vida, dignidade da pessoa humana, saúde e segurança".

A ADI estudada, portanto, visa impedir que haja precarização do Sistema Nacional de Saúde e de Vigilância Sanitária quanto à produção, distribuição, comercialização, importação e uso de substâncias com fins terapêuticos, com a permissão de uso de um medicamento cuja toxidade ao organismo é desconhecida, caracterizando risco grave à vida e integridade física dos pacientes, direitos tutelados pelo *caput* do artigo 5° da CRFB/88.

Além disso, a Associação Médica Brasileira considera que a aplicação de milhões de reais para pesquisa da substância fosfoetanolamina, em um contexto de inexistência de indícios de eficácia da droga e de ausência de interesse da comunidade científica, em detrimento de outras necessidades prementes para o combate de inúmeras doenças, violaria o princípio da eficiência e a dispensa de registro sanitário para o uso da substância, conforme previsto na legislação impugnada, contrariaria o princípio da estrita legalidade.

Oficiada a Presidência da República, a Advocacia Geral da União (AGU), por sua vez, prestou informações contrárias ao alegado na peça inaugural, defendendo a constitucionalidade da Lei impugnada e salientando que esta originou-se por ter sido o uso da fosfoetanolamina sintética definido como de relevância pública.

Entretanto, nos esclarecimentos prestados, reconhece subsistir a necessidade de estudos clínicos conclusivos acerca do medicamento.

Isso porque embora a droga seja estudada desde os anos 90, trata-se de composto químico cuja eficácia ainda não foi comprovada no tratamento de neoplasias malignas, como defendido na Lei 13.269/2016. Os estudos iniciais apontaram para um potencial efeito da substância, contudo, os testes já realizados não cumpriram com todas as etapas exigidas legalmente para o desenvolvimento de um medicamento e a substância nunca teve o efeito antineiplásico devidamente testado em seres humanos.

Assim, embora a AGU reconheça que a importância do cumprimento das formalidades tidas como garantidoras da segurança e eficácia de um novo medicamento, afirma que a Lei atacada foi sancionada no contexto de grande repercussão social causada pela suspensão do fornecimento da substância.

O legislador, então, considerando o relato de melhoras e experiências positivas obtidas com a substância em debates travados em audiências públicas no âmbito do Poder Legislativo, disciplinou hipótese que excepciona o disposto na legislação, a fim de permitir a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação, posse ou uso da

fosfoetanolamina sintética, nos fins de que trata a lei, independentemente de registro sanitário, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca do medicamento.

A AGU ressalta que a preocupação do legislador foi possibilitar acesso, em caráter excepcional, à fosfoetanolamina sintética, em relação àqueles pacientes com a enfermidade já em estágio avançado, em situação na qual, além de não haver mais alternativa terapêutica aplicável, o tempo é um fator relevante e não permite a passagem pelos procedimentos formais previstos.

Para a AGU, a Lei não afasta a necessidade de pesquisas clínicas em relação à substância, ressaltando que o Ministério da Saúde instituiu um Grupo Técnico de trabalho para apoiar as pesquisas sobre a eficácia e segurança da droga, articulando e definindo a execução de um plano para o desenvolvimento dos estudos necessários.

Destaca ser o uso da substância condicionado à existência de laudo médico comprovando o diagnóstico de neoplasia maligna e de termo de consentimento e responsabilidade firmado pelo próprio paciente, alegando, ainda, ser precipitado arguir risco à integridade física das pessoas, pois o ato legal impugnado objetiva proteger o direito à saúde e, principalmente, à vida, valor central do ordenamento jurídico, considerado em um sentido amplo, abarcando não apenas a existência física mas também o direito à vida digna.

Oficiadas as casas legislativas, o Senado Federal prestou informações afirmando que a Lei 13.269/2016 está de acordo com as normas previstas na CRFB/88 tendo em vista, inicialmente, que a comunidade científica vê grande potencial de cura na "droga anticâncer", demonstrando haver evidências de efeitos na redução do crescimento de tumores e inibição de metástase celular em animais.

Segundo a advocacia do Senado, esses resultados tem incentivado propostas de trabalho e pesquisa sendo a fosfoetanolamina sintética candidata promissora de medicamento a ser desenvolvido.

Acrescenta que o drama sofrido pelos pacientes terminais e seus familiares sem alternativa terapêutica satisfatória, sensibilizou os membros do Congresso Nacional que decretou a Lei impugnada, devidamente sancionada pela Presidência da República.

A advocacia do Senado, portanto, conclui:

> Em síntese, a Lei impugnada não pode ser taxada de inconstitucional. A Lei veio atender o legítimo anseio de milhares de enfermos que lutam por suas vidas e para os quais não há mais tratamento conhecido, escutar as angustias de famílias que acompanham seus entes queridos e para as quais nenhuma possibilidade de cura pode ser desprezada. A bem da verdade, a Associação Médica Brasileira – AMB

> deveria ser a primeira entidade a apoiar a Lei 13.269, de 13 de abril de 2016, em vez de impugná-la.

Tem-se, por conseguinte, que a argumentação de constitucionalidade da Lei 13.269/2016 defendida pela advocacia do Senado Federal, é resumida na opinião da comunidade científica favorável ao uso do medicamento questionado e, ainda, na situação de sofrimento dos pacientes terminais e seus familiares.

A Câmara dos Deputados, a seu turno, prestou informações recapitulando o processo legislativo da Lei impugnada, para concluir por sua adequação financeira e orçamentária, bem como por sua juridicidade, técnica e, sobretudo, constitucionalidade.

Informa que a fosfoetanolamina não consiste em produto químico artificialmente criado, como afirmado na peça exordial, mas em substância normalmente produzida pelo organismo humano, com funções metabólicas conhecidas pela ciência, revelando sua baixa toxicidade, o que desconstituiria o argumento inicial de risco à saúde dos pacientes.

Enfatiza que o conjunto de evidências coletadas, inclusive no tocante aos testes em animais, convenceram os parlamentares da viabilidade da isenção provisória do registro da droga, mencionando a possibilidade de esta incrementar e melhorar as condições de vida dos pacientes, além de prolongar a sobrevida, o que se mostra compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Argumenta, ainda, a existência da necessidade de estancar o mercado clandestino criado na esteira da busca pelo medicamento por milhares de pacientes, tornando-a disponível apenas quando produzida em laboratórios devidamente credenciados.

A Câmara dos Deputados destaca, ainda, a realização de audiências públicas antes da aprovação da Lei nº 13.269/2016 para que o tema tratado fosse exaustivamente conhecido, tendo sido ouvidos cientistas, professores, pesquisadores, pacientes em tratamento com o uso da substância, autoridades da área da saúde, entre outros.

Afirma que os protocolos prescritos na Lei nº 6.360/1976 para aprovação do fornecimento de substâncias à população não vinculam o legislador, defendendo a atribuição que lhes é inerente na regulamentação e utilização de medicamentos, sendo que a Lei atacada tem natureza transitória e vigência planejada até a conclusão dos respectivos estudos clínicos.

Portanto, a argumentação de constitucionalidade da Lei 13.269/2016 defendida pela Câmara dos Deputados é pautada na legalidade do ato legislativo e no regime de exceção quanto à obrigatoriedade do registro sanitário da substância para defesa, através do ato impugnado, do direito à vida, à liberdade, à saúde, bem como da supremacia da dignidade da pessoa humana.

Importante ressaltar, por fim, que o caso em exame não teve a participação de *amicus curiae* antes da prolação da decisão que será analisada no tópico seguinte, tendo em vista o indeferimento monocrático de todos os pedidos de ingresso nesta condição, basicamente por considerar, o relator, que a admissibilidade de terceiros no processo objetivo pode tumultuar a sua tramitação e que não houve premissas e contribuições efetivas suficientes que justificassem a sua admissão.

3. ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR DA ADI 5501 DF

O acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar requerida na inicial da ADI 5501 DF, após consideração de todas as informações prestadas pela Presidência da República e pelo Congresso Nacional, deferiu a liminar para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, por maioria da votação, com contagem de seis votos a quatro.

Passa-se, portanto, a elencar os argumentos utilizados na referida votação para posteriormente analisar o exercício eficaz da jurisdição a partir das premissas do Estado Democrático de Direito já discutidas.

3.1 VOTOS MAJORITÁRIOS

O relator da ação, ministro Marco Aurélio, assevera em seu voto individual que a Lei 13.269/2016, ao suspender a exigibilidade de registro sanitário da fosfoetanolamina sintética, discrepa das balizas constitucionais concernentes ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos, presente no artigo 196 da CRFB/88.

Destaca que o Supremo Tribunal Federal tem cumprido o papel de assegurar o direito à saúde, garantindo aos cidadãos o fornecimento de medicamentos necessários aos tratamento de suas enfermidades. Contudo, considera que a regência normativa atacada não se amolda nesses parâmetros tendo em vista a necessidade de observância da responsabilidade constitucional de zelar pela qualidade e segurança dos produtos fornecidos à população.

Portanto, em primeira linha, o ministro relator invoca a atuação proibitiva do poder público no sentido de impedir o acesso a determinadas substâncias.

O ministro Marco Aurélio afirma que a esperança de enfermos depositada em medicamentos destinados ao tratamento de doenças terminais como o câncer não pode estar dissociada da ciência, respaldando uma busca desenfreada por curas sem o correspondente cuidado com a segurança da população.

Salienta que o direito à saúde é plenamente concretizado a partir do cumprimento da obrigação do Estado em assegurar a eficácia e a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico.

O voto proferido ainda ressalta que afastar a vigência do ato impugnado pela ADI não constitui ofensa à atribuição concernente ao poder legislativo, por decorrer de elementos objetivos verificados na Lei 13.269/2016, sobretudo a permissão de distribuição de remédio sem o controle prévio de viabilidade sanitária, que vai contra o dever constitucional de tutela da saúde da população.

Para o ministro Marco Aurélio, a aprovação da substância perante o Ministério da Saúde é condição para sua industrialização e comercialização, segundo o artigo 12 da Lei nº 6.360/1976 e, portanto, a Lei atacada atravessa os requisitos mínimos de segurança exigidos, ofendendo o princípio da separação dos poderes por desconsiderar a atividade atinente à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), autarquia supervisionada pelo poder executivo.

Assim, por considerar temerária e potencialmente danosa a liberação do medicamento sem a realização dos estudos clínicos necessários e em razão da ausência de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano, o ministro relator votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade.

No mesmo sentido do provimento do relator, o ministro Luís Roberto Barroso asseverou haver forte plausibilidade jurídica na alegação de inconstitucionalidade da Lei impugnada pela ADI por, em primeiro lugar, autorizar o uso de substância sem a realização de testes necessários para comprovar que o composto seja seguro (sem efeitos tóxicos ou efeitos colaterais danosos à saúde) e eficaz (capaz de funcionar para atacar a doença em causa), colocando em risco a saúde, o bem-estar e a vida das pessoas, em clara afronta ao direito à saúde (artigo 6º e 196 da CRFB/88).

Ainda, considerou que o disposto na Lei 13.269/2016 viola a reserva de administração, que decorre do princípio da separação de poderes (artigos 2º e 60, § 4º, III da CRFB/88), ao autorizar o uso da fosfoetanolamina sintética sem cumprimento das exigências legais de realização de testes clínicos e de registro sanitário, substituindo o juízo essencialmente técnico da ANVISA por um juízo político, interferindo de forma indevida em procedimento de natureza tipicamente administrativa e não competente ao poder legislativo.

Por fim, o ministro Luís Roberto Barroso afirmou que a Lei nº 13.269/2016 transmite aos cidadãos a mensagem de que o Estado endossa e incentiva o uso da fosfoetanolamina

sintética, sendo provável, portanto, o crescimento exponencial da demanda pela substância, enquanto, na verdade, considera que o processo de desenvolvimento de substâncias e medicamentos deve estar cercado de máxima cautela, em razão dos perigos envolvidos.

Concluiu o voto, portanto, concedendo a medida cautelar para suspender integralmente a eficácia da Lei 13.269/2016, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade.

O voto do ministro Teori Zavascki acompanhou igualmente o deferimento do provimento cautelar. Contudo, afirmou, exclusivamente, que a lei impugnada dispõe sobre medida tipicamente executiva, invocando, para tanto, os artigos 198 e 200 da CRFB/88. Segundo o ministro, o poder legislativo assumiu a posição de administrador, ferindo limites das atividades tipicamente executivas.

O ministro Luiz Fux alinhou seu voto com os anteriormente expostos, concordando com a invasão da competência constitucional do poder executivo. Entretanto, asseverou que mais relevante que a questão técnica, o caso apresenta densidade que exige o empreendimento de "uma Justiça caridosa e uma caridade justa".

Para ele, restou patente a ausência de capacidade institucional do poder judiciário para regular a questão proposta pela ADI, sendo que seria o típico caso de demanda que exige a realização de audiências públicas que fizessem ouvir a voz da comunidade científica. O ministro salienta que por não haver uma aferição exata das consequências do uso da substância impugnada, a exceção conferida pelo legislador, criaria, segundo suas palavras, um *periculum in mora* inverso.

O ministro Luiz Fux ainda sustenta que a análise das condições de vida dos pacientes terminais poderia conduzir o STF a proferir uma decisão com condão de caridade, tendo em vista que a esperança do paciência teria, segundo alguns especialistas médicos, uma anatomia que representa "o coração da cura".

Contudo, o ministro considera ser necessário o abandono da visão puramente lúdica e romântica da esperança, para sobressaltar a legitimidade constitucional da ANVISA e ressaltar parecer por ela proferido que demonstra preocupação quanto à possibilidade de os pacientes abandonarem o tratamento da medicina tradicional para se apegar a uma substância que não é oficialmente considerada um medicamento e sim um experimento.

Por fim, o ministro Luiz Fux assegura ser indiferente a discussão de titularidade do bem jurídico tutelado, tendo em vista que o consentimento na possibilidade de lesar a própria vida e a própria saúde não passaria pela análise constitucional de direitos fundamentais que cabe ao Supremo Tribunal Federal.

Com tais razões, o ministro acompanha igualmente o provimento do relator.

A ministra Carmen Lúcia, por sua vez, profere voto pautado na gravidade e no peso do câncer, que afirma ser a dor espiritual mais intensa que pessoalmente conhece para afirmar que pacientes e seus familiares envolvidos em problema de tamanha natureza, buscam, justificadamente, qualquer tipo de saída que lhes dê esperança. Para ela, a norma impugnada oferece ao enfermo a possibilidade de receber um tratamento que, ainda que não leve a lugar algum, fortalece o sistema imunológico através da esperança.

A ministra salienta que o tratamento do câncer é penoso e trágico e o que a legislação propõe é a disponibilização de um meio menos nefasto de se passar por esse drama humano.

Contudo, salienta que o papel do STF no julgamento da ação é tratar da legislação. Salienta que a ausência de informações conclusivas sobre os efeitos da substância para os pacientes faz com que haja a possibilidade de se levar a um enfermo um "engano" e na tentativa de superar uma doença, uma pessoa já vulnerável pode ser levada a condição pior.

A ministra Carmen Lúcia admite que um paciente desesperado possa tomar decisões mais graves do que a situação por ele vivida e, por isso, invoca o princípio da precaução para acompanhar o relator e suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade, quando salienta que possivelmente haverá novas informações a respeito dos testes da substância.

Por fim, o ministro Ricardo Lewandowski levanta reflexão a respeito do nascimento do Estado de Direito, nascido a partir do movimento Iluminista do século XVIII, que se caracteriza pela centralidade da ciência e da racionalidade, sendo, portanto, organizado em bases e regras de caráter objetivo. Para o ministro não é razoável, a partir deste raciocínio, que o Estado possa agir, sobretudo numa matéria tão sensível como é o campo da saúde, levando em conta razões de ordem metafísica, ou fundado em suposições que não tenham base em evidências científicas.

Ainda, baseado na atribuição que lhe compete como ministro da Corte Constitucional, invoca os artigos 196, 198 e 200 da CRFB/88, para salientar que o poder constituinte atribuiu ao Estado o dever de assegurar a saúde, mas também lhe atribuiu a obrigação de fiscalizar os procedimentos, produtos e substâncias que digam respeito à sua própria preservação.

Deste modo, o voto do presidente, ministro Ricardo Lewandowski encerra a argumentação que concorda com a Associação Médica Brasileira e suspende, por maioria de votos, a eficácia da Lei 13.269/2016, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade 5501 DF.

3.2 VOTOS MINORITÁRIOS

O ministro Edson Fachin apresentou a divergência ao voto do ministro relator salientando explicitamente ter levado a declaração do voto por escrito para o julgamento e manifestou-se no sentido de conceder a medida cautelar para o fim de atribuir interpretação conforme à Lei 13.269/2016, de modo a assegurar o acesso à substância fosfoetanolamina apenas a pacientes terminais.

Para o ministro divergente, não há inconstitucionalidade nos dispositivos de lei que se limitam a autorizar o uso privado de substâncias, ainda que apresentem eventuais efeitos nocivos à saúde humana, tendo em vista que o ato insere-se no âmbito da autonomia privada e está imune à interferência estatal em matéria penal.

Segundo o ministro, ainda, o uso da substância fosfoetanolamina é permitido se não há nenhuma lei que o proíba e, ainda que o legislador optasse por proibi-la, cominando, para tanto, uma penalidade, encontraria limite no princípio da ofensividade.

Assim, concluindo não ser possível tipificar o uso da fosfoetanolamina, o ministro considera que a substância deve ser regulada administrativamente, reconhecendo que a execução da política de controle está a cargo da ANVISA.

O ministro Edson Fachin discorre longamente sobre o desempenho da função regulatória que tem como balizas constitucionais a possibilidade de intervenção direta e o princípio da subsidiariedade, asseverando que estes devem cumprir a missão de harmonizar a livre iniciativa com a justiça social. Salienta que a regulação promovida pela ANVISA fundamenta-se, ainda, na dificuldade de acesso, por parte dos consumidores, de informações relevantes para a própria definição de mercado. Assim, ao normatizar as regras de segurança, qualidade e eficácia, a agência garante a participação de empresas e consumidores no mercado de medicamentos em condições mais equilibradas.

Neste contexto, o ministro considera condicional a possibilidade de o Congresso Nacional autorizar a produção de substância que potencialmente afete a saúde humana, dispensado o registro da ANVISA. Para ele, a competência atribuída à referida agência não seria privativa, tendo em vista que o artigo 200 da CRFB/88 salienta que esta é exercida “nos termos da lei”, ou seja, estaria vinculada ao poder legislativo.

Assim, a constituição da própria ANVISA para realização de suas atribuições seria, nesta perspectiva, faculdade do legislador, não havendo impedimento para que este regule determinada substância por meio de lei.

Por outro lado, o ministro invoca a proibição ao retrocesso e a possível inconstitucionalidade material para sustentar a necessidade de observância de um regramento mínimo que indique proteção suficiente à saúde.

O ministro divergente invoca o direito comparado para mencionar que agências reguladoras dos Estados Unidos e da Europa já admitem processos simplificados de liberação de medicamentos em casos em que se considera a gravidade da doença.

Salienta a existência da Resolução nº 38 da ANVISA que aprova o regulamento para os programas de acesso expandido, uso compassivo e fornecimento de substância ou medicamento pós-estudo e aplica-se somente a pacientes que detenham doença debilitante grave, entendida como sendo a que prejudica substancialmente os seus portadores no desempenho das tarefas da vida diária, e doença crônica, definida como a que, se não tratada, progredirá na maioria dos casos, levando a perdas cumulativas de autonomia, a sequelas ou à morte.

Para o ministro Edson Fachin, a existência de tais situações de risco representam, à luz do direito de preservar a própria vida, as situações em que poderiam ser mitigadas as restrições relativas à segurança de substância, concluindo, portanto, que na dimensão estrita do estágio terminal, poderia ser aplicada a Lei impugnada pela ADI, concedendo parcialmente a medida cautelar para dar interpretação conforme à Lei 13.269/2016.

No mesmo sentido, votou a ministra Rosa Weber que salientou a esperança como resultado satisfatório na qualidade de vida do enfermo e, apesar de declarar que estava inclinada a pedir vista dos autos, endossou a divergência apresentada sem qualquer outra fundamentação.

O voto do ministro Dias Toffoli, por sua vez, salientou que o mérito da decisão é meramente administrativo e que, conforme a legislação vigente no Brasil há décadas, a ANVISA é o órgão responsável pela regulamentação de medicamentos e ateste de eficácia e segurança. Salienta, contudo, a existência de decisões judiciais que vem deferindo a entrega e comercialização do que seriam medicamentos ainda não passados pelo crivo do órgão regulador.

O ministro salienta a existência de uma série de circunstâncias, que não são citadas em seu voto por julgar que não vem ao caso, a respeito do que chama de indústria do câncer.

Por fim, argumenta que o mérito administrativo não pode ser invadido pelo poder judiciário, mas acompanha a divergência como forma de excepcionalidade, sustentando o seu argumento na esperança das pessoas que não tem, através da medicina tradicional, outra

alternativa de tratamento e por julgar que não possui, assim como nenhum outro juiz ou ministro, competência para avaliar se um medicamento é seguro e eficaz.

Por fim, o ministro Gilmar Mendes acompanha igualmente a divergência asseverando não haver vício de iniciativa na Lei 13.269/2016, não vendo justificativa para excluir o legislativo do processo eivado de circunstâncias especiais.

O ministro invoca um caso decidido no direito alemão para amoldá-lo à discussão tratada na ADI e salientar que a Corte Constitucional alemã estabelece que tratamentos alternativos deveriam ser custeados para os pacientes em casos extremamente graves sem previsão de recuperação pelos medicamentos e tratamentos registrados.

O ministro salienta, ainda, a necessidade de determinação, por parte do Tribunal, para que a ANVISA acelere o processo de deliberação a respeito da substância estudada para determinar se tem embasamento científico ou trata-se meramente de placebo.

O ministro Gilmar Mendes encerra os argumentos do seu voto assegurando que a suspensão da eficácia da Lei impugnada teria o condão de estimular a judicialização de forma abusiva dos pedidos por tratamento e acompanha a integralidade da divergência para conceder parcialmente a medida cautelar e dar interpretação conforme à Lei 13.269/2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na análise concreta do caso proposto, é possível observar que as argumentações dos votos dos ministros do STF, no julgamento de um caso específico, são completamente dissentes entre si.

Os votos proferidos pela maioria deram provimento à medida cautelar requerida para suspender a eficácia da legislação atacada sem, contudo, firmar a razão basilar pela qual a Lei 13.269/2016 realmente fere a CRFB/88.

Foram invocadas razões relativas à atuação proibitiva do Estado; ao cuidado com a segurança e eficácia de substâncias; ao dever constitucional de tutela à saúde; à ofensa ao princípio da separação dos poderes; à ausência de comprovação de possíveis efeitos colaterais advindos da substância; à violação da reserva da administração; ao incentivo do judiciário ao uso de composto químico não autorizado; ao poder de cautela; à incapacidade de julgamento da questão pelo poder judiciário e necessidade de realização de audiências públicas; ao condão de caridade e justiça do Tribunal; à esperança de cura dos pacientes; à titularidade do bem jurídico tutelado; à possibilidade de engano de pacientes; à racionalidade advinda do Iluminismo; à obrigação de fiscalização de procedimentos pelo Estado; ao princípio da precaução, dentre outros argumentos de cunho emocional.

Da mesma forma, os votos que divergiam da maioria e concediam parcialmente a liminar para dar interpretação conforme à Lei 13.269/2016, de modo a assegurar o acesso à substância fosfoetanolamina apenas a pacientes terminais, não foram conclusivos quanto ao argumento fundamental pelo qual a legislação merecia ser aplicada dessa maneira.

Os ministros que suscitaram a divergência invocaram razões relativas à constitucionalidade dos dispositivos atacados; à ausência de norma proibitiva; à autonomia privada; ao princípio da ofensividade, às funções regulatórias do Estado; ao mercado de medicamentos e "indústria do câncer"; às competências legislativas; à proibição de retrocesso; aos casos de direito comparado; ao direito de preservação da própria vida; à dignidade da pessoa humana; à esperança de cura pelos pacientes e seus familiares; à ausência de vício de iniciativa; ao âmbito de discussão do mérito administrativo; ao estímulo à judicialização, dentre diversos outros argumentos levantados de forma individualizada.

Dessa forma, conclui-se que a ausência de deliberação não garante a busca da verdade, a efetividade da justiça e o diálogo das razões entre os ministros do STF na prolação de votos que são proferidos individualmente e concluídos antes dos julgamentos.

Diante da decisão analisada, não há que se falar, portanto, na garantia de participação das partes, ainda que por meio de representação, na construção do provimento, mostrando-se comprometida a argumentação e a garantia de segurança jurídica na prestação jurisdicional na perspectiva do Estado Democrático.

Assim, o presente estudo conclui pela necessidade de reflexão acerca do papel individual exercido por cada ministro dentro do órgão de cúpula coletivo, tendo em vista que o efetivo exercício da jurisdição no Estado Democrático exige a implementação do processo constitucional, com espaço para ampla argumentação das questões levadas a julgamento, viabilizando a construção discursiva do provimento, como tentativa de garantir os direitos e a justiça a todos os sujeitos envolvidos direta ou indiretamente pelos efeitos das decisões.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 05 de out de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Data de acesso: 10 jun. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Fabrício Veiga. *Liquidez e Certeza dos Direitos Fundamentais no Processo Constitucional Democrático*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, tradução: Luis Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*, tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgilio Afonso da. *De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal.* 2015a. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/605/397>. Data de acesso: 16 maio 2018.

SILVA, Virgilio Afonso da. *Deciding without deiberating. International Journal of Constitutional Law*. 2013. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/11/3/557/789359>. Data de acesso: 16 maio 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgilio Afonso da. *"Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal*. 2015b. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21/22>. Data de acesso: 16 maio 2018.

STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-acordao-fosfoetanolamina.pdf>. Data de acesso: 16 maio 2018.