

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA ILEGITIMIDADE

**Diego Fonseca Mascarenhas
Cleyton Belmiro Ataíde**

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Decisão Sobre o Artigo 5º da Lei de Biossegurança É Uma Decisão Política, e Não Jurídica; 3 A Decisão da Lei de Biossegurança do STF Sobre As Células-Tronco Embrionárias; 4 A Polêmica da Legitimidade do Poder Judiciário; 5 Crítica a Tese de uma Legitimidade Derivada dos Princípios Constitucionais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O artigo trata do fenômeno da judicialização da política tendo como caso concreto a ação constitucional que possibilitou a revisão da Lei de Biossegurança. Analisando a partir um de debate referente à questão da ilegitimidade democrática do Poder Judiciário perante o legislativo que representa o perfil político da sociedade. Nesse sentido, a Lei de Biossegurança foi deliberadamente discutida na arena política, entretanto sofreu o revisionismo judicial fundamentado nos princípios constitucionais. Entretanto, a decisão Judiciária não goza de mandato político e a sua interpretação principiológica pode conter certos posicionamentos que não refletem a vontade da maioria.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Ilegitimidade e Judicialização da Política.

RESUMEN

El artículo trata del fenómeno de la judicialización de la política, presentando como caso concreto la acción constitucional que posibilitó la revisión de la Ley de Bioseguridad, analizándola a partir de un debate referente a la cuestión de la ilegitimidad democrática del Poder Judicial ante el Legislativo, que representa el perfil político de la sociedad. En ese sentido, la Ley de Bioseguridad fue deliberadamente discutida en la arena política, aunque sufrió el revisionismo judicial fundamentado en los principios constitucionales. Sin embargo, la decisión Judicial no goza de mandato político y su interpretación principiológica puede contener ciertos posicionamientos que no reflejan la voluntad de la mayoría.

PALABRAS CLAVE: Democracia; Ilegitimidad y Judicialización de la política.

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem o condão de provocar a abordagem crítica sobre a questão da legitimidade da decisão judicial. O ponto de partida é definir se a deliberação da Lei Federal nº 11.105 (“Lei de Biossegurança”), de 24 de março de 2005, é uma decisão eminentemente política ou de cunho jurídico (1), com base no filósofo Jürgen Habermas. Posteriormente, analisando concretamente a problemática por meio do acórdão do STF (2). Nesse sentido, o referencial teórico adotado faz contraponto no nexos existente entre o direito e a democracia, a fim de que aquela exerça a sua função emancipatória ao invés de restringir ou substituir as ações típicas dos outros poderes (3). Por último, apesar de o judiciário fundamentar as suas decisões nos dispositivos, direitos fundamentais e princípios constitucionais, ele não é dotado de legitimidade democrática, em face de sua decisão ser tomada de modo monológico, sem a participação política (4).

2 A DECISÃO SOBRE O ARTIGO 5º DA LEI DE BIOSSEGURANÇA É UMA DECISÃO POLÍTICA, E NÃO JURÍDICA

Ao discutirmos sobre o fenômeno da judicialização da política, estamos nos referindo à situação em que questões que devem ser discutidas e decididas nas arenas políticas passam a ser discutidas e decididas no âmbito do judiciário, em suas arenas próprias e a partir de procedimentos e argumentos especificamente jurídicos.

Em um primeiro momento, para que possamos desenvolver as idéias que levantaremos neste trabalho, devemos fazer uma distinção clara entre questões políticas e questões jurídicas, pois tal tarefa é primordial ao estudo em questão.

Segundo a distinção clássica, questões políticas seriam questões voltadas à determinação das condições de interação entre os membros de uma comunidade (sociedade), os indivíduos ou grupos de indivíduos tomam ou escolhem posições entre várias disponíveis, votando uma lei, por exemplo; a jurídica seria aplicação

daquela lei já discutida, o julgamento de uma determinada conduta perante aquela lei ou outras disponíveis seria o exemplo mais característico e emblemático.

Na concepção clássica da divisão de Poderes Montesquie ressalta, aliás, a interpretação de funções judiciárias, legislativas e executivas. Basta lembrar a prerrogativa de julgamento pelos pares nos casos de crimes políticos para perceber que a separação total não é possível não é necessária nem conveniente. A equipotência, ou equivalência dos poderes também é refutada implicitamente por Montesquie, quando afirma que o judiciário é poder nulo, "os juízes (são)... a boca que pronuncia as palavras da lei"¹.

Atualmente, fundamental é a constatação de que em todo o processo de decisão e aplicação do direito existe, de certa forma, também um processo de produção do direito que está sendo aplicado. O direito aplicado e produzido por seus intérpretes não é encontrado de maneira completa e acabada, como um produto pronto apenas para ser utilizado, ele necessita de complementação por parte do intérprete que irá aplicá-lo.

Por isso, autores como Humberto Ávila, em sua obra "Teoria dos Princípios", constroem a distinção entre "textos normativos" e "normas", segundo a qual os textos normativos são as leis, decretos, regulamentos, dispositivos, etc.; enquanto as "normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos"².

Tendo isto em mente, utilizaremos outra distinção, encontrada em "Levando os direitos a sério", de Ronald Dworkin, na qual "política" seriam *standards* que apontariam na direção de metas a serem atingidas (decisões baseadas em políticas), aqui poderíamos destacar as políticas públicas em torno da saúde ou da educação; e "princípio" um outro *standard* que deve ser observado por ser uma exigência que envolve dimensões de moralidade.

¹ WEFFORT, Francisco. Os clássicos da Política 119.

² ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 30.

Esta distinção construída por Dworkin remonta à distinção liberal entre o “bom” e o “justo”, edificada nas obras de John Rawls, que por sua vez origina-se da distinção feita por Immanuel Kant, entre “imperativos hipotéticos” e “imperativos categóricos”. O que Rawls fez, a partir de uma tradição liberal, foi se apropriar disto para fazer a distinção em, junto com a tradição Liberal, foi se apropriar disto para fazer a distinção entre o bom e o justo.

As questões políticas seriam aquelas relacionadas, com as idéias formadas a partir de compreensões e projeções éticas que temos de nós mesmos, dito de outro modo, enxergar no outro a si mesmo e formando um “auto compreensão e auto projeção comum”. Já as questões jurídicas seriam as concernentes às normas que regulariam as condições de convivência entre os indivíduos.

Numa perspectiva liberal, os direitos políticos têm a estrutura de oferecer aos cidadãos a possibilidade de conferir validação a seus interesses particulares, de maneira que esses possam ser agregados a outros interesses privados (por meio de votações, formação de corporações parlamentares e composições de governo) e afinal transformados em uma vontade política que exerça influência sobre a administração. Dessa maneira, os cidadãos, como membros do Estado, podem controlar se o poder estatal está sendo exercido em favor do interesse dos cidadãos na própria sociedade³.

O Poder Legislativo, então, teria como função a de discutir, decidir e implementar políticas tendo como base de discussão as inúmeras posições e interesses que os grupos políticos representam na sociedade que estão inseridos, ou seja, questões que dizem respeito ao bem-comum.

Ao Poder Judiciário seria incumbida a empreitada de decidir as questões relativas ao que é justo e equitativo, como dito anteriormente, resolver questões envolvendo dimensões morais, obviamente utilizando como base argumentativa e interpretativa para a resolução das questões o direito posto.

No entanto, essa distinção liberal também não serve, principalmente para a noção de legitimidade que iremos adotar ao longo de nossa exposição.

³ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro, 279.

Outra distinção possível é a republicana, como a encontrada em Habermas, quando o mesmo discorre sobre as relações entre uma esfera pública difusa e outra institucionalizada.

Em uma esfera pública, as trocas comunicativas entre os membros visam à formação de uma vontade geral, esta atingida porque em um procedimento discursivo válido, ou seja, um procedimento que assegure aos cidadãos plena liberdade e igualdade de condições comunicativas para originar uma formação de vontade.

A forma de assegurar estas condições só é conseguida mediante a institucionalização destas e, além, torna possível a ligação entre o sistema de direitos e a construção de um Estado de Direito.

Esta esfera pública é difusa, espalhada por toda a sociedade formada por cidadãos, assim sendo, seriam impossíveis as trocas comunicativas entre todos, por isso há a necessidade de uma esfera pública institucionalizada, que absorva e filtre todas as posições e anseios dos cidadãos, o parlamento, por exemplo, a partir de leis e direitos fundamentais, pois só assim teríamos assegurado a estes as condições de liberdade de igualdade para discussão efetiva, caso contrário, teríamos uma coerção ilegítima e arbitrária sobre os cidadãos.

Outrossim, a divisão de poderes é o ponto crucial no asseguramento de uma legitimidade democrática capaz de ser potencialmente emancipatória, pois ao mesmo tempo que cria condições para participação popular na formação de uma vontade geral, proporciona a não interferência de outras poderes em tais condições, o que, acontecendo, faria com que o sistema dos direitos proporcionasse uma invasão ao mesmo tempo ilegítima, pois não houve participação do povo na tomada de decisão, e colonizadora, retirando dos cidadãos sua capacidade emancipatória.

3 A DECISÃO DA LEI DE BIOSSEGURANÇA NO STF SOBRE AS CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

*"Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:*

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no [art.15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.](#)"

Pois bem, com base no exposto acima, podemos sustentar que a Lei de Biossegurança se reveste de caráter político porque discutida e decidida nas arenas da política, vale dizer, no Poder Legislativo, consubstanciado em nosso Congresso Nacional, e mais, as partes onde deixa "em branco" a questão relativa à quando se inicia a vida humana também é uma decisão política, pois nossa Constituição Federal de 1988 não deixa claro em nenhum ponto o momento de início da vida.

A própria observação do Ministro Carlos Ayres Brito, em seu voto sobre as células-tronco embrionárias na ADIN movida pelo Procurador Geral da República, ressalta como essa questão está em aberto em nossa Constituição.

O artigo 5º da Lei de Biossegurança não deixa clara a questão de quando se inicia a vida humana, trata-se de uma questão em aberto, até mesmo na Constituição de 1988.

Como em nossa Constituição a questão de quando começa a vida humana não está definida, essa questão torna-se passível de discussão em plenário tendo como base uma pluralidade de posições interesses em jogo que nem mesmo foi decidida no caso das células-tronco.

Encontramos, no relatório e voto do Ministro Carlos Ayres Brito, a posição adotada pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República, defendida pelo advogado público Rafaello Abritta, a respeito das possibilidades concernentes ao bem comum envolvido na política adotada pela Lei de Biossegurança:

"com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente"

Sendo assim, resta claro que o artigo 5º da Lei de Biossegurança encerra uma política pública e que a questão não decidida a respeito de quando se inicia a vida humana não pode ser decidida no âmbito jurídico, somente no âmbito político.

A lei produzida pelo legislativo deixa espaço para variadas interpretações, sendo a escolha entre elas uma decisão política, e não meramente técnica. Portanto, o problema não é exatamente que as concepções políticas do legislativo apontam para um lado e as do judiciário para o outro, mas sim que sequer ficam claras as concepções do legislativo, o que exige, sim, algum tipo de complementação, mas não do judiciário, e sim de algum órgão dotado de representação política, direta ou indireta.

Supondo que a discussão sobre as células-tronco embrionárias chegue à conclusão de que a vida humana inicia nos embriões essa decisão estaria impondo um determinado entendimento, entendimento este que de maneira alguma consta da Carta Magna do Brasil. Isto forçaria outra política pública que seria imposta pelo Judiciário e que nem mesmo estaria decidido, aqui o seu ponto de partida, na Constituição, colocando uma pá de cal sobre as discussões, entendimentos e discussões sobre a vida humana e seu início, assim como

renegar as possibilidades abertas pela Lei de Biossegurança para com a saúde pública.

De outro modo, se a decisão se configura na não aceitação de início de vida humana no embrião, estaria se decidindo uma questão que, como supra colocado, não foi decidido pelo Legislativo, não consta de nosso Texto Maior. Nas duas possibilidades a discussão e a decisão adentram na esfera de discussão e decisão do político, sendo, deste modo, ilegítima.

De fato, a Lei de Biossegurança é imprecisa e laica em seu artigo 5º e necessita de complementação, mas essa complementação, neste caso, não pode ser feita pelo Judiciário, por faltar-lhe legitimidade para tal intento.

Se o conflito em questão for configurado como proteção à vida versus proteção à saúde pública, talvez os elementos polêmicos da discussão sobre implementação dos direitos sociais, expulsos pela porta da frente, possam retornar pela janela dos fundos. Contudo, antes do conflito, existe a questão da determinação do momento do início da proteção ao direito à vida, que é uma questão que diz respeito apenas a esse direito em particular e que, nesse primeiro momento, não envolve discussão de direitos sociais.

(Discussão sobre o início da proteção à vida, considerando as hipóteses de que o art. 5º da CF estabelecesse uma proteção que se estendesse aos embriões fecundados *in vitro* e congelados. Comentar sobre os argumentos com base nos quais os ministros do STF decidiram em favor da autorização das experiências científicas com uso de células-tronco embrionárias e as condições restritivas que impuseram a elas).

4 A POLÊMICA DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Para avaliar a questão da legitimidade em termos democráticos do Poder Judiciário é importante, primeiramente, abordar o nexo existente entre o direito e a democracia.

O direito constitui o poder político e o poder político pode ser constituído pelo direito, nessa relação há a possibilidade do direito ser utilizado como meio para atender as aspirações do poder. Ademais, no Estado de Direito ocorre a sistematização do poder público impor ao poder político, estruturado de acordo com o direito, a sua legitimação.

Todavia, a relação entre o direito e o poder é estabelecida por meio dos códigos particulares ambos proporcionam mútua complementaridade, afim de que seja realizadas suas funções.

No entanto, essas relações de troca alimentam-se de uma normatização legítima do direito, a qual, como vimos, tem parentesco com a formação do poder comunicativo. Com isso, o conceito do poder político se diferencia. No sistema da administração pública concentra-se um poder que precisa regenerar-se a cada passo a partir do poder comunicativo. Por esta razão, o direito não é apenas constitutivo para o código do poder que dirige o processo de administração. Ele forma simultaneamente o *medium* para a transformação do poder comunicativo em administrativo⁴.

Por isso, é possível desenvolver a idéia do Estado de direito com o auxílio de princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado⁵.

Isto desemboca na teoria procedimentalista do direito de Habermas, onde a aceitabilidade racional é alcançada por meio de um discurso racional que ocorre no interior de um procedimento racional válido.

Portanto, retomando o que dissemos anteriormente sobre a Lei de Biossegurança e seu artigo 5º que fala das células-tronco embrionárias, a decisão judicial em comente padece de aceitabilidade racional, além de não ocorrer dentro de um procedimento discursivo em efetivo.

Alguns autores, como Werneck Vianna, inserem a procedimentalização do direito como um procedimento existente nas ações coletivas, mas a tese não é

⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. 212.

⁵ Obra Citada. 212.

aceitável, pois não basta, para que o procedimento judicial esteja em conformidade com o princípio do discurso e obedeça às suas condições contrafáticas de validade, que as partes possam defender suas pretensões em contraditório para, num segundo momento, aguardar por uma decisão tomada por outrem, sem maior participação sua do que simplesmente a influência que puderem ter exercido na formação da convicção do julgador; é preciso que possam colocar suas posições e, além disso, efetivamente participarem da decisão, que seria, nesse caso, obtida mediante um consenso racional que as partes, apesar de sua lide processual, possam alcançar, o que não ocorre em um procedimento como o previsto no Processo Civil e Constitucional brasileiro, que não segue um formato dialógico, e sim monológico, no que se refere à formação da decisão final.

O juiz decide de forma solitária, que não está investido de um mandato democrático e tão pouco sofre um controle democrático periódico.

Tanto no legislativo como no Executivo, seus membros, pelo menos os que tem poder decisório, foram eleitos por meio de decisões periódicas, ou seja, sofrem um controle democrático constante, além de serem escolhidos para defender variadas posições encontradas na esfera pública.

Pois bem, os magistrados, além de ingressarem na carreira pública por meio de concurso, não estão submetidos a um controle democrático.

E existe, enfim, o problema da legitimação democrática. Realmente é verdade que no estado moderno este problema, como já observei, apresenta-se também com agudeza em face da legislação e ainda mais da ação, administrativa. Permanece, todavia, o fato que, segundo a opinião de muitos, na criatividade jurídica dos legisladores democraticamente eleitos e dos administradores públicos politicamente responsáveis reside maior grau de "legitimação", de qualquer maneira mais evidente do que no "ativismo judiciário", vale dizer na

criatividade jurídica na magistratura, caracterizada exatamente pela tradição de independência política e isolamento⁶.

Em cujo contexto analisarei também os limites intrínsecos, ou mesmo essenciais, da criatividade jurídica dos juízes, limites que devem ser respeitados quando se quer prevenir o perigo da transformação perversa do judiciário em outro pode "político"⁷.

A questão da legitimidade também pode ser posta em âmbito geral e especial. No âmbito geral, pode-se perguntar sobre o que dá legitimidade a uma decisão judicial. Afinal, na Democracia em que vige o princípio de soberania popular (no caso brasileiro, v. CF/88, Art. 1º, parágrafo único), as decisões são legítimas quando são tomadas ou diretamente pelo povo ou por representantes eleitos e juridicamente competentes para tal, o que não é o caso dos juízes. Alguns dirão que o problema da legitimidade não se coloca, porque os juízes apenas aplicam as regras elaboradas pelos representantes eleitos. Contudo, como existem os casos difíceis, essa resposta fica prejudicada. Se os juízes são freqüentemente chamados a tomar decisões que estão para além das regras, ou a interpretar certos princípios cujo conteúdo só pode ser determinado por um processo de escolha entre diferentes alternativas políticas disponíveis, como é o caso ora examinado, o que dá legitimidade a esse tipo de decisão?

No âmbito especial, pode-se ter que tomar decisões em que a questão da legitimidade é posta de modo mais agudo. É o caso do uso de argumentos políticos, como os de impacto e repercussão, e das decisões que fiscalizam, restringem ou substituem as ações típicas dos outros poderes, como é o caso na judicialização da política. Aqui não se trata apenas de ter que decidir para além das regras, mas de ser chamado a decidir sobre interesses e prioridades da sociedade como um todo.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. 50.

⁷ Obra citada. 50.

5 CRÍTICA A TESE DE UMA LEGITIMIDADE DERIVADA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Uma possível justificativa para dotar de legitimidade à decisão acerca das questões que envolvem a Lei de Biossegurança seria a de que o Judiciário se utiliza de interpretações dos mesmos dispositivos, princípios e direitos fundamentais, estes contidos em nossa Carta Constitucional, utilizados na elaboração, discussão e aprovação da Lei.

Esta tese não prospera, pois tem como premissa de que a maneira como os juízes interpretam os princípios, valores e demais dispositivos concernentes aos direitos fundamentais, é oriunda dos mesmos critérios utilizados em sua elaboração e discussão.

Ocorre que o juiz decide de maneira isolada. Por mais que se diga ou se tente argumentar no sentido de que leva em conta as razões, interesses e pontos de vista possíveis, como ocorre no parlamento, o juiz pode apenas cogitar e supor esses elementos, o que é desde logo impossível de fazer-se com inteira fidelidade e verossimilhança, e, ao fazer isso, furta ao cidadão a possibilidade de, ao mesmo tempo, ser autor e destinatário das leis postas (requisito central da idéia de autonomia pública, que está no núcleo da cidadania do Art. 1º, II, CF/88).

Mais ainda urge falar sobre a interpretação e aplicação do direito pelos juízes.

Uma vez que os juízes, que são seres de carne e osso, ficam aquém da figura ideal de um Hércules, a recomendação de orientar-se, por eles no trabalho diário nada mais é, na verdade, do que o reflexo do desejo de uma confirmação da prática de decisão, que sempre é determinada através de interesses, enfoque político, parcialidade ideológica ou outros fatores externos. Juízes escolhem princípios e objetivos, construindo a partir daí teorias jurídicas próprias, afim de "racionalizar decisões, isto é, dissimular preconceitos com os quais eles compensam a indeterminação do direito"⁸.

⁸ HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia, 266.

Já nos idos das décadas de 50 e 60 a literatura sobre Teoria do Direito já acenava para um cenário no qual o Direito Positivo não poderia ser interpretado como um sistema fechado, ou seja, como mera subsunção do fato à norma, como queria o Positivismo Jurídico. Seja de Viehweg e Perelman a Alexy e MacCormick, na linha de crítica antipositivista das teorias da argumentação jurídica, seja de Betti e Gadamer a Dworkin e Unger, na linha das várias hermenêuticas jurídicas, patenteia-se que o Direito é um sistema aberto de posições e deve ser trabalhado como tal, caindo por terra às teses segundo as quais a totalidade do raciocínio jurídico de aplicação da norma ao caso se esgotaria na operação de um simples e direto "silogismo judicial".

No caso em questão, quando se discute o momento no qual se inicia a proteção à vida humana, essa posição só poderia ser tomada ao se recorrer a uma interpretação que construa o conceito mesmo de vida humana protegida para além dos textos normativos, mas a partir deles, que não deixariam de ser utilizados como referências ou parâmetros; todavia, nossa Constituição, embora preveja de modo inquestionável a inviolabilidade do direito à vida (Art. 5º, *caput*), não oferece parâmetros normativos para a interpretação nem do significado nem do alcance temporal dessa proteção, deixando o tema do início da vida uma questão em aberto, ou seja, que ainda não foi, mas precisaria ser, decidida pela política.

Tampouco caberia aqui falar de norma constitucional a ser preenchida ou completada por alguma norma infraconstitucional, anterior ou posterior, como talvez sugerisse um apressado recurso aos termos do Código Civil ou da legislação civil pertinente ao tema, porque, dada a primazia da Constituição (que, além de ser um ponto pacífico da hermenêutica constitucional contemporânea, é um requisito mínimo da formação legítima da opinião e da vontade numa sociedade de jurisconsortes livres e iguais, cujas relações uns com os outros são mediadas pelo direito positivo), o texto infraconstitucional não pode ser usado como parâmetro limitativo ou vinculante da interpretação constitucional.

Uma vez que o ideal absolutista da teoria fechada não é mais plausível sob condições do pensamento pós-metafísico, a idéia reguladora da “única decisão correta” não pode ser explicitada com o auxílio de uma teoria do direito, por mais forte que ela seja. A própria teoria do direito, mesmo se atribuída a um juiz superpoderoso como o Hércules dworkiniano, teria que ser como uma ordem de argumentos por ora coerentes, construída provisoriamente, a qual se vê exposta à crítica ininterrupta⁹.

Quando se tem em mente o artigo 5º da Lei de Biossegurança, a questão se torna mais complexa. Ao se considerar que a falta de definição sobre quando se inicia a proteção à vida, tanto na Lei, quanto na Constituição, poderia ser resolvida como um caso de preenchimento de lacunas, este também se equivoca, pois, como visto, não há parâmetros postos ao judiciário para que decida usando qualquer espécie de método interpretativo, deixando ao Judiciário a tarefa de decidir de maneira tão discricionária, talvez arbitrária, uma questão ainda não decidida nem mesmo pela política. Até mesmo se houvesse alguns poucos parâmetros isso nos conduziria à conclusão da existência de uma pluralidade de posições possíveis, e novamente estas devem ser decididas nas arenas próprias da política.

Uma maneira, dentre outras, de tornar legítima a liberação acerca do momento da proteção à vida, seria a de arremeter a Lei de Biossegurança de volta ao Legislativo para que o mesmo deliberasse, ou dando uma resposta sobre quando se inicia a vida ou a proteção a ela, por meio de outra lei, notadamente teria que ser uma Emenda à Constituição, para que tivesse força legitimadora e vinculante necessárias.

⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre Facticidade e Validade, 282.

MASCARENHAS, Diego Fonseca; ATAÍDE, Cleyton Belmiro. Judicialização das políticas públicas e sua ilegitimidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CAPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre. S.A. Fabris. 1993;
HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota – 2º Ed. - São Paulo. Loyola. 2002;

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: tradução Flávio Beno Siebeneichler – 2ºed. - Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 2003;

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 8º ed. São Paulo: Malheiros, 2008

VIANNA, Luiz Werneck. A Democracia e os Três Poderes no Brasil. Rio de Janeiro. UFMG. 2002.

ATIENZA, Manuel. Teoria da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino – 3º ed. - São Paulo: Landy , 2006.