

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

PAULO HENRIQUE GONÇALVES

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA, DIREITOS
FUNDAMENTAIS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
EFETIVAÇÃO DOS NOVOS ANSEIOS SOCIAIS**

CURITIBA

2013

PAULO HENRIQUE GONÇALVES

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA, DIREITOS
FUNDAMENTAIS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
EFETIVAÇÃO DOS NOVOS ANSEIOS SOCIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Estefânia Maria de Queiroz Barboza.

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO HENRIQUE GONÇALVES

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA, DIREITOS
FUNDAMENTAIS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
EFETIVAÇÃO DOS NOVOS ANSEIOS SOCIAIS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:

Prof^a. Dr^a. Estefânia Maria de Queiroz Barboza.

Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Membros:

Octávio Campus Fisher

Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Danielle Anne Pamplona

Programa de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUC.

Curitiba, 02 de Abril de 2013.

Aos meus pais, irmãos e a minha
querida Bia.

AGRADECIMENTOS

A parte mais dificultosa nesse trabalho está sendo, efetivamente, a feitura desses agradecimentos. Isso porque, no meu caso específico, diversas pessoas corroboraram no processo de concretização dessa pesquisa, quer seja emocionalmente, dando apoio e, sobretudo, afeto, quer seja didaticamente, com incessantes trocas de ideias.

Todavia, primeiramente, agradeço aos meus pais pela estrutura que me concederam ao longo desses anos de estudos e pesquisas, pois, norteados por diversas dificuldades da vida, eles sempre primaram pela transferência de valores éticos e morais, pautando, dia-a-dia, sempre por aprimorar a minha formação como “homem de bem e que, um dia, pudesse ver um Brasil melhor”.

Não obstante, devo lembrar a importantíssima parcela de minha querida “Vó Eva”, sempre primorosa nos ensinamentos dos “valores da vida”. Igualmente, agradeço ao meu avô Paulo Gonçalves, *in memoriam*, por sempre acreditar e incentivar meus sonhos.

Aos meus irmãos, um agradecimento emocionado pela agradável convivência que tivemos ao longo desses anos, sempre ladeada por muito afeto e cumplicidade, ainda que, por motivos diversos, em momentos difíceis, estivéssemos separados fisicamente, porém o espírito fraterno sempre nos unia novamente.

Agradeço, com especial carinho, a minha orientadora do Mestrado Professora Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza, cujo notório saber jurídico em Direito Constitucional inspira minha busca pelo conhecimento e, principalmente, pelo amor à pesquisa. Para além disso, devo consignar que, nos momentos de desalento, sempre fui acolhido pelos seus conselhos instigantes, os quais, no momento crucial de minha vida, fizeram com que eu continuasse minhas pesquisas, de forma a afastar qualquer possibilidade de desistência da vida acadêmica.

Ao amigo e irmão Devair e a amiga Edi, pelas conversas oportunas.

Ao nobre amigo Haroldo Alves Ribeiro Junior, pelos ensinamentos na militância da advocacia, inclusive sempre pautando pela minha formação, seja no aspecto argumentativo jurídico, seja como “bom advogado”.

À minha querida mãe-sogra Lucir, por sempre proferir palavras de apoio nos momentos certos.

Ao meu afilhado Pedro Henrique.

À colega de mestrado Thaís Winkler, pelas dicas importantes nos momentos duvidosos.

Especialmente à minha querida esposa e amiga Bia, por todo amor e dedicação, sempre me acalentando nos momentos mais difíceis, explicitando, diuturnamente, todo seu carinho e amor para comigo.

Vai ter que amar a liberdade, só vai
cantar em Tom Maior, vai ter a
felicidade de ver um Brasil melhor
(Martinho da Vila)

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS	i
RESUMO	ii
ABSTRACT	iii
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I – ESTADO MODERNO E POSITIVISMO JURÍDICO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E CRÍTICA	15
1.1 INTRODUÇÃO.....	15
1.2 ESTADO MODERNO: REFLEXÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS	15
1.3 PRECEDENTES HISTÓRICOS DO POSITIVISMO JURÍDICO	27
1.4 POSITIVISMO JURÍDICO E O SURGIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO .	35
CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANTAGONISMO OU NOVO MODELO?	42
2.1 INTRODUÇÃO.....	42
2.2 O PAPEL DO CONSTITUCIONALISMO NO PERÍODO PÓS-GUERRA.....	42
2.3 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: NOVAS PERSPECTIVAS.....	49
2.4 CONSTITUCIONALISMO <i>VERSUS</i> DEMOCRACIA: O EMBATE ENTRE CARL SCHMITT E HANS KELSEN	59
2.5 O NOVO PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	66

CAPÍTULO III – A FUNÇÃO DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EFETIVAÇÃO DOS NOVOS ANSEIOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADPF Nº 54	78
3.1 INTRODUÇÃO.....	78
3.2 REVISÃO JUDICIAL, DEMOCRACIA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	81
3.3 A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS: A DECISÃO MORAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	93
3.3.1 Da Justificação do Tema	93
3.3.2 Dos Objetivos da ADPF nº 54.....	94
3.3.3 Dos Direitos Fundamentais em Discussão: Dignidade Humana, Liberdade, Autonomia da Vontade e Vida	97
3.4 ANÁLISE DO VOTO DOS MINISTROS MARCO AURÉLIO E RICARDO LEWANDOWSKI.....	99
3.4.1 O Voto do Ministro Ricardo Lewandowski: Sua Análise Acerca da Democracia e Jurisdição Constitucional.....	99
3.4.2 Voto do Ministro Relator Marco Aurélio: A Proteção dos Direitos Fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal e a Remodulação da Democracia e do Poder Soberano do Povo	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	114

LISTA DE SIGLAS

ADPF: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Art.: Artigo.

CF: Constituição Federal.

CNTS: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde

STF: Supremo Tribunal Federal.

RESUMO

O presente estudo tem como *leitmotiv* analisar, com fulcro nos antecedentes históricos e teóricos, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para efetivar os novos anseios sociais. Para tanto, buscar-se-á repensar o ideário de democracia e, igualmente, da clássica separação de poderes. Não obstante, intenta-se demonstrar que a centralidade, ou transferência, das questões políticas para o Poder Judiciário é uma forma de se efetivar, através da jurisdição constitucional, especialmente na figura do Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais de um determinado e específico grupo social, seja ele minoria ou não. Deste modo, busca-se engendrar uma teoria moderna acerca do papel do judiciário nesse processo de efetivação e proteção desse direitos, seja ao se relativizar alguns conceitos positivistas, seja pela releitura moral da Constituição Federal, labor que, não raramente, é transferido para o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição. Esse processo se dá, quase sempre, pelo déficit legislativo, isto é, pela ínfima representatividade política de um determinado grupo, sem se olvidar, por óbvio, a questão dos interesses políticos que, não raramente, impedem e obstruem a regulamentação e efetivação daqueles direitos fundamentais, os quais, por vários motivos, são desagradáveis do ponto de vista político. Exemplo disso é a questão do aborto, da relação homoafetiva, cotas raciais, dentre outros temas. Além disso, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, atualmente, por ser guardião da Constituição, age de forma legitimada, pela própria Carta Magna brasileira, ao proteger e efetivar os direitos fundamentais, só que, atualmente, calcado numa leitura contemporânea e moral das liberdades individuais.

ABSTRACT

This study aims to analyze, with support in the historical and theoretical records, the legitimacy of the Supreme Federal Court to enforce the news social concerns. Therefore, seeks to rethink the ideas of democracy and also the classic separation of powers. However, attempts to demonstrate that the centrality, or transfer, of the political issues to the judiciary is a way to accomplish, through constitutional jurisdiction, in the figure of the Supreme Federal Court, the fundamental rights of a particular and specific social group, whether they are minority or not. Therefore, the goal is to create a modern theory about the role of the judiciary in this process of realization and protection of these rights, whether in some relativization of positivist concepts, or in moral reinterpretation of the Constitution, task which, not rarely, is given to the Supreme Federal Court, the guardian of the Constitution. This process occurs almost always by the deficit legislation, in other words, by the tiny political representation of a particular group, without forgetting, obviously, the issue of political interests that, not infrequently, impede and block the regulation and enforcement of those fundamental rights which, for several reasons, are unpleasant from the political viewpoint. Example of this is the issue of abortion, the homosexual relationship and also of racial quotas, among others topics. Furthermore, one realizes that the Supreme Federal Court, currently, for being guardian of the Constitution, acts legitimized by the very Brazilian Constitution, when protect and implement the fundamental rights, though, currently, based on a contemporary and moral reading of individual liberties.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal está sendo, nas últimas décadas, uma importante arena de discussão de vários temas de larga repercussão ética e moral. A título de exemplo, pode-se citar as decisões e discussões atinentes à relação homoafetiva, dignidade humana, preconceito racial, biodireito e etc. Tais assuntos, como se sabe, por si só carregam um grande dilema social, tanto é que o Poder Legislativo sequer consegue regulamentar as referidas matérias. Por conta disso, esses assuntos, nos últimos anos, somente foram apreciadas, ou regulamentados, quando levadas à apreciação do Poder Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal. E essa abstenção legislativa pode ser imputada ao grande desconforto social que tais assuntos geram, sobretudo por terem um largo teor moral em seu bojo.

Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal vem sendo acionado de forma mais acintosa para, então, pôr cabo a celeuma. Só que, aos olhos da doutrina mais conservadora, esse papel ativo acaba por ser, em tese, um afronto ao princípio democrático, especificamente à teoria da separação de poderes, já que esses assuntos devem, ou deveriam, ser regulamentados, ou apreciados, apenas pelos representantes do povo, de modo a proteger a soberania e a vontade popular.

Em virtude dessa constatação, como forma de relativizar esse ideário, far-se-á um estudo acerca do processo que possibilitou, ou legitimou, esse novo papel do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, no primeiro capítulo, trar-se-á à baila as discussões atinentes ao processo de evolução do Estado, com especial foco nas aspirações sociais que alicerçaram esse processo evolutivo. Nesse mesmo capítulo, se analisará as aspirações positivistas crescentes no Estado moderno e suas consequências para o Direito.

No segundo capítulo, analisando inicialmente o período pós-guerras, trar-se-á o marco histórico em que se construiu o Constitucionalismo, cujo ideário possibilitou a reformulação da estrutura clássica da democrática e dos direitos fundamentais. Inclusive, para demonstrar o início desse processo, se apresentará o debate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca de quem deveria ser o Guardiã da

Constituição, a saber: o representante do povo (maioria popular) ou o Tribunal Constitucional (juízes sem representatividade popular). No último tópico desse capítulo, se fará uma análise sobre o novo papel da jurisdição constitucional, com especial foco na análise dos direitos fundamentais e, também, da própria democracia.

No terceiro capítulo, como forma de juntar os argumentos propostos nos dois primeiros, se analisará o importante papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal na atualidade brasileira em relação à efetivação dos novos paradigmas sociais, sobretudo quando está em discussão a abrangência, ou alcance, desses direitos fundamentais, os quais, notadamente, orbitam em torno das relações morais e éticas. Para tanto, trar-se-á à baila o julgamento da ADPF n° 54, cujo objeto de discussão é a interrupção da gestação dos fetos anencéfalos, tema, como se sabe, de vultosa carga moral e ética.

CAPÍTULO I

ESTADO MODERNO E POSITIVISMO JURÍDICO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E CRÍTICA.

1.1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo visa analisar as relações sociais com especial foco na evolução do Direito e, concomitantemente, do próprio Estado. Para tanto, far-se-á, ainda que resumidamente, um referencial histórico acerca da formação do Estado Moderno, inclusive se remontando aos antecedentes históricos do período medieval. Após, com as aspirações liberais e legalistas, sobretudo no período de codificação do direito, atribuído ao pós- revolução francesa, analisar-se-á o surgimento do positivismo jurídico e seus reflexos na sociedade. Na última parte desse tópico, como consequência à aludida superação do positivismo no período pós-guerra, constatar-se-á a importância do movimento constitucionalista, cujo intento maior era, efetivamente, resgatar os valores de dignidade humana olvidados naquele período de atrocidades.

1.2 ESTADO MODERNO: REFLEXÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Não é demasiado consignar, inicialmente, que o Direito, além de ser um fenômeno humano, é, sobretudo, um fato social e cultural e, por isso mesmo, está em constante rotação, isto é, não estático¹.

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.251.

E esse fenômeno, como bem se sabe, assim como ocorreu em outras áreas do conhecimento humano, teve seu alicerce no místico, nos dogmas transcendentais. Em outras palavras, havia uma “coincidência entre a unidade espiritual e a unidade política, quer dizer, o pertencimento dos indivíduos a uma comunidade política se confundia com o reconhecimento de compartilhar uma mesma forma de vida, as mesmas crenças e os mesmos princípios de conduta da vida prática, em suma, a mesma eticidade.”²

Contudo, ao longo dos tempos, essa sociedade, dita tradicional, acaba por rechaçar esse dogma, assim como aquela premissa de que “todos os domínios da vida social encontravam-se referidos a um conjunto de valores religiosos ou místicos que davam sentido a cada uma das ações individuais e coletivas.”³

E se pode mensurar que um dos fatores desencadeadores dessa superação, por assim dizer, foi o crescente dissenso coletivo que se instalou naquela sociedade.

Isso, inclusive, foi um dos acontecimentos que impulsionaram a formação da sociedade moderna. Ou seja, “a organização social típica da sociedade tradicional começa a ser abalada no momento em que o dissenso no interior da comunidade não é mais eventual, de um ou outro indivíduo, mas de parcela significativa de seus membros”⁴.

Ou seja, os agrupamentos familiares⁵, cuja resolução das avenças era simplória, aos poucos eram tomados pelas constantes complexidades sociais, essas, por sua vez, advindas, entre outros fatores, das relações comerciais.

² NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 16

³ Idem,

⁴ Idem,

⁵ Na doutrina de Dalmo de Abreu Dallari, a sociedade ou Estado Romano é caracterizado por ter uma base familiar de organização, havendo, inclusive, “quem sustente que o primitivo Estado, *civitas*, resultou da união de grupos familiares (as *gens*), razão pela qual sempre se concederam privilégios especiais aos membros das famílias patrícias, compostas pelos descendentes dos fundadores do Estado. Gradativamente, em longa e lenta evolução, outras camadas sociais foram adquirindo e ampliando direitos, sem que, até o final desaparecessem e a base familiar a ascendência de uma nobreza tradicional”.(DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 31ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 72-73)

Não se deve olvidar, por outra quadra, que esse momento histórico é suplantado numa ordem natural e universal de justiça⁶ e bondade, cujas relações sociais deveriam estar sintonizadas a esses mesmos fundamentos.

Apenas para ilustre esse momento mensurado alhures, BERGEL cita pensamento de Santo Tomás de AQUINO, para quem “o direito natural é um reflexo da lei divina eterna que ordena o mundo, e objeta demonstrar que o direito natural procede da lei divina, eterna e da lei positiva”⁷.

Com base no que fora encartado *supra*, constata-se que a lei, naquela época, deveria atender aos valores de justiça e bondade, quer seja no aspecto de estrutura parental, num primeiro momento, quer seja para reger as relações mais complexas.

Esse período relatado, a saber, Estado Medieval, é caracterizado, segundo os ensinamentos de Dalmo de Abreu DALLARI, por três fatores: o cristianismo, a invasão dos bárbaros e, por último, o feudalismo.

O cristianismo, entre outras aspirações, teve como característica persuadir a todos os cristãos que eles deveriam ser “integrados numa só sociedade política. E, como havia a aspiração a que toda Humanidade se tornasse cristã, era inevitável que se chegasse à ideia do Estado universal.”⁸ Além disso, todos os membros do corpo social deveria, naquela concepção, ser tratados com igual relevância.

Os bárbaros (germanos, eslavos e etc.), ao seu turno, tinham como peculiaridade a “invasão de novos territórios, formando, inclusive, novas unidades políticas independentes, daí resultando o aparecimento de numerosos Estados”⁹.

⁶ Nesse particular, Jean Louis BERGEL cita dois consagrados filósofos, Platão e Aristóteles, para ilustrar esse período. Primeiramente, o autor aponta, de forma sucinta, os questionamentos realizados por Platão, para quem o direito seria fadado a descobrir o que “é justo entre os homens e na consciência individual, de modo que se impõe uma harmonia entre a justiça e o Direito” Depois, relata o posicionamento de Aristóteles, cujo ideário revelava que o Direito deveria ser inserido na harmonia da “ordem natural e se deduz da observação das coisas, dos seres e das sociedades humanas, cuja finalidade e essência devem ser tiradas para determinar o que o direito deve ser”. BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.11.

⁷ Ibidem p. 12

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 31ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

⁹ Idem.

Já o feudalismo, um dos mais importantes ideários daquela época, demonstra-se como sendo um sistema econômico, por assim dizer, de exploração dos senhores feudais em detrimento das pequenas famílias.

Todavia, por conta das guerras e incessantes invasões dos bárbaros, esse sistema entra em declínio. É, efetivamente, o surgimento dos conflitos dito outrora.

Para além disso, cita-se outros fatores que também corroboraram com a superação daquele modelo até então vivenciado, quais sejam: a improvisação das chefias; o abandono ou transformação de padrões tradicionais; a presença de um burocrata voraz e, também, a própria indefinição das fronteiras políticas.¹⁰

Outro fator que também corroborou para a ineficácia desse sistema foi a pluralidade de leis dentro do mesmo território, por assim dizer. Isso dificultava a atividade feudal, além de torná-la precária em virtude da insegurança causada pelo incessante alerta de invasão dos bárbaros.

Por todos esses acontecimentos, o feudalismo, dinâmica vivenciada no período descrito alhures, não suportou e muito menos atendeu aos anseios daquela coletividade, e, à medida que aquele sistema entra em declínio, surge uma nova classe, a saber, a burguesia. Obviamente que outros fatores também colaboraram, mas esse foi latente.

E aquelas características do Estado medieval, embora ineficazes para aquele momento, serviram de calço ao engendramento e aspiração de um novo sistema, a saber, o Estado moderno.

Então, se no princípio era a força, agora, nesse momento moderno, tem-se a luz, ou seja, a racionalidade das leis, as quais, naquele momento, eram predominantemente morais: transcendentais.¹¹

Por outro lado, essa cultura, para alicerçar o novo modo de produção em gestação, a saber, capitalismo, necessitava de um conjunto de regras que fossem gerais e impessoais, de modo que lhe garantisse um mínimo de segurança, para que pudesse,

¹⁰ Ibidem, p. 76-77.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito...**, p. 25.

então, comercializar e produzir seus produtos e riquezas, sem que estivessem submetidos às oscilações e intempéries dos soberanos.¹²

Essa nova cultura jurídica e social, segundo Antonio Carlos WOLKMER, foi moldada nos fatores como: “o modo produtivo capitalista, a organização social burguesa, a projeção doutrinária capitalista e a consolidação política da centralidade estatal”.¹³

Fatores como esses, de acordo com o autor citado, colaboraram com a ascensão burguesa e com o ideário de Estado Moderno, o qual suplantou de vez a ordenação medieval e, sobretudo, a diversidade ou pluralidade de sistemas jurídicos.

Cumprе salientar, contudo, que a noção de Estado que tem-se atualmente é encontrada inicialmente na sociedade moderna europeia, fato decorrente, principalmente, do rompimento do absolutismo e, outrossim, com o surgimento do governo unitário, ou seja, aquele válido para todos os que se encontram num determinado território.

Nas lições de Maurizio FIORAVANTI, tratando especificamente do modelo de Estado europeu moderno¹⁴ e das suas características elementares, naquela época surgiu o que hoje se conhece por Estado pelo fato de que lá já se tinha a “consciência de um território que governava e defendia seu conjunto de regras, mas permanecia dentro deste Estado e desse território uma pluralidade de ordens dotadas de *imperium* e uma pluralidade de vínculos e obrigações, válidas para todos”.¹⁵

Para o autor, ainda há três requisitos presentes naquela sociedade europeia que evidenciam o surgimento do Estado moderno, a saber: um indivíduo que exercita os poderes do *imperium*; uma assembléia representativa e, por último, a presença de regras gerais, válidas para todos, independentemente do território.¹⁶

¹² ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?** Curitiba: Juruá, 2011, p.32.

¹³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas.** São Paulo: Saraiva, 2003, p.1

¹⁴ Ver nesse sentido J.J Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e teoria da constituição...**p.85.

¹⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Estado y constitución. In: (Ed.). El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho.** Madrid: Editora Trotta, 2004, p. 14

¹⁶ Idem.

É latente a superação dos “agrupamentos sociais”, onde cada um tinha seu próprio e particular ordenamento jurídico, por uma estrutura política unitária, centralizada.

E essa estrutura monista¹⁷, em que o Estado concentra em si todos os poderes, sobretudo o da criação de leis, sendo ele, inclusive, o único a estabelecer o Direito, quer seja diretamente através da lei, quer seja indiretamente através do reconhecimento e controle de normas de formação consuetudinária, é a ideologia prevalecente à época.¹⁸

Esse nominado século das luzes, pois assim foi conhecido esse período de transição ideológica, que, inclusive, teve calço nas teorias de HOBBS, ROUSSEAU e LOCKE, para citar apenas alguns, será marcado principalmente pela ascensão da classe burguesa e pelo ideário de que o homem em seu estado natural vive isoladamente, em uma condição primitiva e pré-política, por isso da importância do contrato social e, principalmente, do Estado.¹⁹

Nas palavras de Valéria Ribas do NASCIMENTO, clarificando justamente as aspirações e fatos ocorridos nesse período de transição:

A idade moderna foi marcada por um relevante momento histórico, iniciado no século XVIII, que se denomina iluminismo, ou “Século das Luzes”. Na época ocorreu a predominância do progresso das ciências matemáticas e da técnica e a emancipação das ciências humanas da filosofia. Mas, ao mesmo tempo, o iluminismo produziu uma visão unilateral, pois estabelecia que a razão seria a única explicação para as coisas do universo.²⁰

Essas modificações, ocorridas na sociedade europeia moderna, contribuíram diretamente para a concepção de Estado-Nação, o qual concentra em si o poder para regulação social, numa racionalização formalista, e sendo o único legitimado, por excelência, a realizar tal função.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 27

¹⁸ Idem.

¹⁹ ROSSI, Amélia Sampaio. Op.cit, p.33

²⁰ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade**. Revista Direito GV. São Paulo, p. 147-168, Jan-Jun.2009.

Assim, o Estado como fonte única de criação do Direito é a lógica que alicerçou a doutrina jurídica naquele período.

O Direito se mostra, nesse viés, uma disciplina autônoma, que se identifica com a vontade do Estado, do qual, inclusive, é a expressão.

Para Luigi FERRAJOLI, o Estado de Direito moderno nasce com a forma de Estado Legislativo de Direito. Além disso, a norma passa a ser válida não por ser justa ou não, mas por ter sido criada por uma autoridade dotada de competência normativa.²¹

Quer dizer com isso que aquele caráter plural das regulamentações sociais é superado, de modo a transpor aquela faculdade a uma autoridade legitimada para a feitura das novas leis, as quais serão válidas a todos que compartilharem o mesmo território.

Por conta disso, não poderia haver (e não se aceitava) eventuais conflitos entre o Direito e o próprio Estado, o qual, inclusive, seria sua única fonte legítima.

É fácil constatar que o Direito se reduziu a um fenômeno estatal, e amiúde à arbitrariedade do poder e da política da força, pois não havia contraposição à legitimidade do Estado para assim agir.²²

O Estado Moderno, que se inicia, na concepção de Luis Roberto BARROSO, no século XVI, “com a formação dos Estados nacionais e a chegada dos europeus à América”²³, defende, destarte, o monopólio legislativo como maneira escorreita de se ter segurança jurídica e racionalização sistêmica.

E mais, defende, inclusive, a separação entre Estado e as incertezas e imprecisões do Direito natural, o qual, por sua vez, era válido por ser um “sistema” de normas que se supunha serem intrinsecamente justas, tanto para doutrina, quanto à prática judicial.²⁴

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. In CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madri: Editora Trota. 2003, p.16

²² BERGEL, Jean Louis..., Op. Cit. p. 17

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 321.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado...**, Op. cit. p. 17

É quando, por exemplo, Justiça e Direito passam a caminhar em trilhos diferentes, ou seja, o objeto de estudo de ambos, naquela concepção, não é o mesmo. Agora vale o que o Estado legitimado produz como norma válida. Isso significa dizer que possíveis convenções sociais não têm mais valor racional, menos ainda se forem escorados nos princípios característicos do *jusnaturalismo*²⁵.

Por isso que a revolução francesa, consagrando uma estrutura política racional, teve, com as devidas ressalvas, inequívoca influência nesse processo racional perpetrado nos séculos XVII e XVIII. Isso porque, essa nova estrutura possibilitou que os direitos naturais, esses compreendidos como direitos subjetivos fundamentais, barrassem o despotismo dos reis.²⁶

Vale consignar que, por mais que se pretendesse romper com as estruturas do Direito Natural clássico, por assim dizer, pois era fruto da ordem transcendental, o *jusnaturalismo racionalista* também prega o ideário de direitos individuais pré-existente, todavia esses seriam imanentes ao próprio indivíduo, prescindindo, portanto, da interferência de qualquer ordem divina ou sacra.

Luis Roberto BARROSO elucida bem esse momento histórico. Em suas próprias palavras afirmar que:

O jusnaturalismo racionalista esteve uma vez mais ao lado do iluminismo no movimento de codificação do Direito, no século XVII, cuja maior realização foi o Código Civil francês - o

²⁵ Para Luís Roberto Barroso, o termo “jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que têm acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente filosófica, o positivismo jurídico. O rótulo genérico do jusnaturalismo tem sido aplicado a fases históricas diversas e a conteúdos heterogêneos, que remontam à antiguidade clássica e chegam aos dias de hoje, passando pela densa e complexa elaboração ao longo da idade média. A despeito das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão. O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p.320 e 321)

²⁶ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.225

Código Napoleônico -, que entrou em vigor em 1804. Em busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, isto é, documentos legislativos que agrupam e organizam sistematicamente as normas em torno de determinado objetivo. Completada a revolução burguesa, o direito natural viu-se “domesticado e ensinado domesticamente”. A técnica de codificação tende a promover a identificação entre direito e lei. A Escola da Exegese, por sua vez, irá impor o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra.²⁷

Esse foi o molde da formação do Estado de Direito moderno, cujo objetivo, dentre outros, era, justamente, implementar uma racionalidade ao sistema de leis, ainda que, para isso, ficasse engessado a um formalismo exacerbado.

Nesse particular, Luigi FERRAJOLI aduz que “el Estado de Derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de derecho, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido”²⁸.

Essa legalidade se atrelava ao mero formalismo. Em outras palavras, à própria lei.

Significa dizer, portanto, que o critério do justo ou não justo, características do nominado *jusnaturalismo*²⁹, é sucumbido pela lógica formalista, cujos traços ideológicos eram calcados, em verdade, no liberalismo econômico, fruto das aspirações burguesas.

A sociedade moderna abstrai a realidade fática³⁰, e não toma posição sobre os seus valores, passando a prever um código que produz programas pelo livre consenso entre os indivíduos.

Por isso, não é demasiado afirmar que “o valor da sociedade moderna se resolve em uma racionalidade procedimental, na previsão de um consenso, um acordo por meio do qual se poderá tomar qualquer decisão, independente do seu conteúdo”.³¹

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação...**, Op. cit. p. 322

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado...**Op. cit. p. 18.

²⁹ Nesse sentido, ver COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.225, 226.

³⁰ Quer se dizer com isso que fatores ocorrentes na dinâmica social não interferirão nas decisões, tão pouco poderão interferir na interpretação de uma norma, já que essa teria sido criada de uma racionalidade objetiva.

³¹ ROSSI, Amélia Sampaio...Op. Cit. p.35 e 36.

Isso significa dizer que a forma prescinde de qualquer filtro de validade material, em outras palavras, respeitando os critérios pré-estabelecidos ou até mesmo convencionados, não há óbice a qualquer deliberação.

Tal constatação serve, justamente, para realizar uma comparação entre as convenções realizadas pelos agrupamentos, época pré-moderna, nas quais eram alicerçadas, como se consignou, em uma estrutura transcendental, e as deliberações dos indivíduos com o reconhecimento do Estado, as leis.

Isto é, naquela época, pré-moderna, as decisões e recomendações comportamentais, ou regras, prescindiam de uma racionalidade objetiva, o que não ocorre na época moderna.

Vige, nesse momento, o princípio da legalidade e, sobretudo, do monismo estatal, onde o critério de validade do Direito está intimamente ligado à própria noção de lei.

Isto significa dizer que Lei e Direito são sinônimos, não havendo qualquer diferença entre si, pelo contrário, ambos são frutos de uma racionalidade objetiva, lógica.

Nas palavras de GOMES e MAZZUOLI, “lei e Direito, naquela época, eram tidos como sinônimos. Entendia-se que o Direito havia, necessariamente, de se materializar pela lei e pelos códigos”.³²

Constrói-se, portanto, a “teoria e a prática jurídica assentada sobre a concepção individualista, patrimonial e científica, em que o Direito expressa o que está na lei escrita e tem na figura do Estado a fonte de todas as normas sociais válidas.”³³

As Constituições, ao seu turno, estavam assentadas naquele momento de extrema racionalização do pensamento.

Ou seja, as Constituições do Estado de Direito desempenhavam, apenas e quase exclusivamente, o papel de garante da liberdade, num mecanismo de contenção

³² GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Características gerais do direito (especialmente no direito internacional) na pós-modernidade**. Themis, ano X, 2010: 5-31.

³³ WOLKMER, Antonio Carlos..., Op. Cit. p.2

de poder e organização do Estado.³⁴ Isso porque, o sistema econômico vigente à época, a saber, o capitalismo, exigiu tal sistemática jurídica.

Por isso, não é especulativo mensurar que elas, Constituições, eram tidas apenas e tão somente como uma carta de recomendação, e, ainda, que o Poder Constituinte tinha irrestrita legitimidade para deliberar livremente sobre qualquer assunto, não se quedando a qualquer outro fundamento, mesmo porque a Constituição era considerada como um código, resumindo-se o seu papel a limitar o poder do Estado, afastando eventuais ingerências na vida privada.

J. J. Gomes CANOTILHO, analisando os aspectos históricos do poder constituinte, fato que tem inseparável similitude com as preocupações ventiladas acima, afirma que aquele poder, ou seja, o constituinte, era considerado autônomo, incondicionado e livre e, em toda a sua radicalidade, “o poder constituinte concebia-se como poder juridicamente desvinculado, podendo fazer tudo como se partisse do nada político, jurídico e social (onipotência do poder constituinte)”.³⁵

Isso, talvez, justifique o motivo pelo qual se tinha uma relutância em se aceitar as mudanças dos códigos com fulcro em princípios morais, afastando a realidade fática da jurídica.

Todavia, tratar-se-á com mais afinco esse assunto no próximo capítulo, sendo importante apenas frisar a dinâmica constitucional vivenciada nesse momento de formalismo e lógica procedimental.

Por outro lado, arraigado pelos pensamentos iluministas, segundo Fernando COELHO, levou-se a cabo, naquele momento, “a tentativa de substituir as legislações imperfeitas da história, nascidas do arbítrio dos déspotas, por um trabalho considerado perfeito, construído pela razão humana”.³⁶

³⁴ ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo...** Op.Cit. p.155

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 1998, p77.

³⁶ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica e interpretação das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.225.

É quando, inspirados nas teorias positivistas, eclodem os anseios legalistas, cujo “Direito positivo, aquele exarado e aprovado pelo Estado, é tido como único e verdadeiro Direito: ele é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais”.³⁷

Apenas para sublinhar a consequência prática dessa mudança, o juiz, naquela época, ao analisar o caso concreto, não mais poderia evocar princípios de equidade e justiça para resilir uma determinada demanda, ao revés, ele tinha apenas e tão somente o papel de aplicar as normas postas, a saber, aquelas engendradas pelo Estado.

As Constituições, por sua vez, menos ainda poderiam interferir nesse processo de validade das leis por meio de critérios que não fossem os formais.

Isso valia, inclusive, para resolução dos casos concretos, até porque elas não tinham força normativa para tanto.

O positivismo jurídico preenchia todas as celeumas antes encontradas no processo evolutivo do Estado, a saber, legitimidade, coerência, objetividade e etc.

Não obstante, é perceptível que “positividade acolhida na ciência jurídica não é a positividade de uma sociedade complexa, mas simplesmente a realidade de um conjunto de prescrições assumidas como tais e nas suas relações lógico-sistemáticas”.³⁸

Diante dessa constatação, sobretudo para analisar os reflexos advindos desse momento à ciência jurídica (especificamente à Constituição) e, sobretudo, à sociedade, passa-se, no tópico seguinte, a realizar uma abordagem histórica, evolutiva e, sobretudo, crítica acerca do positivismo jurídico, com especial foco à formação do constitucionalismo contemporâneo, o qual será tratado em tópico específico.

³⁷ Para Norberto Bobbio, “antes da formação do Estado moderno, o juiz ao resolver controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas dos órgãos legislativos do Estado, mas tinha certa liberdade de escolha na determinação da norma a ser aplicada; podia deduzi-la das regras dos costumes, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraíndo da regra do próprio caso em questões segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, nas mesmas proporções, constituíam fontes do direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios e de razão (direito natural).” BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**...p.28.

³⁸ PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.121.

1.3 PRECEDENTES HISTÓRICOS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Realizar uma análise preconcebida do positivismo jurídico pode ser demasiadamente equivocado para um trabalho científico, sobretudo se ela orbitar em certezas previamente aceitas como insuperáveis.

Tanto é verdade que diversos autores se debruçam na pesquisa do positivismo jurídico e, mesmo assim, ainda travam duelos argumentativos intermináveis, sempre apresentando novas concepções ideológicas acerca desse fenômeno. Basta ver, na literatura jurídica, as diversas correntes filosóficas sobre a matéria, como, por exemplo, os nominados neopositivistas, juspositivistas, positivistas brandos e etc.

Dito isso, para não incorrer nos erros inerentes a uma verdade mal analisada, far-se-á, ainda que resumidamente, uma análise acerca da teoria positivista, com especial atenção aos seus reflexos no pensamento constitucional ao longo da evolução jurídica e social.

Todavia, preliminarmente, cumpre salientar que, embora se saiba da representatividade da teoria de John AUSTIN³⁹ e Jeremy BENTAN para a compreensão do positivismo jurídico, não se abordará as ideias pulverizadas por esses filósofos, isso para que se mantenha a objetividade quanto à pertinência da discussão ao presente trabalho.

O intento neste tópico é, efetivamente, enxertar o momento temporal em que se buscou na teoria positivista a racionalidade necessária para se desvincular o Direito da Moral.

Pois bem, na concepção de Amélia Sampaio ROSSI, o início da concepção positivista do direito pode ser atribuído às teses de HOBBS, para quem “a autoridade

³⁹ Na concepção de BOBBIO, Austin é um dos precursores das teorias positivistas e “ assim como Benthan e Hobbes, via na lei (isto é, na ordem emanada do soberano) a forma típica do direito e o fundamento último de toda norma jurídica e, no plano da política legislativa, era defensor convicto da reforma do direito através da legislação”. (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...** p. 104.)

que cria a lei, em outras palavras, o próprio Direito, é obra do soberano, e, portanto, do Estado. É este, enfim, que define o justo ou o injusto ilegal”.⁴⁰

Aliado a isso, é preciso entender que essa ideologia era defendida no contexto contratualista-burguês-liberal.

Explica-se: o Homem, na concepção jusnaturalista (isso na visão dos contratualistas), vivia marcado pelo egoísmo e pela violência e, por isso, se justificava, naquele momento, a criação do contrato hipotético entre eles e, a partir desse fato, a vida em sociedade civil passaria a ser marcada por uma racionalidade que superava, ou impedia, tais sentimentos.⁴¹

Essa racionalidade, no âmbito jurídico, é encontrada nos pilares do positivismo jurídico, que, dentre seus vários intentos, aspirava separar o Direito da moral e, com isso, alcançar a tão almejada racionalidade.

Robert ALEXY, constata essa incesante atividade argumentativa existente acerca do conceito de Direito e Moral, e afirma que “entre los numerosos problemas a los que conduce la pregunta por el concepto y la naturaleza del derecho, uno de los más fundamentales y, a la vez, persistente el de la relación entre derecho y moral.”⁴²

Esse será o objeto de análise, no presente tópico, em relação ao positivismo jurídico, a saber, se há efetivamente uma separação entre o Direito e a moral.

Todavia, cumpre sublinhar que, como é cediço, há várias concepções para se entender a teoria positivista.⁴³ Contudo, far-se-á uma introdução acerca das principais nuances acerca do positivismo jurídico, sobretudo em relação ao seu objeto e fundamento.

Pois bem, na ótica de Norberto BOBBIO, a estrutura teórica do positivismo jurídico clássico está amoldada em algumas concepções, a saber: teoria coativa,

⁴⁰ ROSSI, Amélia Sampaio..., Op. Cit, p.33

⁴¹ Idem.

⁴² ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005. p.17

⁴³ Bobbio realiza uma análise metódica acerca do positivismo jurídico, afirmando que há três concepções a serem analisadas: o positivismo como método, ideologia e teoria. No primeiro caso, método, cabe ao direito ser encarado como ciência, por isso da separação entre ele e a moral. No segundo, ideologia, seria, efetivamente, a forma de ser “querer o direito”. Já a terceira, teoria, é, essencialmente, a estrutura do positivismo jurídico. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...** p.234 e seguintes.

legislativa, imperativa, coerência do ordenamento, completude do ordenamento e, por derradeiro, interpretação lógica ou mecanicista do Direito.⁴⁴

Para o autor italiano, os três primeiros enunciados seriam o alicerce do positivismo clássico no que tange a sua concepção teórica.

A coativa porque seria a lei como parte inerente do próprio fenômeno jurídico.

Já legislativa, por sua vez, pela predominância, para não dizer exclusividade, da criação do direito pelo legislativo, ou seja, o Estado como controlador do processo de criação de normas jurídicas, figurando, portanto, como única fonte.

Quanto ao caráter imperativo, seria, resumidamente, pelo fato de haver ordem de comando aos súditos pelo soberano e, também, pela incontestável submissão daqueles em relação a esse.

Para a teoria positivista, de acordo com BOBBIO, esses aspectos eram, com as devidas proporções, a pedra angular ideológica que sustentava a sua pertinência.

Percebe-se que não há qualquer influência ou valoração além do formalismo na teoria citada alhures. Os três aspectos citados por BOBBIO servem, inclusive, para evidenciar tal afirmação.

Não se pode perder de vista, igualmente, a influência da teoria de Hans KELSEN nesse contexto, pois, para o professor austríaco, o Direito deveria ser estudado como fato social, destituído de valoração política ou qualquer outra ciência ou ideologia estranha ao seu objeto de estudo ou verificação.

Essa constatação pode ser facilmente verificada nas folhas inaugurais de sua importante obra *Teoria Pura do Direito*, onde o autor afirma que o direito, como teoria, “quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já lhe não importa a questão de saber como dever ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito”.⁴⁵

⁴⁴ BOBBIO, Norberto..., Op. cit. p. 237.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4ª Edição. Coimbra: Editor Sucessor, 1979, p.17.

Não é demasiado aduzir que, na concepção positivista, o Direito vigente é um sistema de enunciados jurídicos sem lacunas.⁴⁶

Em outras palavras, questões jurídicas efetivamente em aberto não poderiam surgir, pois cada nova questão jurídica da práxis já teria sido previamente solucionada pelo sistema.

Isto é, lacunas, na regulamentação positiva, devem ser preenchidas de qualquer modo pela construção jurídica a partir dos enunciados fundamentais e princípios do Direito positivo.

Então, nessa concepção, “questões jurídicas complexas já terão sido pré-decidas pelo sistema”⁴⁷, sendo, assim, dispensável qualquer exercício de interpretação.

Por outro viés, o exercício da jurisdição, por sua vez, naqueles casos em que não havia regulação, mas que, mesmo assim, percebia-se uma celeuma social, era realizado com base numa discricionariedade do julgador, pois a ele, julgador, caberia apenas aplicar a lei ao caso concreto, e teria, por conseguinte, que optar por um enunciado em detrimento de outro, sem que, para isso, lhe fosse exigido uma atividade interpretativa mais aguçada.

Ronald DWORKIN faz uma importante constatação acerca desse momento do positivismo, sobretudo em relação aos julgamentos dos casos difíceis, esses assim considerados quando a mera subsunção mecanicista não dava conta de dirimir a questão levada ao juiz, vejamos:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção.⁴⁸

⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann, 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 44

⁴⁷ ALEXY, Robert. *La institucionalización...*, Op. cit. p. 18.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira, 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.127.

A discricionabilidade judicial, segundo o autor, é latente, posto que não havia qualquer margem argumentativa ao magistrado.

Não obstante, deve-se mensurar que aquela concepção do Direito foi idealizada num determinado momento histórico em que o Estado Moderno Liberal buscava se desvencilhar das amarras do absolutismo monárquico e, também, do Direito Natural⁴⁹.

E, por outro lado, fitava, igualmente, encontrar uma maior racionalidade no sistema jurídico à época. Isso porque, no absolutismo, a maioria ou a totalidade das leis emanavam de uma ordem divina, transcendental, subsidiando, com isso, a arbitrariedade dos governantes, fato repudiado pela classe burguesa.

Nesse diapasão, objetivando amenizar esse impasse, o positivismo jurídico é idealizado “do esforço de transformar o estudo do Direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”.⁵⁰

A mudança de paradigma estrutural do Estado absolutista pelo ideário liberal burguês fez com que o Direito incorporasse a estrutura sistêmica do nominado *jusnaturalismo racionalista* dos séculos XVII e XVIII, cujos anseios filosóficos serviram de esteio às revoluções francesa e americana⁵¹, desembocando, após, na era das codificações.

Jürgen HABERMAS relata bem esse momento histórico, em especial a relação sistemática em que o Estado Liberal se estruturou, tanto no aspecto administrativo, governamental e judicial:

⁴⁹ Para Bobbio (O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, pág 25), o direito Natural, na idade média, “é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens.”

⁵⁰ BOBBIO, Norberto..., Op. cit. p. 38

⁵¹ Com a entrada em vigor do Código Civil napoleônico, 1804, consolidou-se o modelo dogmático do positivismo, pondo, assim, fim ao dualismo de ordenamentos (direito natural e direito positivo), de modo a afirmar a preponderância das fontes estatais sobre as demais (costumes, doutrina e etc.).

No modelo liberal, a ligação estrita da justiça e da administração à lei resulta no clássico esquema de divisão de poderes, que deveria disciplinar, através do Estado de direito, o arbítrio do poder estatal absolutista. A distribuição de competência entre os poderes do Estado pode ser entendida como cópia dos eixos históricos de decisões coletivas: A prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro, que ligam o agir futuro, e a administração controla problemas que surgem na atualidade. Esse modelo parte da premissa segundo a qual a constituição do Estado de direito democrático deve repelir primeiramente os perigos que podem surgir na dimensão que envolve o cidadão, portando nas relações ente o aparelho administrativo que detém o monopólio do poder e as pessoas privadas desarmadas. Ao passo que as relações horizontais entre as pessoas privadas, especialmente as relações intersubjetivas, não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal de divisão de poderes. Nisso se encaixa a representação positivista do direito, que tem na conta de um sistema de regras fechado recursivamente.⁵²

Retira-se do texto analisado os seguintes fatores: a) a separação de poderes tem importância imensurável para o Estado liberal; b) o poder judiciário tinha apenas a missão de decidir as escolhas políticas feitas pelo legislativo, num silogismo simples; c) a constituição apenas tinha o mister de frear possíveis perigos do Estado; d) o positivismo jurídico garantia, de certa forma, a sistemática fechada do “ordenamento”.

HABERMAS sublinha, no entanto, que o poder judiciário era orientado pelo passado. Em outras palavras, pode-se afirmar que o judiciário estava preso às decisões políticas do legislativo, e, por isso, não tinha legitimidade para agir fora dessa moldura de decisões políticas já escolhidas.

Não obstante, HABERMAS também aduz que, “no paradigma liberal do direito, reduz-se aquilo que, no entender de Kant, deveria garantir a compatibilidade da liberdade de cada um com as liberdades subjetivas iguais de todos, pois passa ser tido como garantia da autonomia privada em oposição ao Estado.”⁵³

Cabe ao Estado, naquele momento, apenas reconhecer e proteger os fundamentos do direito numa concepção liberal, a saber, vida, liberdade e propriedade, ou seja, o Estado não concede direitos fundamentais a ninguém, apenas os reconhece.

A lei, nesse período, portanto, passa a ser sinônimo de razão, segurança jurídica e justiça.

⁵² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 305.

⁵³ HABERMAS, Jürgen..., Op. cit. p. 311.

Nesse particular, destaca-se o entendimento de DALLA-ROSA:

A partir da consolidação do modelo positivista no campo jurídico, e a conseqüente deslegitimação, ou desvinculação do jusnaturalismo como fundamento do direito, passa-se a entender as bases do fenômeno jurídico na própria análise de sua realidade empírica. Desta forma, os fundamentos metafísicos são deixados de fora da teoria do direito, e a conseqüente separação da Moral e da Ética com relação ao Direito é posta em evidência.⁵⁴

A princípio, a teoria positivista escorava-se, quase incondicionalmente, na coerência intrínseca do sistema. Melhor dizendo, a estrutura jurídica normativa deveria encontrar seus critérios de validade e invalidade no próprio sistema, retirando do intérprete qualquer inovação de cunho valorativo, a saber: justo ou injusto.

É evidente a preocupação em se separar o Direito da moral e da ética, isso, talvez, por pressões da própria classe burguesa, a qual não tinha, *a priori*, seus anseios suplantados no Estado pré-moderno, cujo alicerce jurídico era calcado, como se mensurou alhures, numa racionalidade metafísica, jusnaturalística, fato que causava notória insegurança às relações comerciais.

Outra característica bastante peculiar ao positivismo é a de que o Direito deveria ser estudado como “fato social”, ou seja, ele não poderia ser vinculado a critérios valorativos.

O objeto de estudo dos positivistas, portanto, era unicamente o conjunto de leis vigentes num determinado Estado, ficando, assim, distante das preocupações políticas ou morais da sociedade, já que essas questões eram impertinentes ao Direito.

Nesse contexto, a teoria do Direito deveria, essencialmente, estar separada da moral, pois o campo do dever ser moral pertence à valoração, já o científico credencia, com o auxílio da lógica, o Direito como um fato, como um fato positivo, existente.⁵⁵

Contudo, observa-se que, ainda que houvesse tais métodos, eles, por si só, não evitavam possíveis injustiças, isso do ponto de vista social. Por essa razão, conforme

⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.421

⁵⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito**. 2ª Edição. São Paulo: Landy Editora, 2004. p.42

ensina Elival RAMOS, “a tese de completude do ordenamento foi submetida a severas críticas, que culminaram em certa relativização do conceito.”⁵⁶

Já a interpretação da lei pelo magistrado, conforme já delineado, tinha certas restrições, já que ao juiz caberia apenas e tão somente o papel de “boca da lei”, isto é, o seu labor racional era resumido a mero revelador da verdade, a qual estava abrigada no comando geral e abstrato da própria lei.⁵⁷

Clarificado está, portanto, que a divinação à lei, a coerência em si mesmo do sistema (separação entre direito e política), e a obsessão irrestrita à doutrina da separação dos poderes, principalmente quando se fala em fonte do Direito pelo legislativo, são algumas das bandeiras defendidas pelo positivismo jurídico.

Neste particular, curial se faz sublinhar a doutrina de Tércio SAMPAIO:

Essa divisão de poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante face à concepção personalista, iria garantir, de certa forma, uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência da política na administração, que se torna totalmente aceitável no Legislativo e fortemente neutralizado no judiciário.⁵⁸

Não obstante, frisa-se que o positivismo jurídico se mostrou, naquela época, pertinente e, sobretudo, justificável em razão do momento histórico de transição entre o Estado pré-moderno e o Estado de Direito, Moderno.

Isso porque, analisando o movimento político que antecedeu a era moderna, a saber, o absolutismo monárquico, o positivismo teve relevante missão na busca por um direito mais racional, ainda que de forma muitas vezes exacerbada.

A título de conclusão preliminar, pode-se dizer que os mais importantes aspectos da doutrina positivista eram, em resumo, a busca pela diminuição do autoritarismo praticado pelos monarcas, únicos, à época, legitimados a produzir o arsenal normativo de uma determinada sociedade; a incansável luta pela racionalização do direito; e, também, a busca por métodos científicos capazes de diminuir a subjetividade das argumentações jurídicas (metafísica do Direito natural).

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito...** Op. cit. p. 42

⁵⁸ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo.** 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007,

Só que, com a separação ou desvinculação necessária entre Direito e moral, alguns acontecimentos sociais graves ocorreram (holocausto, guerras), de modo a evidenciar o perigo em se separar ciência e moral.

Ainda assim, trar-se-á, a seguir, as principais críticas ao modelo clássico do positivismo jurídico, para, após, analisar sua estrutura com foco voltado ao constitucionalismo moderno, o qual tem em seu bojo estrutural, íntima relação com os princípios morais e éticos outrora rechaçados pelo positivismo rígido.

1.4 POSITIVISMO JURÍDICO E O SURGIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO

Para objetivar o presente estudo, até porque a presente dissertação não tem como *leitmotiv* realizar um referencial bibliográfico crítico acerca do positivismo jurídico, mas sim verificar, ainda que de forma sumária, seus pilares metodológicos e teóricos para, após, engendrar, com aporte teórico, uma análise de constatação acerca de sua efetiva aplicabilidade em nossa realidade jurídica atual, com especial foco no surgimento do constitucionalismo e, sobretudo, com a importância do Poder Judiciário no campo de batalha jurídico atual, abordar-se-á, a seguir, as principais críticas auferidas ao positivismo jurídico e, sobretudo, suas principais consequências práticas à sociedade.

Para além daqueles aspectos do positivismo jurídico que já foram evidenciados nesse trabalho (divinização exacerbada à lei como pressuposto de segurança jurídica; obediência irrestrita ao princípio da separação de poderes; monopolização da atividade normativa pelo Estado para se ter, em tese, um maior controle da arbitrariedade) o fato mais preocupante é a afirmação, por parte de alguns doutrinadores, de que o positivismo jurídico teria legitimado a ascensão de governos autoritários e ditatoriais, vez que os seus pilares teóricos teriam auxiliado, por exemplo, a ideologia nazista alemã.

Ou seja, o positivismo jurídico clássico seria, na visão dos anti-positivistas⁵⁹, o alicerce legitimador dos sistemas autoritários engendrados na Alemanha e na Itália no século XX.⁶⁰

Se por um lado não tinha efetivamente legitimado tais acontecimentos, pode-se afirmar, sobremaneira, que não havia, dentro daquela lógica fechada formalista, estrutura que pudesse contrapor tal ascensão ditatorial.

Jean Louis BERGEL ilustra bem essa preocupação com alguns ideários defendidos pelo positivismo jurídico, sobretudo ao que se refere à busca incessante pela coerência em si mesmo (sistema fechado de resolução de conflitos de lei), peculiaridade que teria legitimado poderes mal intencionados.

Em suas próprias palavras:

Mas percebemos os perigos de tal reinado do Estado e da força. Os piores abusos e os mais atrozes excessos poderiam assim ser legitimados. A arbitrariedade, o desprezo pelo homem, todas as barbaridades poderiam, dentro dessa perspectiva, se consagrada pelo direito. Não se pode resignar a isso a pretexto de uma construção intelectual rigorosa, do culto a autoridade e nem do mito da eficácia. Existem equilíbrios sociais e forças morais que dominam os fenômenos de produção do direito. Se o direito tem necessidade da coerção pública para ser imposto àqueles que o ignoram, não se pode imaginar sem calafrio que o direito se identifique com a força; quantos crimes seriam então legitimados! Por conseguinte, não se pode de modo algum reduzir o direito a um simples sistema de normas hierarquizadas, sendo que cada uma delas recebe sua força obrigatória de sua conformidade com a norma superior.⁶¹

Vislumbra-se que a crítica realizada por BERGEL é efetivamente em relação à ideologia de sistema fechado e, essencialmente, à busca cega pela coerência em si mesmo do positivismo jurídico, de modo a deixá-lo distante de intervenções morais, abstraindo, portanto, os fatores históricos, econômicos ou até mesmo sociológicos, os quais deveriam ser estudados, naquela concepção, conforme seus próprios métodos

⁵⁹ Nesse sentido, tratando acerca da separação ou não entre direito e moral, com especial foco para aqueles que são favoráveis ou não a isso, Robert Alexy afirma que “ desde hace más de dos mil años aparecen enfrentadas dos posiciones: el positivismo y el no positivismo. En general, los no positivistas defienden la tesis de la separabilidad y la tesis de la separación. Sin embargo, todos los positivistas se oponen a esto en, al menos, una versión de la tesis de la vinculación”. ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005. p.17.

⁶⁰ RAMOS, Elival da Silva..., Op. cit. p. 43

⁶¹ BERGEL, Jean-Louis..., Op. cit. p.18.

científicos, retirando-se, com isso, toda ideologia política, filosófica ou moral do direito, bem como todos os elementos relacionados às ciências da natureza.⁶²

No mesmo sentido, Luiz Roberto BARROSO faz suas ponderações acerca dessa busca hercúlea pela cientificidade proposta pelo positivismo, inclusive evidencia os principais fundamentos argumentativos que alicerçavam as aspirações positivistas:

O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar ciência jurídica, com características análogas à ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízo de valor, que representam uma tomada de decisão diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca das questões como legitimidade e justiça.⁶³

Vê-se que a teoria positivista defendia a tese da separação entre o conceito de Direito e os elementos morais.

Robert ALEXY, nos alerta que “aquela tese da separação postulava que não existia nenhuma conexão conceitual necessária entre Direito e a moral, entre aquilo que o direito ordenar e aquilo que o justo exige, ou entre o direito como ele é ou como ele deveria ser.”⁶⁴

Esse período é denominado de Estado Legislativo de Direito, a saber, do monopólio estatal na produção jurídica e, principalmente, da vigência do princípio da legalidade, cuja justificação passa a ser de natureza positivista.⁶⁵

Em resumo, a norma é válida não por ser justa, mas sim por atender um determinado critério formal de criação, tendo na figura do legislador a infalibilidade, cuja atuação era insuscetível de controle.

Friedrich MÜLLER resume bem esse período:

Insistindo na mera positividade do direito, transfigurada longe da realidade da vida, o positivismo aceitou o preço da redução ou da perda da normatividade jurídica, cujas

⁶² Idem.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito...**, Op. Cit. p. 261-262

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 3.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito...**, Op. Cit. p. 266

condições específicas bem como, genericamente, a peculiaridade do direito saíram do campo visual, à medida que o ideal metodológico de uma ciência natural que ainda não tinha começado a se questionar foi transferida acriticamente a prescrições jurídicas. Assim, o direito é compreendido equivocadamente como um ser que repousa em si, que só deve ser relacionado *ex post facto* com as relações da realidade histórica. A norma jurídica é compreendida equivocadamente como ordem, como juízo hipotético, como premissa formalizada segundo os princípios da lógica formal, como vontade materialmente vazia.⁶⁶

Essa busca irrestrita pela objetividade científica culminou na redução do Direito à lei. Com isso, dentre outros motivos, houve a derrocada do positivismo jurídico, que, não por acaso, é concomitantemente associada à queda do regime fascista na Itália e do nazismo na Alemanha, cujos idealizadores (ditadores) alcançaram o poder sob a proteção da legalidade, promovendo barbáries inesquecíveis naqueles países.

O novo cenário histórico advindo pela II Guerra Mundial, aliado aos argumentos outrora ventilados, produziu, fatalmente, no momento pós-guerra, a repulsa aos postulados de neutralidade e formalidade da lei geral e abstrata inerentes à conformação do Estado de direito legislativo, já que tais bases foram incapazes de assegurar ou realizar o politeísmo dos valores imersos na sociedade.⁶⁷

Portanto, é a partir da segunda metade do século XX, que o Direito deixa de caber integralmente no positivismo jurídico.

Na concepção de Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, é nesse ponto que “o direito Constitucional tem deixado para trás o positivismo jurídico e a codificação, para buscar um direito material principiológico que tem como supremacia os direitos fundamentais, e é aí que se passa a uma nova referência de decisões não mais baseadas apenas no direito escrito, mas em elementos extrajudiciais, na medida em que assume o texto constitucional tem conteúdo moral, aproximando o direito da ética”.⁶⁸

⁶⁶ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.45.

⁶⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso...** Op. Cit. p. 43

⁶⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea**. Curitiba, 2011. Tese(doutorado em direito) PUC-PR. p. 15

Abre-se, nesse momento, um hiato teórico, cujo período marcante é, efetivamente, o pós-guerra⁶⁹, pois se notou, pela árdua prática, que o positivismo jurídico, por sua racionalidade, poderia legitimar barbáries sociais.

Pode-se atribuir a esses fatores a superação do Estado legalista, pois, percebeu-se que a norma, geral e abstrata, deixou de ser considerada um instrumento eficaz para se assegurar a paz social, transmutando-se em instrumento de opressão e, sobretudo, poder.⁷⁰

Não obstante, o Poder Judiciário, nesse momento, não tinha, ou se tinha era pífia, legitimidade, por exemplo, para anular uma lei que pudesse aviltar direitos fundamentais, esse papel caberia exclusivamente ao Legislativo, órgão democrático legitimado para representar o interesse do povo.

Não é demasiado verificar que os conflitos sociais; a não neutralidade do Direito; a impugnação da separação entre Direito e sociedade; a impugnação à legitimidade social e à moral do próprio fenômeno jurídico, são, portanto, fatores que evidenciaram a derrocada da imagem de homogeneidade social liberal, e, conseqüentemente, a descentralização da lei como fonte única do direito.⁷¹

Nas palavras de Écio DUARTE, tratando da crise acima mensurada, sobretudo ao que tange aos pilares positivistas, “essas mutações operadas pela crise destas visões da lei e do poder legislativo terminará por questionar sua capacidade para ordenar adequadamente a vida social e política e suporá a definitiva superação do Estado legislativo de Direto”.⁷²

Nota-se que esse período é marcado por uma separação entre Estado e sociedade, isto porque é ilógico acreditar que os anseios de uma determinada comunidade seja provocar, ou colaborar, a sua própria sucumbência ou a de seus semelhantes.

⁶⁹ Em nota de rodapé, Barroso afirma que esse chamado “retorno aos valores apresenta como marco inicial o final da Segunda Guerra Mundial e a percepção de que o formalismo da teoria positivista constituía um modelo insuficiente para construção de uma ordem jurídica aceitável, prestando-se ao fornecimento de uma roupagem legal a regimes bárbaros.”

⁷⁰ DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso...** Op. cit. p. 45

⁷¹ Ibidem, p.46

⁷² Idem.

Não é crível, igualmente, que essa mesma sociedade aspire, ainda que por motivos diversos, viver em constante atrito com seus pares. Essas atitudes são típicas de um governo mal intencionado, déspota.

E é por esses motivos que se observa, naquele período de Guerras, a ruptura ideológica entre Estado e sociedade.

Essa dinâmica praticada, colimada aos riscos à desintegração legislativa pela ausência de participação social em sua regulação, fato que converte esse afastamento numa ameaça à própria convivência social, é alguns dos vários motivos cominatórios da derrocada do Estado legislativo de direito.

E sendo o Estado legislativo formado, em seu âmago, nas estruturas positivistas, não é demasiado sentenciar, também, a superação desse último.

Nesse período, com a ocorrência de duas grandes guerras mundiais, sobretudo no final da segunda, fato que tornou vulnerável a dignidade humana por conta das atrocidades ocorridas naquele cenário, passa-se a focar as Constituições como vetor central, não mais como instrumento de garantias individuais, liberais, e, principalmente, como limitação do poder soberano.

Nas palavras de Amélia Sampaio ROSSI, “as constituições começam a abrigar, por meio dos mais variáveis princípios, os valores e as opções políticas da comunidade que elas visam reger”.⁷³

E esse movimento, nominado constitucionalismo, passa a demonstrar que o Direito não pode ser encarado apenas como sendo uma ciência matemática, exata. Pelo contrário, a “compreensão do Direito e especialmente da Constituição se encontram vinculadas à noção de que existe uma finalidade, para além da segurança jurídica, com a qual o sistema jurídico deve estar comprometido para ser compreendido como tal”.⁷⁴

Colocadas as principais ideias em relação ao Estado Moderno e ao positivismo jurídico, com especial foco na importância desse fenômeno à sociedade, curial se faz, a partir das ideias que foram encartadas, analisar, de forma mais específica, o papel

⁷³ ROSSI, Amélia Sampaio..., Op. cit. p.143.

⁷⁴ Idem.

exercido pelo constitucionalismo nesse processo de mudança paradigmática trazido pelas Guerras Mundiais.

Então, no capítulo seguinte, far-se-á uma apuração histórica e metodológica do direito constitucional no período pós-guerras, já que os paradigmas dogmáticos se modificaram sensivelmente a partir desse fenômeno jurídico e social

CAPÍTULO II

CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANTAGONISMO OU NOVO MODELO?

2.1 INTRODUÇÃO

No presente capítulo, buscar-se-á analisar o movimento constitucionalista engendrado a partir do século XX. Não obstante, far-se-á uma análise do papel da democracia nesse processo de remodelação dos pilares positivistas. Por derradeiro, analisar-se-á a importância do constitucionalismo moderno para efetivação dos direitos fundamentais, fato que, não raramente, pode ocasionar, para alguns doutrinadores, uma tensão entre direitos fundamentais e o ideário de poder da maioria, já que, muitas vezes, a decisão ou efetivação daqueles direitos acaba por ser contramajoritária, inclusive rechaçando, pela interpretação, a aplicação de leis formuladas pelo Poder Legislativo, o representante do povo.

2.2 O PAPEL DO CONSTITUCIONALISMO NO PERÍODO PÓS-GUERRA

É naquele cenário de imensa reflexão, apontado no primeiro capítulo, a saber, de superação dos anseios positivista e reaproximação entre Direito e Moral, que a Constituição deixa de “ser uma mera folha de papel” e passa a ter inexorável importância na práxis sociais, ganhando, inclusive, robustez principiológica, cuja linha mestre é a moral.

Isso porque, o modelo liberal de Estado, suplantado no individualismo contratualista, na estrita separação de poderes e, principalmente, na racionalidade procedimental, não dava conta de frear as atrocidades cometidas em desfavor da

sociedade de forma legítima, isto é, formalmente válida, por conta, sobretudo, da estrutura racional procedimentalista positivista.

E essa celeuma é sublinhada nas palavras de Lênio Luiz STRECK, o qual faz alusão ao surgimento das primeiras constituições:

As primeiras constituições respondem ao esquema do princípio monárquico, através do qual, frente ao poder absoluto deste, o parlamento aparece como um limite à garantia da propriedade e da liberdade dos cidadãos; é compreensível, assim, que esse parlamento, que representa o povo e lhe representa para controlar e limitar o poder do monarca absoluto, não tenha, em princípio, nenhum tipo de limitação. Afinal, não é ele um órgão do Estado que deve submeter-se a nenhum mandato superior porque aparece primeiramente como representação do povo que tem por missão defender a liberdade e a propriedade frente ao monarca.⁷⁵

É exatamente nesse momento, ainda na ótica de STRECK, que, na consciência política e constitucional, “vai aparecendo cada vez com maior nitidez o problema do controle da atividade do legislador como o fato mais importante do Direito público no século XX, dando o abuso de poder do Legislativo espaço à nova concepção de Constituição entendida como norma imperante no mundo ocidental.”⁷⁶

Em outra concepção, constitucionalismo não está umbilicalmente atrelado à ideia de Constituição, mas justamente na percepção de controle da atividade estatal (sobretudo da atividade legislativa) por critérios para além dos formais, posto que estes poderiam, de certa forma, corroborar com governos mal intencionados.

Pode-se afirmar que, com o surgimento das Constituições rígidas e escritas, hierarquicamente superiores às leis e normas estabelecidas⁷⁷, as normas anteriormente ligadas ao *juspositivismo* passam a ter outro critério de validade, ou seja, podem ser formalmente válidas, porém substancialmente inválidas se estiverem em contraste com as normas constitucionais.

Tem-se, portanto, o início do controle de constitucionalidade das normas postas. Isso significa dizer que o caráter irrefutável da segurança jurídica do

⁷⁵ STRECK, Lênio Luiz. **A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia.** In Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. V. 2. Ano 2002. p.27-64.

⁷⁶ Ibidem, p.28

⁷⁷ Ibidem, p. 19

positivismo jurídico é sopesado com fulcro numa Constituição rígida e, com as devidas proporções, principialista.

Há de se encartar que a transposição do Estado legislativo (liberal), incapaz de atender aos grandes desafios da sociedade, para o Constitucional foi marcada pelos movimentos europeus de constitucionalização do Direito.

É o que afirma FIORAVANTI, para quem o surgimento do Estado constitucional se iniciou no século XX com a entrada em vigor das constituições democráticas, que permitiram uma mudança do Estado de Direito para o Estado Constitucional, o qual “*del presente retoma su vocación pluralista, como también el papel protagonista de la jurisdicción, indispensable para el equilibrio del conjunto, que ciertamente no puede ya encerrarse en la simple aplicación de la ley a los casos concretos*”⁷⁸.

Já para J. J. Gomes CANOTILHO, analisando o surgimento e, sobretudo, o objetivo do Estado Constitucional, esse novo modelo “é uma tecnologia política de equilíbrio político-social através da qual se combateram dois arbítrios ligados aos modelos anteriores, a saber: a autocracia absolutista do poder e privilégios orgânico-corporativos medievais”⁷⁹.

Ainda, nas palavras do autor português, não há dúvida que, pelo menos no constitucionalismo continental europeu, “o Estado constitucional procurou uma fundação e estruturação diversa da dos precedentes tipos de Estado: o Estado Estamental e Estado de Polícia, este também chamado de Estado Iluminista”⁸⁰.

Por outro lado, denota-se que a metodologia mecanicista entre formulação de lei e aplicação pelo juiz é evidentemente contestada. O fundamento de validade das leis passa a ter novos traços. Não obstante, a cisão entre Estado e sociedade não era mais aceita.

Respeitar apenas os critérios formais de elaboração de leis não alcança mais os anseios da sociedade à época. Era preciso se atentar ao conteúdo dessas normas, que

⁷⁸ FIORAVANTI, Maurizio..., Op. cit p. 28.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes....Op. cit. p. 86

⁸⁰ Ibidem, p. 87

deveriam estar em sintonia com os anseios e princípios encartados em uma determinada Constituição rígida.

Nesse ínterim, o Judiciário ganha visibilidade e importância, pois, agora, o controle de constitucionalidade, em muitos países, é realizado pelos juízes.

Outro aspecto histórico que evidencia a importância do Direito constitucional naquele cenário é, em verdade, a ocorrência de duas Guerras mundiais⁸¹.

Isso porque, após inúmeras violações e aviltamentos a direitos humanos, os países europeus passaram a engendrar uma nova concepção do próprio Direito.

Ora, se um dos fundamentos do positivismo jurídico clássico é justamente separar o Direito da moral, após aquele período de atrocidades buscou-se repensar esses critérios e argumentos. Era preciso racionalizar os critérios de validade das leis.

O período de pós-guerra foi marcado, então, pelas crescentes doutrinas de proteção à dignidade da pessoa humana, bem como pela positivação, no plano interno, de seus fundamentos, configurando-se os direitos fundamentais.

As constituições não eram mais emanadas apenas de um soberano ou de um determinado poder constituído politicamente.

A vontade do povo passa a ter grande importância nas formulações sociais. A democracia ganha corpo e sustentabilidade argumentativa, como forma, inclusive, de se obstar, ou até mesmo impedir, as atrocidades experimentadas outrora pelos Estados autoritários. Portanto, “o Estado Constitucional, para ser um Estado com qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático”.⁸²

Corroborando com os argumentos supra, cita-se Écio DUARTE, segundo o qual:

A mudança do cenário histórico-institucional provado pela I Guerra Mundial produziu faticamente no momento pós-guerra um sentimento de desconfiança nos postulados da neutralidade e da formalidade da lei geral e abstrata, inerentes à conformação do Estado de Direito Legislativo, pois que estes princípios tornaram-se incapazes de acompanhar e de

⁸¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...**, Op. cit. p. 107

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes..., Op.cit. p 89

realizar as pretensões e finalidades emergentes da necessária ampliação das funções do Estado advindas do politeísmo dos valores imersos nos processos sociais.⁸³

Nesse ínterim, apenas para evidenciar esse fato, países com tradição parlamentar forte, como França e Inglaterra, começaram a promover controle de constitucionalidade das leis tendo como parâmetro os direitos humanos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual também serve de parâmetro de controle de constitucionalidade em diversos países” .⁸⁴

A busca pelo acato e respeito à moral é fonte de discussão nas elaborações normativas. O conteúdo moral do Direito é retomado, rechaçando, portanto, o ideário formalista de normatividade, fruto, não raramente, de aspirações nefastas de ditadores.

Uma Constituição meramente formal não é suficiente para atingir os anseios da sociedade, não em sua plenitude. Passa-se, agora, a buscar critérios materiais de validade das constituições, ou seja, o seu conteúdo intrínseco, pois respeitar apenas a construção formal da Constituição, como se viu, foi alicerce de grandes absurdos sociais.

Era preciso, naquele momento, buscar novos horizontes e valores a serem encartados nas Constituições.

Ter-se, destarte, apenas uma Constituição formal não é suficiente para atender aos interesses coletivos⁸⁵. A identidade cultural e social deve estar inserida naquela lei superior. E, se assim for, não haverá espaço para as atrocidades ocorridas no período de Guerra. Até porque, obviamente, a identidade de um povo, com certeza, não é a de se sucumbir, pôr em voga sua própria existência ou paz social.

O surgimento do constitucionalismo é de curial importância na proteção dos direitos fundamentais, ou seja, aqueles ligados à própria existência da pessoa humana.

Para além disso, com a formulação das Convenções de Direitos Humanos, passou-se a aspirar a existência humana não somente por vida, mas que essa seja exercida de forma digna.

⁸³ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

⁸⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...** Op.cit, p.107.

⁸⁵ Ibidem, p.16

Herrera FLORES explica esse momento histórico e teórico:

Os direitos humanos se converteram no desafio do século XXI. Um desafio que é ao mesmo tempo teórico e prático. Ninguém pode negar o gigantesco esforço internacional realizado para se formular juridicamente uma base mínima de direitos que alcance todos os indivíduos e formas de vida que compõem a ideia abstrata de humanidade. Basta citar textos internacionais como a declaração sobre direitos sociais e o Pacto Internacional sobre direitos civis, para que tenhamos uma boa prova do que dizemos. Desde 1948 até nossos dias, assistimos cotidianamente a esse trabalho levado a cabo pela comunidade internacional para que os seres humanos possam controlar seus destinos.⁸⁶

Nota-se que aquela ideia primária do positivismo jurídico citada por BOBBIO⁸⁷ (conjunto de leis aplicáveis num determinado território emanado de uma autoridade política) é ativamente criticada e, sobretudo, mitigada.

Foi preciso buscar novos fundamentos à dinâmica social. Momento em que surgem outros paradigmas antes não enfrentados pelo Direito.

Paolo COMANDUCCI aduz que os Estados começaram a buscar a elaboração de um Constitucionalismo forte, cujas características principais, segundo o autor, “es la ideologia que requiere un Constitucionalismo para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal”⁸⁸.

Constata-se que, desde o findar das Guerras Mundiais, o direito constitucional teve uma redefinição de seus paradigmas. A submissão e o respeito do Estado à efetivação da pessoa humana e sua dignidade tornam-se, dentro daquela perspectiva, fundamentos da própria sociedade.

É nesse cenário, destarte, que nasce o Constitucionalismo, já que embora muitos países tivessem uma constituição formal, não havia, necessariamente, um Constitucionalismo no sentido de se ter uma Constituição superior limitando a atividade do Parlamento.

Mas o que tal fenômeno significa? Significa que, apenas o critério de subsunção positivista não mais atende aos anseios sociais, isso porque, com o

⁸⁶ FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 30.

⁸⁷ BOBBIO, Norberto...Op. cit. p. 21

⁸⁸ COMMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo) constitucionalismo: um análisis metateórico** In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editora Trotta, 2003.

surgimento do Constitucionalismo, valores morais são encartados no ordenamento jurídico em forma de direitos fundamentais, de princípios e normas abertas a uma densificação pelo intérprete e aplicador do direito.

Quanto à importância dos princípios no engendramento do Constitucionalismo moderno, vale citar os apontamentos de Lênio Luiz STRECK:

E, a propósito, não devemos esquecer que os princípios vieram justamente para superar a abstração da regra, desterritorializando-a de seu locus privilegiado, o positivismo. Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia hermenêutica), porque essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem se-no-mundo, na facticidade. (...) É por ela que o positivismo está invalidado no mundo prático.⁸⁹

O Constitucionalismo contemporâneo é evidenciado pela superação do Estado de Direito legalista, característica do liberalismo, pois há evidente limitação da atividade Estatal, não somente pelas regras, mas, agora, também por princípios.

DWORKIN também critica aquela posição legalista clássica do positivismo, pois, “não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do Direito. Quando lemos esses casos, o positivismo nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz”.

Pelo que se pode observar até o momento, a concepção clássica do Direito, engendrada pelo positivismo, não é capaz de atender a dinâmica social contemporânea. Seu aspecto tecnicista de subsunção é posto em xeque frente às novas discussões atinentes ao direito Constitucional.

As mudanças produzidas pelo Constitucionalismo, conforme aventado alhures, acarretam, nos tempos atuais, uma alteração dos paradigmas constitucionais. O direito constitucional é, nesse momento, um importantíssimo instrumento de emancipação do próprio Homem, e, como tal, deve ser dinâmico, não podendo, deste modo, ficar atravancado num formalismo tecnicista.

⁸⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Para DUARTE o direito contemporâneo “é preenchido densamente por conflitos éticos os quais tornam indissociáveis o discurso jurídico e o discurso jurídico moral”⁹⁰.

Então, se assim for, será que o positivismo dará conta de todas essas novas discussões engendradas no contexto jurídico e social? Em virtude dessa crescente dinâmica social, será que todos os anseios sociais poderão ser atingíveis dentro dessa lógica estritamente formal de estrutura de normas? Será que, no caso concreto, o juiz poderá aplicar uma interpretação moral dos direitos a ele colocado *sub judice*? O Constitucionalismo contemporâneo permite tal interpretação? Se assim agissem, os juízes estariam criando normas constitucionais inovadoras ou apenas aplicando seu conteúdo moral?

2.3 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: NOVAS PERSPECTIVAS

Por uma questão lógica simples, quando se fala em constitucionalismo contemporâneo, certamente pode-se deduzir que houve um nominado como clássico ou moderno, seja como for.

Assim, ainda que para alguns doutrinadores essa separação, ou concepção, seja irrelevante, far-se-á, por uma questão metodológica, um breve intróito acerca da evolução do constitucionalismo, passando pelo constitucionalismo liberal, social e o moderno.

Já se mensurou nesse trabalho que a Constituição adotada na Europa, no período nominado Liberal, era apenas um garantia da burguesia contra as ingerências do Estado

Esse é o posicionamento de Amélia Sampaio ROSSI, para quem, embora o constitucionalismo de cunho liberal-burguês tenha sido relacionado às primeiras constituições escritas da época, “passam, no entanto, a ser entendidas com o caráter de

⁹⁰ Ibidem p. 34

meras Cartas Políticas de recomendação e orientação, sem o devido cunho de eficácia normativa.”⁹¹ Ainda, afirma que, “na realidade, é o direito privado, e não propriamente o direito público, que se desenvolve naquele contexto, com maior ênfase. É a época das grandes codificações do direito privado.”⁹²

Depura-se dos apontamentos da autora que o sistema econômico teve irrestrita influência na sistemática jurídica daquela época. E mais, que embora houvesse uma Constituição escrita, mesmo assim prevaleciam os códigos, sobretudo o civil, sendo ele inclusive predominante sobre a Constituição.

Partilhando desse entendimento, Ilton Norberto Robl FILHO faz uma reflexão acerca desse período liberal-burguês. Em suas próprias palavras:

A proposta liberal-burguesa concede substancial ênfase às liberdades negativas (direitos individuais dos cidadãos de não terem sua autonomia, principalmente econômica, afrontada pelo Estado), apostando que a felicidade pessoal e social advém da possibilidade de os seres humanos buscarem seus interesses individuais através de escolhas racionais. Nesse paradigma, defende-se que apenas a lei pode limitar as ações individuais, além desse modelo pressupor que as normas jurídicas devem promover igual tratamento aos cidadãos. Deve-se entender a igualdade, no contexto do paradigmático em apreço, como a impossibilidade de discriminação por meio das leis e dos demais atos estatais. Dessa forma, o direito liberal-burguês constrói normas abstratas e gerais que desconsideram as radicais diferenças das pessoas e dos contextos reais, sendo a legislação de direito privado, a qual atribui poderes aos sujeitos jurídicos e que lhes impõe proibições, o exemplo por excelência desse modelo. Essa proposta social e o seu correspondente modelo jurídico encontram-se umbilicalmente ligados à defesa da propriedade privada por meio da regulação dos contratos, da herança e da associação entre indivíduos para fins econômicos.⁹³

A ordem jurídica estabelecida na França⁹⁴, com o Código Napoleônico, visava exclusivamente proteger os direitos liberais e burgueses, a saber, liberdade e

⁹¹ ROSSI, Amélia Sampaio..., Op. cit. p. 136.

⁹² Idem.

⁹³ ROBL FILHO, Ilton Norberto. Contribuição à discussão acerca do substancialismo e do procedimentalismo no Brasil ou democracia e estado democrático de direito no século XXI: apresentação do modelo paradigmático de Jürgen Habermas e ponderações críticas de Michel Rosenfeld. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p.4169.

⁹⁴ Para professora doutora Amélia Sampaio ROSSI, “o valor segurança é alcançado para a proteção da liberdade individual, mas também é, essencialmente, porque protege a propriedade e o patrimônio, interesses caros ao desenvolvimento do capitalismo concorrencial que se desenvolve naquele momento. Não se pode esquecer que o capitalismo nascente em fins do século XVIII promoverá a separação entre a esfera política e a esfera econômica, item próprio, o que traz a idéia de que, neste modelo de organização, o Estado se limita a garantir a segurança e a propriedade por meio de sua estrutura jurídica. Assim o direito liberal burguês foi míope, na construção de suas normas

propriedade. Socialmente, pode-se dizer que não havia maiores garantias além dessas, a saber, patrimonial e econômica. Há um afastamento perceptível entre sociedade não burguesa e Estado, esse, por sua vez, desempenhava apenas um papel de abstenção, ficando distante das relações sociais, pois deveria apenas garantir o mínimo de segurança, a qual se mistificava em propriedade, liberdade individual e proteção do patrimônio.

Em síntese, o direito inerente ao modelo liberal de Estado, próprio do capitalismo concorrencial, “entrega ao sujeito da esfera privada a capacidade e autonomia para regular as relações travadas no âmbito particular, estabelecendo apenas o marco jurídico geral e básico, sob o qual se desenvolverão essas relações”.⁹⁵

A figura do Poder Judiciário, nesse momento, se releva apenas coadjuvante, sendo apenas o órgão responsável por dizer a lei, nada a mais. O centro irradiador da ordem jurídica fica por conta do Poder Legislativo, “sendo ele o triunfo do império da lei, a centralidade jurídica dos códigos de direito privado, que demarcam o horizonte do mundo jurídico com tal”.⁹⁶

Por conseguinte, em razão daquela centralidade exacerbada, tem-se a “questão social”, a saber, a classe trabalhadora e as mulheres que são excluídas do cenário social, isso no sentido de obtenção de tratamento substancialmente igualitário.⁹⁷

Os pilares liberais são ferrenhamente atacados e contestados por não darem conta dos anseios daquela classe social. O modelo capitalista concorrencial também entra em declínio, tendo como marco histórico a primeira Grande Guerra.

Essa crise dá azo à busca por novos horizontes à sociedade. É quando se defende o Constitucionalismo social, justamente para atender aos reclamos da classe menos representada: os trabalhadores, as mulheres e etc.

Com esteio nas constatações alhures, vê-se que o constitucionalismo social é engendrado em razão da crise do capitalismo concorrencial e, sobretudo, pela falta de

gerais e abstratas, às diferenças concretas entre os indivíduos e os seus respectivos contextos de vida. (ROSSI, Amélia Sampaio..., Op.cit.p 136,137)

⁹⁵ ROSSI, Amélia Sampaio..., Op. cit. p. 138.

⁹⁶ Ibidem, p.139

⁹⁷ Idem.

representatividade política, por assim dizer, da classe dos trabalhadores, que se demonstrava insatisfeita com a prevalência da burguesa à época.

Na ótica de Amélia Sampaio ROSSI, o constitucionalismo social, dentre os fatores, “se caracterizará por acolher os direitos de segunda geração ou dimensão (sociais, econômicos e culturais) que se realizam por meio da atuação Estatal e que intentam a realização da igualdade material e da justiça social”.⁹⁸

Ora, dantes o Estado tinha uma função de inércia⁹⁹, agora, nesse momento, vislumbra-se uma característica proativa frente à sociedade. Outros direitos também são engendrados, sobretudo os sociais e culturais, excluídos, como se sabe, pela visão de Estado Liberal.

Um das principais inovações ou aspirações do constitucionalismo social é, efetivamente, a nova compreensão acerca do direito e, sobretudo, da própria Constituição, que deixa de ser apenas um sistema preocupado com a segurança jurídica e busca um método para alcançar a justiça ou a correção material.¹⁰⁰

Há uma aproximação, ainda que pelicular, entre o Direito e a moral, basta observar, para tanto, que o constitucionalismo social é aspirado no momento entre Guerras, por isso fitava estabelecer a proteção pela dignidade da pessoa humana como linha condutora entre Direito e moral.

Não se olvide as críticas dirigidas a esse modelo social de Estado, especialmente ao que tange à excessiva onerosidade do Estado para implementar as aspirações daqueles grupos menos favorecidos.

Por conta disso, “os direitos sociais nascem juntamente no período da sociedade industrial, após diversas manifestações sociais por parte dos trabalhadores, para proteger a classe operária e assalariada do risco profissional a que estavam

⁹⁸ Ibidem, p.140

⁹⁹ Nas lições de Amélia Sampaio ROSSI, em relação ao constitucionalismo social, “as constituições vão deixando paulatinamente para trás a roupagem baseada em uma trama de limites ao poder e passam a adquirir uma roupagem baseada em uma trama mais complexa, que faz com que esses documentos passem a ser prospectivos, ou seja, prescritivos mais do que descritivos, estabelecendo programas de ação, fins e tarefas a serem atingidas, não só pela justeza de interesses que carregam, mas, principalmente, porque passam a ser encaradas como comandos normativos constitucionais.” (ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo...op.cit.p.140-141).

¹⁰⁰ ROSSI, Amélia Sampaio...,Op. cit. p.143

sujeitos, impondo ao Estado certos deveres de prestação positivas a fim de melhorar as condições de vida de seus cidadãos”.¹⁰¹ Nota-se, efetivamente, o surgimento de um intervencionismo estatal, gerando, por conta disso, um embate ao ideário liberal.

Ou seja, “enquanto a proeminência no Estado liberal foi do Poder Legislativo, no Estado social, as maiores cobranças recaíram sobre o Poder Executivo para garantir os direitos fundamentais, o qual alterava também o papel do Poder Judiciário”.¹⁰²

De outro vértice, porém, o movimento denominado como constitucionalismo contemporâneo ganhou importância e robustez argumentativa somente no período segundo pós-guerra. Isso porque, como já dito, somente nesse período que a sociedade teve a certeza de que o modelo de aproximação absoluta entre direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam mais aos seus anseios.

Paulo BONAVIDES¹⁰³ discorre, resumidamente, sobre esse período:

Como não importa a espécie de conteúdo que vai ser posto na constituição, tudo é admissível, desde que se não viole a forma elaborativa estabelecida, essência de toda a juridicidade. As Constituições formais, vistas somente pelo ângulo avalorativo do positivismo e de sua metodologia, caíram debaixo da crítica impiedosa dos antiformalistas.¹⁰⁴

O pensamento de Luís Roberto BARROSO também clarifica esse momento de transposição do formalismo exacerbado e avassalador do positivismo para o pós-positivismo ou constitucionalismo, que segundo autor, “inspira-se na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática”¹⁰⁵. E mais, que, nesse contexto, “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da constituição”. Há evidências concretas, destarte, de que o Direito se aproximou da Moral para, com isso, tentar resilir as mazelas sociais outrora experimentadas.

¹⁰¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 141.

¹⁰² Ibidem, p. 146

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 271

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

E com a promulgação das Constituições contemporâneas, estruturadas em princípios não raramente de ordem moral e ética, abre-se espaço ao campo de batalha entre positivistas e pós-positivistas (constitucionalismo)¹⁰⁶.

Há quem marque esse período de transição como sendo o surgimento do constitucionalismo contemporâneo, tendo em vista, sobretudo, a importância que as Constituições criadas no segundo pós-guerra tiveram para essa mudança de paradigma dogmático.

Todavia, ainda assim, tem-se a celeuma quanto aos métodos interpretativos que agora serão aplicados a esse novo modelo de Constituição, a saber, aberta à influência de princípios.

A jurisdição constitucional, portanto, passa a ter um papel insofismável e curial na efetivação e estruturação dessa nova sistemática, juntamente com o reconhecimento da força normativa à Constituição e, não obstante, à busca por uma nova dogmática da interpretação constitucional¹⁰⁷, para que, então, se pudesse deixar de lado, com isso, o formalismo constitucional característico do positivismo jurídico rígido, pois, como intérprete, “o positivista é conservador por excelência. Pois, para ele, quem muda a constituição é o legislador, ou seja, o constituinte, e não o intérprete. A aplicação do direito, no positivismo, é uma operação lógica, ato de subsunção, e não ato criador ou sequer aperfeiçoador”¹⁰⁸.

E a expansão da jurisdição constitucional somente seria possível se houvesse a relativização da supremacia do Poder Legislativo.

A revisão legislativa, a partir desse fenômeno, pode ser feita pelo judiciário, ainda que sua decisão seja evidentemente contramajoritária, fato antes que sequer poderia ser imaginado pela doutrina positivista.

Por isso, há quem ateste a superação do positivismo clássico, afirmando, inclusive, que a estrutura basilar daquela doutrina não tem mais espaço na atual sistemática jurídica que se vive.

É o que demonstra Luís Roberto BARROSO:

¹⁰⁶ STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito...** Op. Cit. p. 284.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional...**Op. cit. p.287

A consolidação do constitucionalismo democrático e normativo, a expansão da jurisdição constitucional e o influxo decisivo do pós-positivismo provocaram um grande impacto sobre a hermenêutica jurídica de maneira geral e, especialmente, sobre a interpretação constitucional. Além disso, a complexidade da vida contemporânea, tanto no espaço público como no privado; o pluralismo de valores e interesses que marcam a sociedade atual; as demandas por justiça e pela preservação e promoção dos direitos fundamentais; as insuficiências e deficiências do processo político majoritário- que é feito de eleições e debate público; enfim, um conjunto vasto e heterogêneo de fatores influenciaram decisivamente o modo como o direito constitucional é pensado e praticado.¹⁰⁹

Percebe-se que o constitucionalismo é, sem dúvida, o marco inicial pela busca por uma nova sistemática jurídica, que fosse capaz de rebater aquela propugnada pelo positivismo jurídico, que, como já aduzido exaustivamente, serviu de esteio para atrocidades sociais jamais experimentadas antes, cujas consequências foram nefastas e custaram muito à sociedade.

Resta evidente, portanto, a importância do constitucionalismo moderno como forma de efetivação da justiça, paz, moralidade e outros princípios que, a partir dessa nova sistemática constitucional, são suplantados devido à abertura das cartas políticas aos anseios sociais.

Essa constatação é encontrada na doutrina de BONAVIDES, pois, para ele, o formalismo constitucional “fez coincidir em termos absolutos conceitos de legalidade e legitimidade, tornando assim tacitamente legítima toda espécie de ordenamento estatal ou jurídico”¹¹⁰. E mais, o autor constata que isso fez desembocar o colapso do estado de Direito Clássico, o qual tem como cânone o Estado nacional-socialista de Hitler, demonstrando, portanto, a que ponto inadmissível pode chegar o positivismo clássico-formal.¹¹¹

O filtro de validade normativo passa a ser os direitos fundamentais, esses, por sua vez, entendidos, em uma definição sucinta e preliminar, como o conjunto de princípios e normas capazes de tornar a vida humana mais digna. A política, por isso, não é mais dissociada do direito, assim como defendiam os positivistas.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 288.

¹¹⁰ Ibidem, p. 175.

¹¹¹ Idem.

Esse é o entendimento de Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, para quem “a Revolução dos Direitos Humanos após a Segunda Guerra Mundial surge como uma resposta às atrocidades cometidas pelo regime nazista e também pelos regimes ditatoriais, elevando os direitos humanos a uma categoria suprema nos sistemas jurídicos, o que pode ser considerado uma das causas do protagonismo do Judiciário, que caba por ter que interpretar e densificar o conteúdo desses direitos”.¹¹²

Valores morais passam a ter curial importância no âmbito jurídico, ainda mais se for analisada a dinamicidade atual da sociedade, a qual é marcada por um pluralismo ético nunca antes vislumbrado.

As aspirações constitucionais do pós-guerra, um repúdio às atrocidades de outrora, força que se busque a coerência e segurança jurídica do sistema normativo para além do formalismo irrestrito característico de um sistema fechado, e que busca a racionalidade em si mesmo.

Não é mais crível acreditar, cegamente, que o Direito se esgota num ordenamento aparentemente válido, legitimado. É preciso buscar filtros de validade que transcendem a lógica formalista, ainda que para seja necessário se remontar aos preceitos morais para alcançar tal intento.

A simples e fatídica justificativa que a aproximação entre o direito e a moral colocaria em xeque a racionalidade do sistema jurídico, por abrir espaço ao subjetivismo, não é mais plausível, até porque a história do direito evidenciou o contrário.

O constitucionalismo, como forma de sopesamento do ideário positivista, ganha corpo e robustez argumentativa a cada nova experiência jurídica em que se superam os pilares teóricos daquela doutrina, sobretudo com a crescente importância da jurisdição constitucional. Não só por isso, mas também pela mudança de paradigma jurídico que se vive, a saber, a inequívoca abertura da constituição para princípios morais e éticos, fulcrados na dignidade da pessoa humana e que são encartados nas cartas magnas como direitos fundamentais.

¹¹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...**, Op. cit. p. 18.

Por isso, não se vislumbra ausência de argumentos ou até mesmo de respaldo histórico e doutrinário ao se afirmar que há, efetivamente,, conforme se observou ao longo dessa pesquisa, a superação daquele modelo positivista clássico, o qual era irrigado por um formalismo exacerbado, e que encontrava em si mesmo a aspiração de validade e racionalidade, características basilares dos Estados autoritários e legitimadores de atrocidades aparentemente legítimas, ao menos sob os critérios formais por ele defendidos.

Há de se mensurar, portanto, que um dos paradigmas superados pelo constitucionalismo contemporâneo, em detrimento do positivismo jurídico, foi, essencialmente, o critério de validade formal das leis. Explica-se: no constitucionalismo moderno, ainda que uma determinada lei possa ser formalmente válida, ela pode, ao mesmo tempo, ser considerada substancialmente inválida.¹¹³

Não raramente, para não dizer sempre, o Tribunal Constitucional é o responsável por tal missão.

Nesse particular, para demonstrar o início dessa nova racionalização do direito Constitucional, cita-se Robert ALEXY, o qual utiliza a Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão para evidenciar esse momento histórico. ALEXY evidencia tal momento por meio de um caso concreto que versava sobre a perda da *cidadania alemã por judeus evadidos no período da guerra* (problema da injustiça legal por motivos racistas) datada de 1968.

Em síntese, tal decisão discutia a validade ou não do § 2º do 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, datado de 1941, que privava os judeus da nacionalidade alemã. Ao Tribunal foi dada a missão de julgar o caso. Pois bem, a decisão do Tribunal Constitucional Federal concluiu que o indivíduo posto *sub judice* nunca havia perdido sua cidadania alemã, pois o referido Decreto era nulo *ab initio*. Vale transcrever trechos da fundamentação:

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional**. Trad.del italiano por Lorenzo Cordova y Pedro Salazar. Universidad de Carmerino. Revista ISONOMÍA, Nº 16, Abril, 2002, p.10

O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar ao seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídica. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador pode estabelecer injustiça.¹¹⁴

São latentes, na decisão *supra*, os argumentos de justiça e valoração, os quais, antes, somente eram encontrados na doutrina *jusnaturalistas*.

É evidente, também, a busca por uma nova racionalização do direito, que, agora, deve se render aos valores morais e, quiçá, metafísicos.

Não se deve descurar que isso somente foi possível em virtude da constatação, na prática, de que a estrita cientificidade jurídica não era capaz de suprir todas as necessidades sociais, pelo contrário, serviu de instrumento para cometimento de atrocidades e violações contra a humanidade.

Assim, coube ao Tribunal Federal Alemão, naquele caso específico, de forma inaugural e primorosa, considerar uma lei inválida não apenas por celeuma em seus critérios formais, e sim por argumentos de justiça, moralidade, ética.

Os princípios, muitas vezes morais, tornam-se os fundamentos das novas Constituições (Alemanha, 1949 e Itália, 1951), cujos objetivos precípuos são, essencialmente, a busca pela eficácia da dignidade da pessoa humana; a revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática¹¹⁵.

Então, pergunta-se: há, efetivamente, um movimento pós- positivismo ou um Constitucionalismo? Há ou não uma aproximação entre direito e moral?

Écio DUARTE esclarece parte dessas dúvidas, aduzindo que:

O neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivas-jurídicas. Denunciando o equívoco da tese da discricionariedade judicial própria do positivismo jurídico clássico (é dizer, no sentido forte), a tese neoconstitucionalista do judicialismo ético—jurídico propugna que a dimensão de justiça pretendida pela aplicação judicial comporta a conjunção de elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos, confluindo, portanto, à fixação da tese da conexão entre direito e moral.¹¹⁶

¹¹⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade...** op. cit. p. 41

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional...** Op. cit. p. 271

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 67.

Os argumentos alhures demarcam, por assim dizer, a estrutura dogmática, teórico e social do Direito Constitucional contemporâneo, a saber, calcado em alicerces principiológicos fundamentados nos direitos humanos e que, invariavelmente, acaba por relativizar leis criadas pelo Poder Legislativo, gerando, com isso, uma possível tensão entre o Constitucionalismo e a Democracia, visto que, conforme se observou nos tópicos acima, uma das características do constitucionalismo moderno é, efetivamente, a centralidade do Poder Judiciário, fato que, para muitos, ataca a Democracia, por não ser judiciário, a princípio, legitimado para criar ou modificar leis forjadas democraticamente pelos representantes do povo.

Pois bem, tendo em vista as novas ceulemas sociais, pergunta-se: a quem competiria definir o conteúdo daquela Moral? Essa discussão tem grande valia na atualidade, sobretudo quando se analisa o momento histórico social que está se vivenciando no Brasil, em que se discute a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos; fidelidade partidária; ficha limpa; marcha da maconha e etc..

Por esse motivo, far-se-á uma análise sobre o Constitucionalismo e a Democracia. E, para tanto, trar-se-á à baila a discussão travada entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca de tal tema, com especial foco na análise de quem seria o legítimo Guardião da Constituição: O presidente do Reich, representante do povo, ou a Suprema Corte, como protetora dos anseios constitucionais?

2.4 CONSTITUCIONALISMO *VERSUS* DEMOCRACIA: O EMBATE ENTRE CARL SCHMITT E HANS KELSEN

Há muito se discute acerca da tensão existente entre jurisdição constitucional e democracia, mais especificamente entre proteção dos direitos fundamentais e governo do povo, da maioria.

Tendo em vista que o Constitucionalismo está indissociavelmente atrelado ao fortalecimento da jurisdição constitucional, forçoso se faz engendrar um estudo mais

apurado acerca dessa possível tensão existente entre jurisdição constitucional e o princípio democrático.

Porém, esse debate acerca da jurisdição constitucional já foi travado por Carl Schmitt e Hans Kelsen. Na oportunidade, os autores expandiram suas ideologias especificamente acerca de quem seria o Guardião da Constituição.

De um lado, KELSEN aduz que tal missão é do Tribunal Constitucional. De outro, SCHMITT afirma que o Judiciário não possuía estrutura para tratar de questões políticas, as quais, aos seus olhos, deveriam ser deliberadas pelo Legislativo, sobretudo pelo Presidente.

Pois bem, a primeira constatação de Carl SCHMITT é que alguns estudiosos alemães, não diz quais, tentam assimilar a realidade alemã com a norte-americana no que concerne a Suprema Corte Americana, o que, para ele, é um erro, pois a Suprema Corte dos Estados Unidos “se desenvolveu nos moldes de um Estado judicial do tipo anglo-saxão, o qual, como um Estado sem direito administrativo, contrasta fortemente com os Estados do continente europeu, não fazendo diferença se o Estado é europeu ou república”.¹¹⁷ Mais adiante, o autor conclui que “O supremo tribunal norte-americano é bem diferente de um tribunal de Estado e sua justiça bem diferente do que se costuma chamar, hoje na Alemanha, de jurisdição do Estado ou Jurisdição constitucional”¹¹⁸.

Na ótica de SCHMITT, essa diferença era factível porque a Corte americana praticava uma interpretação autoritária sobre os conceitos de liberdade, vida, economia e etc., o que não poderia ser aceito na estrutura alemã. Então, para o autor, a jurisdição do Estado Alemão deveria se limitar à instância sentenciadora, fadada apenas e tão somente a decidir algumas matérias litigiosas, desde que, obviamente, que não tratasse das matérias alhures mensuradas.

Porém, SCHMITT não é comedido ao explicitar o maior defeito da Corte norte-americana, qual seja, “com a ajuda de pontos de vista básicos e princípios gerais,

¹¹⁷ SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 15

¹¹⁸ Idem.

os quais só podem ser abusivamente qualificados com normas, examina a retidão e a racionalidade das leis e, por conseguinte, trata uma lei como não-aplicável”.¹¹⁹

Em outras palavras, SCHMITT critica o papel da jurisdição constitucional em declarar inconstitucional, com base em princípios, determinada lei que afronte a constituição norte-americana, pois, assim, está evidenciado que a Corte Suprema daquele país é, efetivamente, o Guardião da Constituição, fato impugnado pelo autor alemão.

É indispensável, agora, fazer um paralelo entre o modelo americano e o europeu de jurisdição constitucional, pois, nos Estados Unidos, preponderou a ideia de que os direitos estavam sobrepostos à lei. Já na França, por exemplo, conforme dito antes, em virtude da luta contra o absolutismo, “o parlamento é o grande representante do povo e, por meio das leis, procura limitar os privilégios da Corte”.¹²⁰

Segundo SCHMITT, ao Tribunal do Reich não caberia defender princípios gerais, tornando-se, assim, o tribunal guardião e defensor da ordem social e econômica, como ocorre no Tribunal norte-americano. Para ele, isso não poderia ocorrer de modo algum. E mais, “caso o juiz abandone a base na qual realmente exista uma subsunção do fato típico a normas gerais e, com ela, uma vinculação material à lei, ele não mais pode ser juiz independente e nem um sinal de justiça pode protegê-lo dessa conclusão”.¹²¹

Essa afirmativa revela algumas situações. Primeiro, o juiz estava fadado a realizar a mecânica técnica de subsunção lógica. Segundo, princípios morais sequer poderiam ser avocados no enfrentamento do caso concreto. Terceiro, a liberdade do juiz estava atrelada e, sobretudo, vinculada à lei. Por isso, talvez, das críticas auferidas à Suprema Corte Americana, que, não raramente, enfrentava casos concretos e os resolvia com fulcro em princípios gerais do direito.

Em se tratando de atividade jurisdicional, a diferença entre o juiz alemão e o norte-americano, na estrutura defendida por SCHMITT, é que o alemão não poderia anular uma determinada lei, seu papel se resumia em apenas não aplicá-la ao caso

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional...**, Op. cit. p.122.

¹²¹ SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição...**, Op. cit. p. 28.

concreto, gerando, assim, um precedente para os futuros julgamentos. Diferentemente do norte-americano, que poderia declarar inconstitucional e, sobretudo, nula determinada lei que contrariasse a sua Constituição.

Se a todos fosse conferido o direito a ser guardião da constituição, o direito à resistência cresceria, por isso Carl SCHMITT aduz que “não são todas as posições e pessoas que, ocasionalmente, pela aplicação de leis anticonstitucionais, possam contribuir para que a constituição seja respeitada”.¹²² Caso isso ocorresse, segundo o autor, o papel de guardião estaria fadado ao niilismo, já que o seu papel, guardião, é efetivamente diminuir ou tornar supérfluo a resistência social, e não torná-lo legítimo.

Essa percepção é baseada na ideia que o autor alemão tem de Constituição, qual seja, que ela é, na verdade, um contrato¹²³ entre Estado e cidadãos, cujas dificuldades devem ser resolvidas entre as partes, sendo que o Judiciário apenas interviria de forma arbitral, dentro da margem de atuação a ele concedido, somente isso.

E o indigitado contrato poderia ser modificado apenas pelas partes, já que seriam elas os únicos legítimos para tanto. A submissão de qualquer impasse ao judiciário aconteceria em último caso e em situações previamente especificadas, quase uma forma arbitral de resolução de lide.

Carl SCHMITT afirma que o presidente do Reich é quem deve tratar desses impasses. Em suas palavras, o autor afirma que:

Em minha teoria constitucional, contrapós a tais tendências o sistema de um Estado constitucional democrático com um conceito positivo de Constituição. Caso se persevere no

¹²² Ibidem, p.32.

¹²³ Para Carl Schmitt, tratando acerca dos casos em que se questione o contrato entre Estado e cidadão, “em todos esses casos de fragmentação pluralista da unidade estatal e constitucional, as partes portadores do pluralismo reivindicam a própria Constituição, *i.e.*, o poder estatal e seu exercício. A constituição se torna sua Constituição, pois foram eles que a contraíram. Fazer valer direitos ao poder público em si, porque podem recorrer ao fato de que são os titulares do acordo, *i.e.*, os contraentes, por meio do qual se realiza tanto a Constituição quanto outra volição estatal. Suas diferenças tornam-se cada vez mais semelhantes às divergências internacionais e, por isso, são resolvidas primeiramente, por meio de negociações mútuas, conciliação e, por fim, desde que haja submissão voluntária e uma divergência arbitral ou sujeita à ação da justiça, também por meio de decisão judicial. Falta na atual teoria do Estado e da Constituição alemã a consciência sistemática dessa situação. Ademais, os interessados nesse pluralismo não têm, por via de regra, a pretensão de deixar sua prática se analisada sob um esclarecimento sistemático.” Op. cit, p. 93.

fato de que a Constituição de Weimar signifique uma decisão política do povo alemão em sua homogeneidade com o detentor do poder legislativo constitucional e, em virtude dessa decisão, o *Reich* alemão seja democraticamente constitucional, a pergunta pelo guardião da Constituição pode ser, então, respondida de forma diferente do que por meio de estruturas judiciais fictícias.¹²⁴

O Reich, para o autor, seria, portanto, o guardião democrático da Constituição alemã, fato que tornaria ilegítima qualquer investidura do judiciário nas relações políticas eventualmente colocadas em xeque.

Além disso, o presidente do Reich estaria imune a influências de qualquer ideologia, sendo, assim, uma figura neutra, sem maiores empecilhos, o que não seria possível se o Tribunal Constitucional fosse o guardião da Constituição.

Rebatendo os argumentos de Carl SCHMITT acerca da legitimidade do Tribunal Constitucional para enfrentar determinados assuntos de maior complexidade, sobretudo em relação à declaração de determinada lei como inconstitucional e inválida, Hans KELSEN, em 1931, publicou um ensaio intitulado: *Quem deve ser o guardião da constituição?*

Inicialmente, deve-se consignar que o foco argumentativo de KELSEN era justamente rebater a afirmação de SCHMITT de que o único guardião da Constituição alemã era o presidente do *Reich*, pois, na concepção do autor austríaco, o Tribunal Constitucional deveria ser o guardião da Constituição, como forma de se praticar, inclusive, uma democracia moderna.

Percebe-se, inicialmente, que o marco argumentativo utilizado por cada autor irá, necessariamente, influenciar em suas concepções acerca da democracia.

Tanto é verdade, que o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar MENDES, em texto de apresentação à obra traduzida do autor alemão, aduz que, “a recusa de SCHMITT em aceitar o controle concentrado de constitucionalidade encontra sua origem na própria concepção que o autor fazia de Constituição”.¹²⁵ E essa concepção, segundo Gilmar MENDES, “seria, na verdade, a decisão consciente de uma unidade política concreta que define a forma e modo de sua existência”.¹²⁶ Ou

¹²⁴ SCHMITT, Carl..., Op. cit. p. 102.

¹²⁵ Ibidem, p.xi

¹²⁶ Idem.

seja, o presidente do Reich, conforme já aduzido, estaria legitimado democraticamente para tal mister, ao contrário do Poder Judiciário.

KELSEN, todavia, inicia sua obra lembrando um dos princípios básicos do direito, qual seja: “ninguém pode ser juiz em causa própria”¹²⁷. E o que o autor quis afirmar com isso? Ora, que o poder político, na figura do presidente do Reich, não pode ser o guardião de suas próprias atitudes.

O autor relembra que a teoria da Constituição do século XIX, fulcrada no princípio monárquico, defendia a ideia de que o monarca era o efetivo guardião da Constituição. Mas, segundo KELSEN, o que se queria na época, em verdade, “era impedir uma eficaz garantia da Constituição, pelo menos contra violações por parte de quem mais ameaçava, ou seja, o próprio monarca, ou mais precisamente, o governo”.¹²⁸

Então, segundo a afirmação do professor austríaco, seria ilógico que um poder pudesse punir, ou até mesmo frear, suas próprias atitudes. Em verdade, auferir ao Reich a incumbência de guardião da constituição seria uma forma irracional de assegurar, ilimitadamente, aquele poder.

Quanto à neutralidade, KELSEN afirma que não há na doutrina de SCHMITT argumentos sólidos capazes de constatar a imparcialidade do presidente do Reich, fato que o tornasse mais apto a enfrentar as questões sociais mais relevantes. Não obstante, mitigando e colocando em voga tal afirmação, KELSEN aduz que a constatação do professor alemão é facilmente rebatida, pois “o juiz já é impelido à neutralidade já por sua ética profissional.”¹²⁹ O que não ocorre com os detentores do poder político.

Ainda, o autor faz o seguinte questionamento: “De quem podemos dizer que se coloca como poder especial neutro, um tribunal destinado a nada mais que exercer um controle constitucional ou o chefe de Estado.”¹³⁰

O próprio KELSEN responde, afirmando que “o chefe de Estado não seja exatamente o órgão mais indicado para a função de controle constitucional”.¹³¹ E

¹²⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 280.

¹²⁸ Ibidem, p.240/241.

¹²⁹ Ibidem, p.284

¹³⁰ Ibidem, p. 286

quanto à neutralidade, mensura que “particularmente quando à independência e neutralidade, ele não possui qualquer vantagem diante de um Tribunal Constitucional”.¹³²

Em relação à democracia, KELSEN afirma que não é possível afirmar que um tribunal não possa ser democrático assim como qualquer outro órgão, inclusive, para ele, SCHMITT não consegue provar tal fato, o que inviabiliza ou reduz a prevalência do chefe do Estado e detrimento do Judiciário.

Não é demasiado afirmar que as aspirações de Carl SCHMITT foram cabalmente relativizadas, teoricamente, por KELSEN.

E mais, não só foi rebatida teoricamente. A prática mostrou, tragicamente, que a teoria de SCHMITT poderia ser utilizada para alicerçar poderes déspotas e autoritários de forma legítima.

E foi o que ocorreu, Hitler¹³³ chegou ao poder sem romper qualquer legalidade existente à época. Ascendeu ao poder político utilizando-se do próprio sistema constitucional para tanto, não havendo qualquer ilegalidade em sua manobra.

Por isso mesmo que KELSEN, naquela época, já defendia a jurisdição constitucional num papel central para defesa de um sistema democrático moderno. Se assim fosse, Hitler poderia não ter chegado ao poder, não de forma tão fácil.

Essa discussão acerca da importância da jurisdição constitucional e a sua tensão com o princípio democrático não se esvaiu nos textos desses dois grandes juristas do passado. Ainda é latente e recorrente tal assunto.

¹³¹ Idem.

¹³² Idem.

¹³³ Para o Min. Gilmar Mendes, em apresentação da obra de Carl Schmitt. “vencedor do embate judicial realizado no caso Prússia contra Reich, Carl Schmitt também ganhara, aparentemente, a disputa intelectual sobre quem realmente deveria ser o guardião da constituição. Em decisão de 25 de outubro, o Tribunal do Estado negava-se a definir os limites da atuação do Presidente e de seu Chanceler. Ambos foram livres, assim, para agirem contra as poucas instituições democráticas de Weimar que ainda desempenhavam algum papel relevante no cenário político alemão de 1932. A história mostraria, contudo, que a vitória de Schmitt não era definitiva. Três meses após a decisão do caso Prússia contra Reich, Hitler chegava ao poder sem romper com nenhum aspecto de legitimidade existente à época. Concretizava-se, em certo sentido, a previsão de Schmitt: o sistema político de Weimar permitiria que seu maior inimigo assumisse o poder e destruísse, de dentro do sistema, todo o regime constitucional de 1919. A história parecia dar alguma razão a Kelsen. Na famosa conferência proferida a Associação dos Professores Alemães de Direito Público Kelsen deixou claro que o papel da jurisdição constitucional haveria de ter um papel central em um sistema democrático moderno.” SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição...** op.cit. p.xii, xiii

Assim, no próximo tópico, far-se-á uma análise contemporânea acerca da discussão teórica sobre o tema ora discutido.

2.5 O NOVO PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Observou-se, ao longo das discussões outrora, que os argumentos para superação de modelos dogmáticos sempre ladeiam as aspirações sociais.

Primeiramente, o positivismo nasce na intenção de criar um método científico capaz de elidir a arbitrariedade e tornar mais racional o direito, ainda que o confundisse com a estreita legalidade.

Depois, ao perceber, na prática, que tal modelo não logrou o êxito estimado, sobretudo em se tratando de direito constitucional, engendrou-se um modelo constitucional aberto aos princípios de dignidade humana, moralidade, justiça e etc.

É fato que o direito deve atender aos anseios de uma determinada sociedade. Também é elementar que essa sociedade pugna por segurança e estabilidade jurídica. Por isso, na realidade brasileira, por exemplo, tem-se um ordenamento jurídico complexo, talvez, inclusive, para atender sua imensa complexidade social.

Porém, percebeu-se, que não é pelo fato de se constatar leis escritas, postas hierarquicamente num ordenamento jurídico e criadas dentro de critérios formais pré-estabelecidos, que, por consequência lógica, ter-se-á um positivismo jurídico.

O Constitucionalismo mitigou todas as estruturas fundamentais do positivismo clássico. Não se pode mais falar em estreita separação de poderes, em formalismo, legalismo. Esse novo modelo, pós-positivismo, relativizou todas as certezas defendidas pelo positivismo clássico.

Essa nova concepção permite se fazer controle de constitucionalidade das leis criadas pelo legislativo, ainda que esse seja, em tese, o representante da maioria.

Não obstante, nota-se a inequívoca importância da jurisdição constitucional, dos novos métodos de hermenêutica, inclusive da possibilidade do próprio poder judiciário criar normas, ainda que seja como legislador negativo.

Há uma mudança latente de paradigma. Esse, muitas vezes, impulsionado pela complexidade da sociedade, pelos novos direitos, novos anseios sociais, até mesmo pela dinamicidade política.

E os benefícios dessa mudança de paradigma são latentes, isso porque essa minoria tem participação efetiva nas decisões políticas, ainda que seja pela via judiciária, por meio de ações constitucionais.

Todavia, aos olhos dos conservadores (para não dizer positivistas), esse processo ou fenômeno deve ser analisado com certa cautela, seja no aspecto concernente à separação dos poderes, em razão de um suposto ativismo judicial, seja em relação ao domínio exacerbado do judiciário nas decisões políticas (a nominada judicialização da política), quer seja pela “questão democrática”.

De outra banda, esse fenômeno de centralidade dos Tribunais, sobretudo quando se discute a efetivação de direitos fundamentais, se dá, igualmente, pelo fato de as constituições ditas “modernas” serem abarcadas por princípios abertos e difíceis de serem interpretados por intermédio apenas de uma lógica formalista. Por isso, várias teorias hermenêuticas são engendradas para discutir a questão de aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Na concepção de Bianca STAMATO, essa questão (ativismo judicial) se torna ainda mais acirrada quando estamos diante do processo de interpretação dos princípios constitucionais. Isto é, a dificuldade quanto “à interpretação das normas constitucionais, plasmadas na forma de princípios morais abstratos, reside na desconfiança quanto à possibilidade de um grupo pequeno de técnicos (juristas), desprovidos de autoridade democrática, atingir a resposta correta no que toca preceitos de ordem moral”.¹³⁴

A divergência orbita, em verdade, em torno da “questão democrática”, ou seja, se a Suprema Corte tem legitimidade para decidir assuntos que deveriam ser levados

¹³⁴ STAMATO, Bianca..., Op. cit. p. 134/135.

aos representantes do povo, a saber, o Poder Legislativo. Entretanto, como se observou nos tópicos antecedentes, esse impasse pode ser sopesado sem maiores dificuldades.

Importa consignar, por outro lado, que a legitimidade do Supremo Tribunal em efetivar esses novos paradigmas constitucionais não está, obviamente, pela notoriedade midiática daquela Corte. Pelo contrário, essa legitimidade está assentada justamente na concretização evolutiva que a democracia e os direitos fundamentais vêm passando nas últimas décadas, ou seja, que questões de larga repercussão política ou social passaram a ser apreciadas pelo Poder Judiciário por conta da baixa representação política dos grupos nominados como minorias.¹³⁵

Outro aspecto que se deve mensurar em relação essa denominada judicialização da política no Brasil, atine à questão de suas causas, isto é, os motivos que alicerçaram esse fenômeno.

Em relação à Judicialização da Política, Estefânia BARBOZA atribuiu esse fenômeno ao fato de as “Cortes Constitucionais de diversos países têm sido cada vez mais demandadas a resolver litígios que envolvam desde questões relacionadas aos direitos de liberdade (liberdade de expressão, liberdade religiosa e direito à privacidade) a questões relacionadas ao biodireito, aborto, políticas públicas na área de saúde, educação, meio ambiente, processo eleitoral, união homoafetiva e etc”.¹³⁶

Especificamente na realidade brasileira, nas constatações de BARROSO, tal fato se deve a três causas ou acontecimentos. O primeiro concerne ao processo de redemocratização do Brasil, fato que “fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira”¹³⁷. O segundo, para ele, está ligado ao processo de constitucionalização abrangente, “que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária.”¹³⁸ A terceira e derradeira causa seria o

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** Revista Atualidades jurídicas nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em www.oab.org.br/oabeditora. Acesso em 16 de junho de 2012.

¹³⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz Barboza. **Stare decisis...**, Op. cit. p. 75.

¹³⁷ Ibidem, p. 4

¹³⁸ Idem.

próprio sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, já que, com isso, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

Analisando as constatações de BARROSO, não é demasiado afirmar que esse processo de fortalecimento da judicialização da política está entrelaçado aos anseios da própria sociedade. Quer dizer, à medida que a sociedade almeja novas aspirações, a figura do Poder Judiciário se torna ainda mais central.

Isso todavia não quer dizer, todavia, que há uma prevalência de um poder sobre o outro, e sim que há uma nova sistemática jurídica capaz de efetivar e proteger determinados grupos sociais, ou seja, um novo modelo constitucional.

E mais, além desse novo modelo ser efetivamente um mecanismos de proteção, passa-se, agora, a ser, igualmente, um mecanismo de efetivação, pois, atualmente, não se está apenas buscando a proteção de determinado grupo (seja minoria ou não), mas sim a efetivação de seus direitos fundamentais.

Não é mais crível afirmar que o direito se esgota na própria lei somente por ter sido ela criada formalmente por uma classe aparentemente legitimada. Até mesmo o conceito de democracia (substantiva e representativa), por causa desse novo modelo, é diuturnamente repensado. As novas constituições carregam em seu bojo critérios de controle de legalidade calcados, não raramente, em princípios abertos, difíceis de serem entendidos apenas por critérios formais de interpretação.

Não obstante, por causa da globalização, tratados internacionais, o Direito não se limita mais aos seus preceitos internos (conjunto de leis praticadas num determinado território), há, também, uma ruptura de paradigma nesse sentido, pois as constituições modernas carregam cláusulas de abertura para o direito alienígena, externo.

O constitucionalismo, como novo modelo, faz com que o ideário positivista seja superado por carência de efetivação, na atualidade, de sua ideologia. A complexidade social e, sobretudo, os antecedentes históricos do positivismo jurídico, fez com que seus pilares fossem destruídos, esquecidos na penumbra dos Estados totalitários e dos regimes ditatoriais.

Vivencia-se a busca pela dignidade da pessoa humana. Aspira-se, incessantemente, a efetivação, em sua ampla complexidade, dos direitos fundamentais. E, para isso, a aproximação entre direito e moral é inevitável. Até porque, quando afastados, as consequências não foram as melhores do ponto de vista social e humano. A busca pela racionalidade do sistema jurídico deve ter como fio condutor princípios de justiça, moralidade, ética, dignidade e etc., e não apenas um formalismo como garantia da segurança.

Destarte, vê-se a dimensão dos conceitos de positivismo jurídico, democracia, jurisdição constitucional e direitos fundamentais são diuturnamente repensados com fulcro nos anseios contemporâneos.

Ora, à medida em que o conteúdo relacionado à moral é excessivamente complexo, apenas a partir da resolução dos casos concretos é que teremos a real noção de suas vicissitudes práticas. Por isso, nota-se a importância da jurisdição constitucional nesse aspecto.

Todavia, necessário se faz apontar algumas dificuldades para o “exercício” da jurisdição constitucional. Isso porque, ainda assombrado pela teoria positivista, critica-se o caráter demasiadamente subjetivista e, por conseguinte, a falta de segurança jurídica em se levar uma demanda de grande complexidade ao judiciário para que esse possa, efetivamente, esmiuçar o conteúdo moral de certos direitos.

Cita-se, por oportuno, os apontamentos realizados por Estefânia BARBOZA nesse particular:

Diversos países vêm adotar constituições democráticas com catálogos de Direitos Fundamentais – como aconteceu no Brasil com a Constituição Federal de 1988 – ou incorporar documentos internacionais para proteção dos direitos humanos. A mudança de aplicar nas estruturas jurídicas do sistema de civil Law para dar primazia aos direitos humanos fundamentais altera substancialmente o papel da jurisdição constitucional na interpretação do direito, na medida em que não é possível uma definição a priori desses direitos. Ou seja, em que pese muitas vezes estarem expressos num documento escrito, não há como prever o resultado de sua interpretação no caso concreto.¹³⁹

¹³⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...**Op. Cit. p. 67

Nessa nova sistemática jurídica, vê-se que o papel do Poder Judiciário, mais precisamente da jurisdição constitucional, se reveste de importância significativa no cenário jurídico e, também, político contemporâneo.

Ainda tratando sobre os motivos que calçaram esse fortalecimento do Poder Judiciário, Estefânia BARBOZA aduz que

Com a Revolução dos Direitos Humanos ocorrida no pós-guerra, adoção de constituições democráticas com declarações de direitos fundamentais, a assunção dos direitos humanos e fundamentais com status de supremacia no âmbito político e jurídico das sociedades contemporâneas, percebe-se um crescimento da atividade das supremas cortes e cortes constitucionais em diversos Estados, tanto aqueles com tradição no civil law quanto aqueles com tradição no common Law.¹⁴⁰

Depurando-se os argumentos de BARBOZA, nota-se que a centralidade do Poder Judiciário é consequência de três fatores, quais sejam: a revolução dos direitos humanos, adoção nas constituições dos direitos fundamentais e, por derradeiro, a assunção dos direitos humanos com status de supremacia política e jurídica.

Em relação à revolução dos direitos humanos, podemos afirmar que esse fato está ligado, umbilicalmente, ao período pós-guerra, conforme se observou em tópico específico no presente trabalho. Todavia, nesse particular, vale mensurar que, após aquele período, a racionalidade do Direito passou por vultosa remodelação, seja pela superação do paradigma positivista, seja pela aproximação entre direito e moral. E, como se sabe, a moral tem seu conteúdo aberto, ou seja, ela não pode e nem deve ter uma definição *apriorística*, pré-compreendida, haja vista sua estreita relação com as aspirações sociais contemporâneas, isto é, ao seu tempo atual. E, não raramente, o Poder Judiciário é chamado para, no caso concreto, racionalizar acerca de uma moralidade específica, isso devido ao seu papel de garantidor dos direitos fundamentais.

¹⁴⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/m/conteudo.phtml?tl=1&id=1346902&tit=Precedentes-judiciais-e-seguranca-juridica>. Acesso em 23.03.2013 às 09:38.

O segundo aspecto apontado por BARBOZA, assunção dos direitos fundamentais, embora já tenha sido abordado essa temática alhures, inclusive com mais profundidade, revela o fato de que aqueles direitos humanos (esse vislumbrado no plano internacional pelas convenções) são positivados internamente como sendo direitos fundamentais, e esses, ao seu turno, também são abarcados por um conteúdo moral.

Especificamente nesse tópico, vale encartar o pensamento da autora, para quem o crescente papel do:

Poder Judiciário e cortes constitucionais se dá não só do ponto de vista quantitativo, de aumento dos casos e da demanda da sociedade em relação ao Judiciário, mas também sob o ponto de vista qualitativo, passando os tribunais a terem de enfrentar diversos assuntos que envolvem questões políticas, morais, econômicas, de relevante importância para a comunidade. Aliado ao movimento da judicialização da política, tem-se que o caráter aberto das normas de direitos humanos e fundamentais acaba conferindo aos juízes o poder de instituir os valores de moralidade política que irão dar significados a esses direitos, muitas vezes em detrimento de uma deliberação política por parte do Parlamento.¹⁴¹

Quanto ao terceiro aspecto indicado pela autora, a saber, a assunção dos direitos humanos com status de supremacia política, importa salientar que essa supremacia política é efetivada, muitas vezes, apenas nos Tribunais. Isso porque, às vezes, o conteúdo desses direitos humanos é intragável do ponto de vista político, gerando, com isso, um déficit de representação desses grupos ou pessoas. Por esse fato, vê-se a importância do papel do Supremo Tribunal Federal nesse processo de efetivação desses direitos humanos.

Percebe-se, por conseguinte, a lógica sistêmica legitimadora do papel do Supremo Tribunal Federal na efetivação ou proteção, no caso concreto, desses direitos em discussão. Ora, com a crise positivista, superou-se o dogma da estreita separação de poderes, sobretudo com a aproximação entre direito e moral, fato que tornou o conteúdo daqueles direitos abrangentes e de difícil definição *a priori*. Após, com a positivação desses direitos no plano interno (positivismo jurídico- ideologia jurídica-

¹⁴¹ Idem.

não tem qualquer semelhança ou ligação com posituação interna de um direito atrelado à dignidade humana), sobretudo pelo seu caráter aberto, o papel dos Tribunais se tornou ainda imprescindível.

De outro lado, Suzana POZZOLO também nos alerta acerca dessa nova sistemática jurídica, já que parece indiscutível que o Constitucionalismo moderno exige mais esforço argumentativo do intérprete, pois “o direito se torna mais fluído e diminui as áreas de certeza e, simultaneamente, aumenta o encargo da jurisprudência”.¹⁴²

Para além disso, destaca-se, igualmente, as dificuldades encontradas no Poder Legislativo para disciplinar determinadas matérias, sobretudo aquelas menos atraentes do ponto de vista político, como é o caso do aborto, da eutanásia, relação homoafetiva, descriminalização das drogas, fidelidade partidária, moralidade política entre outros assuntos de extrema relevância social e que se mostram desagradáveis do ponto de vista político. Esse é outro impasse para efetiva concretização de diversos direitos fundamentais.

Então, como ficará a discussão e regulamentação desses novos paradigmas, os quais, não raramente, estão entrelaçados com direitos fundamentais? Será que o parlamento estará apto a esmiuçar em suas entranhas esses temas tão polêmicos na sociedade? Se tais assuntos são indelicados do ponto de vista político, quem estará legitimado a garantir e proteger tais direitos?

É por isso que se defende o ideário que esses assuntos e temas somente serão efetivados se houver uma jurisdição constitucional garantidora, que esteja desarraigada de qualquer pressão política, partidária ou econômica.

Não se avenge, também, o fato de referida atividade jurisdicional atingir a clássica teoria da separação dos poderes como forma de garantia da estrutura legalista do Estado. POZZOLO é firme ao mencionar que é importante, agora, considerar a jurisprudência, procurar a função no âmbito de uma “visão que abandonou o mito de uma jurisprudência meramente aplicativa de um ditado legalista pronto para o uso,

¹⁴² DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana..., Op. cit. p.120

mas que ao mesmo tempo não quer abandonar a doutrina da separação dos poderes com todas as suas garantias”¹⁴³.

Não se trata, assim, de um afastamento injustificado das garantias jurídicas proporcionadas pela clássica doutrina da separação dos poderes, nem mesmo um ataque à democracia, cujos argumentos contra esse ativismo judicial gravitam, em síntese, na falácia de uma crise de legitimidade pelo judiciário no processo de “criação das leis” ou regras, e sim de uma forma plausível para proteção de direitos fundamentais através da jurisdição constitucional.

Portanto, garantir a fruição de seus direitos é, efetivamente, a prática da democracia, que também é representada pela minoria.

John Hart ELY é categórico ao afirmar que “a tarefa mais difícil foi, e continua sendo, a de criar maneiras de proteger as minorias sem tirania da maioria, sem incorrer numa contradição com o princípio do governo majoritário”.¹⁴⁴ Contudo, conclui seu pensamento aduzindo que uma maioria totalmente livre é perigosa para agir, então, talvez,” a constituição não escrita por parte das autoridades não eleitas seja a resposta adequada numa república democrática”.¹⁴⁵

É nesse impasse que se defende que, tais direitos, não raramente, somente são garantidos e efetivados no âmbito da jurisdição Constitucional por vias específicas de garantia (Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e etc.).

Ora, se apenas uma maioria representada tivesse instrumentos de garantia de seus direitos fundamentais, aqueles que estivessem fora sucumbiriam, em um verdadeiro ato de atrocidade jurídica. O que já ocorreu na história, conforme se observou nas linhas inaugurais desse texto.

Portanto, o Poder Judiciário, na atualidade, se mostra como importante instrumento para garantir a fruição dos direitos fundamentais das nominadas minorias,

¹⁴³ Ibidem, p. 134

¹⁴⁴ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 12.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 13.

ou até mesmo não sendo assim considerada, todavia, ainda, não tenham seus direitos efetivados, mesmo sendo eles considerados fundamentais.

E o Brasil, ao seu turno, juntamente com outros países ocidentais, todos adeptos ao constitucionalismo tratado alhures, está, não raramente, transferindo o poder político para os tribunais, não sendo demasiado afirmar “que este poder tem saído da esfera de representação parlamentar para o âmbito do Poder Judiciário”¹⁴⁶

Esse fenômeno somente é vislumbrado com a positivação, por assim dizer, dos direitos humanos nas Constituições internas desses países.

Por conseguinte, sendo esses direitos extremamente complexos sob a ótica de sua delimitação ou até mesmo definição, as Cortes desses países são provocadas a tratar do conteúdo desses direitos, tais como liberdade, igualdade, moralidade e etc.

Todavia, essas questões envolvem não só “o conteúdo dos direitos humanos fundamentais, mas também se relacionam muitas vezes a políticas necessárias à sua realização e proteção”¹⁴⁷. Dá-se a essa constatação, ou fenômeno, conforme já se mencionou nas linhas inaugurais desse tópico, a definição de judicialização da política.

Demonstrando a importância mundial desse fenômeno, a professora Estefânia BARBOZA faz um apanhado resumido de alguns países que levaram ao judiciário a discussão de assuntos eminentemente políticos e que tiveram êxito em suas aspirações sociais.

BARBOZA, então, expõe como exemplo os fenômenos ocorridos no Canadá, África do Sul, Itália e Israel para demonstrar a interferência que as Supremas Cortes daqueles países tiveram no cenário político, moral.

No Canadá, após discussão sobre a secessão do Estado de Québec, a Suprema Corte decidiu que seria necessária uma Emenda Constitucional para se legitimar a separação, ainda que a maioria da população fosse previamente a favor da secessão.

Já na África do Sul, transferiu-se à Suprema Corte questões indiscutivelmente políticas e morais, isso porque, após discussão acerca da anistia aos criminosos no período do *apartheid*, decidiu-se pela constitucionalidade da anistia concedida para

¹⁴⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...** Op. cit. p. 74

¹⁴⁷ Ibidem, p. 75

aqueles que por ventura tivesse cometido crimes naquele período, pois estava se buscando uma nova sociedade.

Não obstante, a Itália também é exemplo dessa transferência das questões políticas ao Judiciário, já que naquele país “os juízes assumiram a missão de sanear e moralizar a vida pública no combate a corrupção iniciado com a operação *mani pulite* (mão limpa)”.¹⁴⁸

Em Israel, por pressões da elite política, se buscou no judiciário um modo de manter a hegemonia política e cultural daquela classe, pois havia “crescente presença de políticas periféricas na arena majoritária”¹⁴⁹.

É notória, assim, a importância que o Judiciário ganha nas discussões políticas e morais da sociedade, rompendo com o paradigma de que questões assim devem ser debatidas e decididas pelo poder eleito pelo povo, o legislativo.

Até porque, após a revolução dos direitos humanos, o Judiciário ganhou campo fértil para atuar, pois a ele se incumbiu a missão de buscar os conteúdos daqueles direitos, os quais, como se sabe, são complexos e abrangentes do ponto de vista social.

De outra banda, a sociedade também passou a requerer e a exigir mais acintosamente seus direitos, sendo, inclusive, mais atuante e não ficando inerte à mercê de seus representantes, ao revés, busca-se na figura do Judiciário a efetivação, ou a garantia, de seus direitos, os quais, quase sempre, são taxados como fundamentais e orbitam sob a proteção dos direitos humanos. Essa constatação, a saber, a pró-atividade da população, segundo Estefânia BARBOZA, “pode ser facilmente visualizada com a criação dos Tribunais de pequenas causas, nos quais o acesso independe de representação por advogado”¹⁵⁰.

Na concepção de Estefânia BARBOZA “o Poder Judiciário tem sido utilizado como outra arena política, em que as minorias políticas no âmbito de discussão parlamentar têm a possibilidade de ter protegido seus direitos”.¹⁵¹Essa constatação,

¹⁴⁸ Ibidem, p.80

¹⁴⁹ Ibidem, p. 79.

¹⁵⁰ Ibidem, p.81

¹⁵¹ Ibidem, p.84

não raramente, é criticada por parte da doutrina, cuja argumentação, em síntese, aduz que isso é um afronto ao princípio da separação dos poderes e, principalmente, ao aspecto democrático, já que se estaria usurpando a função do Legislativo, único, segundo essa visão, legitimado a tratar dos interesses políticos da sociedade.

Por isso, no próximo capítulo, far-se-á, de forma mais aprimorada, uma análise acerca da importância do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos novos anseios sociais, sobretudo nesse processo de remodelação do constitucionalismo pós-guerras.

CAPÍTULO III

A FUNÇÃO DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EFETIVAÇÃO DOS NOVOS ANSEIOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADPF Nº 54

3.1 INTRODUÇÃO

É perceptível que, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando um papel ativo na vida institucional brasileira. E tal percepção é notada, sobretudo, por via das reiteradas decisões polêmicas exaradas pela Corte Suprema em relação a determinados assuntos, os quais, diga-se, são controvertidos tanto do ponto de vista social quanto político, isso porque, não raramente, esses paradigmas orbitam na esfera da moral e da ética da própria sociedade. Este fato, por outro lado, também é sentido pela própria população brasileira, que, pela incessante veiculação midiática, passou a ter conhecimento das diversas decisões tomadas pela Corte Suprema brasileira, especialmente, como já dito, àquelas mais polêmicas.

A título de exemplificação, vale colacionar, ainda que resumidamente, uma matéria publicada pelo jornal Folha de São Paulo dando conta dessa apurada visibilidade do Supremo Tribunal Federal, na atualidade, sobretudo no período pós-decisões polêmicas, tais como “marcha da maconha”, racismo (caso Ellwanger), interrupção da gestação de fetos anencéfalos, relação homoafetiva e etc.

No texto engendrado por Ivair HARTMAN (Tribunal se aproxima da pauta da sociedade, mas não precisa decidir como a maioria quer), percebe-se o crescente papel contramajoritário exercido pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos. E esse “papel contramajoritário” decorre, na visão do autor citado, das decisões que, *a priori*, acabam por atender, de certa forma, os anseios de uma minoria específica, cuja representação política é pequena, fato muitas vezes imputado à delicadeza e complexidade do assunto em pauta.

Outra constatação apurada nesse processo de “visibilidade” do Supremo Tribunal Federal, segundo Ivair HARTMANN, resulta da aproximação entre aquela Corte e a própria sociedade em geral, que, por vários motivos, vê, especificamente naquele Tribunal, por conta da credibilidade pelo do afastamento dos Ministros em interesses políticos escusos, a possibilidade de concretização de seus anseios (direitos), ainda que eles, *a priori*, sejam contra a ideologia majoritária prevalente.

Isto é, o Supremo Tribunal acaba por “discutir as questões que preocupam os brasileiros. Mas nem por isso precisa decidir como a maioria quer”.¹⁵² Em outras palavras, a Corte exerce um papel que muitos representantes legislativos não exercem

Destarte, a percepção é de que o STF está cada dia mais próximo dos interesses da sociedade, já o Poder Legislativo, por outro lado, trilha o caminho contrário. E esse fenômeno se dá, entre outros fatores, pelos jogos políticos das bancadas representativas, que, muitas vezes, não querem se indispor com seus eleitores e, conseqüentemente, sobretudo pelo processo de maturação democrática pós-constituição de 1988, quando a população passou a requerer seus direitos e anseios de forma mais acintosa, o judiciário é avocado para tratar desses assuntos, ainda que sejam desagradáveis politicamente.

Explica-se: determinados assuntos põem em risco a própria garantia política (reeleição) de determinados parlamentares cuja representatividade dependa de um específico grupo.

Para ilustrar a afirmação alhures, conjectura-se a seguinte possibilidade: se um representante da classe evangélica aceitasse e, principalmente, votasse a favor da interrupção da gestação de fetos sem formação cerebral completa (anencéfalos), qual seria a repercussão desse seu posicionamento naquele grupo que o elegeu? Mais ainda, a questão das relações homoafetivas no que tange aos seus reflexos patrimoniais e, quiçá, familiares? Deduz-se, pelo empirismo social que o parlamentar seria “limado” por aquela classe. Por isso mesmo, ainda que a atividade proativa do Supremo Tribunal Federal não seja a única e, para alguns, nem mesmo a mais adequada, no

¹⁵² HARTMANN, Ivan. **Tribunal se aproxima da pauta da sociedade, mas não precisa decidir como a maioria quer**. Folha de São Paulo, 13 de Janeiro de 2013. p. A10-.

presente capítulo, porém, pretende-se mostrar, com fulcro na decisão mensurada, e, sobretudo, nos argumentos, *ratio decidendi*, utilizados por seus ministros ao exararem seus votos, que o STF, como guardião da constituição, pode e deve intervir nesses assuntos morais, sobretudo quando efetiva e garante a fruição desses direitos fundamentais postos em xeque.

De outra banda, para intentar tal objetivo, buscar-se-á na doutrina de Ronald Dworkin e na de John Rawls, além de outros autores que também possam corroborar com o objetivo proposto, os argumentos basilares que alicerçam e fundamentam a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para participar dessas questões. Questões essas, diga-se desde já, abarcadas e imantadas em princípios morais.

E a análise dessa questão alicerça o porquê dos argumentos apontados nos capítulos antecedentes, os quais, respectivamente, trataram da evolução do Estado, Sociedade e, por derradeiro, do próprio Direito, já que, como se percebeu, novos paradigmas surgiram indissociavelmente às aspirações sociais, quer seja no período medievo, moderno e, agora, contemporâneo, cujo traço marcante, dentre outros aspectos, é, efetivamente, a crescente importância do Poder Judiciário na efetivação dos novos paradigmas sociais, muitos dos quais, pode-se dizer, são inapropriados do ponto de vista político, razão pela qual se transfere àquele poder a missão de salvaguardar, efetivar e, principalmente, efetivar direitos fundamentais.

No presente capítulo, portanto, como forma de analisar esse processo evolutivo constatado nos capítulos anteriores, analisar-se-á a decisão exarada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, ou seja, a questão da interrupção da gestação de fetos anencéfalos, já que, como se verá mais adiante, o plano de fundo da ADPF nº 54 é, efetivamente, a proteção dos direitos fundamentais de um determinado grupo cuja representatividade política era pequena, seja por conta da carga moral e ética do assunto (vida), seja pela ausência de interesse político em relação ao assunto.

Desde já, ressalta-se que não se pretende adentrar nas questões casuística ou midiática do tema proposto, nem mesmo se aspira fazer uma abordagem verticalizada sobre todos os votos exarados pelos Ministros, e sim realizar uma análise com fulcro nos eventuais direitos fundamentais em xeque no caso concreto proposto, ou seja, quais direitos fundamentais estariam em discussão e, a partir disso, discorrer sobre a legitimidade do Supremo Tribunal Federal em efetivar esses paradigmas à revelia do Poder Legislativo.

Antes, porém, far-se-á uma análise acerca do embate existente entre revisão judicial (*judicial reviews*) e a democracia, especialmente ao que tange a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, na atualidade, em decidir questões que, *a priori*, deveriam ser apreciada pelos órgãos de representatividade popular, para que, ao tratar do julgamento propriamente dito, tenha-se combatido e apresentados o motivos que ensejam tal atuação do Supremo Tribunal Federal no caso proposto.

3.2 REVISÃO JUDICIAL, DEMOCRACIA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Notou-se, ao longo das discussões tratadas nos capítulos precedentes, que, no período pós-guerras, as constituições, por serem enxertadas por cláusulas abertas, transformaram-se, por assim, em um campo fértil para discussão dos direitos fundamentais e seu alcance real no caso concreto, especificamente ao que tange a sua interpretação.¹⁵³

Sabe-se, por outro lado, da importância, nesse processo de interpretação, do *judicial reviews* norte americano, cujo pilar metodológico é a relativização da regra da maioria.

Eduardo APPIO, tratando acerca dessa característica contramajoritária do *judicial reviews*, assenta que:

¹⁵³ STAMATO, Bianca..., Op. cit. p.133.

A regra da maioria pode ser facilmente se converter em ditadura das maiores, especificamente nas sociedades pós-modernas, imersas em um universo marcado pela tecnologia da informação (comunicação social). Gays, mulheres, negros e minorias de uma maneira geral, por ausência de força política suficiente em sua representação no Congresso, seriam reféns permanentes da intolerância das massas. Em uma sociedade que aspira o pluralismo como um dos seus principais objetivos históricos, a regra da maioria deve ser revista, o que significa dizer que o judiciário tem a missão de preservar um espaço intangível de individualidade humana.¹⁵⁴

E esse sistema norte-americano de revisão judicial, ainda na concepção de APPIO, “tem sido considerado um modelo de sistema democrático de contenção de conflitos sociais e políticos, sem o qual dificilmente poderíamos conceber a pluralidade (e riqueza) de correntes filosóficas, étnicas, políticas e sociais nos Estados Unidos”.¹⁵⁵

John RAWLS, um dos filósofos de maior expressão das últimas décadas, alerta acerca do papel exercido pelo Poder Judiciário atualmente na moderna filosofia jurídica, e afirma que:

Temos de distinguir entre o modo como o ideal de razão pública se aplica aos cidadãos comuns e o modo como se aplica às diferentes autoridades públicas estatais. Esse ideal se aplica aos fóruns oficiais e, portanto, aos legisladores, quando se manifestam no plenário do Parlamento, e ao Executivo, em seus atos e pronunciamentos públicos. Também se aplica, de maneira especial, ao Judiciário e, sobretudo, a um tribunal supremo em uma democracia constitucional na qual exista um controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Isso acontece porque os juízes têm de explicar e justificar suas decisões com base no entendimento que têm da constituição e das leis e precedentes pertinentes. Como os atos dos poderes Executivo e Legislativo não necessitam justificar-se dessa maneira, o papel da Suprema Corte faz dela um exemplo de razão pública.¹⁵⁶

Percebe-se que John RAWLS concede valor elevado ao fato de o Poder Judiciário, na figura da Suprema Corte, ter que justificar suas decisões, e que elas ainda sejam calcadas na Constituição, nas leis e nos precedentes pertinentes.

E mais, RAWLS entende que esse papel central exercido pela Corte Suprema acaba por se revelar, contemporaneamente, como critério para o exercício de uma democracia moderna e, sobretudo, constitucionalizada.

¹⁵⁴ APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.41.

¹⁵⁵ Ibidem, p.46

¹⁵⁶ RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 254.

É justamente esse argumento defendido ao longo dos capítulos antecedentes, os quais serviram de calço teórico para subsidiar o argumento proposto, a saber, que, ao se deparar com assuntos acerca da efetivação de direitos fundamentais, cujo arcabouço moral é extremamente elevado, fato que torna dificultosa a atividade legislativa, seja por critérios pessoais ou até mesmo políticos, o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade democrática para dar conteúdo àquele direito posto em discussão.

John RAWLS também entende que a Suprema Corte exerce um importante papel no processo de efetivação da razão pública na sociedade, isso porque, em seu papel de “revisão judicial”, a razão pública será mais facilmente percebida pela Corte Suprema. RAWLS encarta que a razão pública é bastante apropriada para ser a razão do tribunal e, ao exercer seu papel de intérprete último da lei mais alta, acaba por ser revelar um verdadeiro exemplo de razão pública.

Na mesma toada, RAWLS defende que toda Constituição democrática é fundada em princípios cujo objetivo é, efetivamente, resguardar um ideal político, sendo o objetivo da razão pública, portanto, articular esse ideal.

Noutro momento de sua obra (o liberalismo político), RAWLS faz a distinção entre a lei mais alta (Constituição) e a lei ordinária, afirmando que “a lei mais alta é a expressão do poder constituinte do povo e é investida da autoridade mais elevada vontade do nós, o povo, ao passo que a legislação ordinária se reveste da autoridade e constitui a expressão do poder ordinário do Parlamentar e do eleitorado. A lei mais alta obriga e guia este poder”.¹⁵⁷

Mais adiante, RAWLS evidencia a importância da Constituição em seu papel democrático, de modo a, inclusive, afirmar que essa democracia é possível em virtude de a Constituição ser abarcada por princípios, os quais, segundo sua teoria, seriam o alicerce político para um povo se autogovernar.¹⁵⁸

Por outro viés, o filósofo também encarta a importância de se relativizar o poder supremo em relação à Constituição, afirmando que “o poder supremo não pode ser

¹⁵⁷ RAWLS, John..., Op. cit. p. 273.

¹⁵⁸ Idem.

depositado nas mãos da legislatura, nem mesmo de um tribunal supremo, que é somente o intérprete de última instância da Constituição”.¹⁵⁹

Então, sendo a Constituição dividida em poder constituinte e poder originário, RAWLS evidencia esse caráter dualista da democracia constitucional, e, por isso mesmo, ao seu sentir, “um tribunal supremo encaixa-se nessa ideia de democracia constitucional dualista, como um dos dispositivos constitucionais para proteger a lei mais alta”.¹⁶⁰ E afirma, mais adiante, “que, ao aplicar a razão pública, o tribunal age para evitar que a lei seja erodida pela legislação de maiorias transitórias eventuais ou, o que mais é provável, que corresponda a interesses estreitos, organizados e muito bem posicionados para fazer valer seus pontos de vistas. Se o tribunal assume esse papel e o cumpre de forma efetiva, é incorreto afirmar que isso é claramente antidemocrático”.¹⁶¹

Em outra passagem do seu texto, desta feita defendendo a condição da Corte Suprema como instituição democrática e, sobretudo, protetora dos princípios constitucionais, RAWLS sublinha que “o tribunal não é antimajoritário em relação à lei mais elevada quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a própria Constituição, com as emendas que recebeu com as interpretações feitas sobre ela que tenham sido politicamente determinadas”.¹⁶²

É inarredável a importância das teorias de John RAWLS nesse processo de remodelação dos paradigmas filosóficos e, sobretudo, constitucionais das últimas décadas. Percebe-se que o filósofo em apreço tem grande zelo por proteger a razão política e social das ingerências do Poder Legislativo, por outro lado, todavia, também não confere poder irrestrito à Corte Suprema para interpretar a Constituição, inclusive ressalta que aquela corte tem que se ater aos princípios do poder constituinte e, principalmente, da razão pública contida na Constituição, porém, mesmo assim, o Judiciário acaba, de certa forma, sendo protagonista neste dualismo democrático entre poder originário e ordinário, devendo, com isso, sempre preservar a incolumidade do

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ Ibidem, p.276

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² Idem.

primeiro em detrimento do segundo, ainda que, aos olhos de muitos, isso se revele em uma ação contramajoritária, vez que, ainda que assim seja, essa ação ainda se revela inequivocamente democrática.

Em suas próprias palavras, John RAWLS exara que:

Dizer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa dizer também que cabe aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição que sejam capazes, valendo-se para isso de seu conhecimento sobre o que a Constituição e seus precedentes requerem. A esse respeito, a melhor interpretação é a que a melhor se ajusta ao corpo pertinente desses materiais constitucionais e aquela que justifica com base na concepção pública de justiça ou em variante razoável dela. Ao fazerem isso, espera-se que os juízes possam recorrer – e de fato recorreram – aos valores políticos da concepção pública, sempre que a própria Constituição invoque, expressa ou implicitamente, esses valores, como o fazem, por exemplo, em uma carta de direitos que garante o livre exercício da religião ou igual proteção das leis. O papel do tribunal nisso é parte da publicidade da razão e constitui um aspecto do papel amplo, ou educativo, da razão pública.¹⁶³

Visualiza-se, na doutrina de RAWLS, que a Corte Suprema é legitimada para exercer esse papel de garantidor dos direitos fundamentais encartados numa certa Constituição, principalmente por ser esse tribunal atrelado aos próprios fundamentos da razão pública. Em outras palavras, quer dizer o autor que o Tribunal está comprometido com os valores arraigados na própria sociedade, seja pelo compromisso de exarar uma decisão comprometida com os princípios constitucionais, seja por, ao fazerem essa interpretação valorativa, terem que buscar na concepção de justiça os argumentos utilizados para justificar sua decisão.

Para além disso, a questão da necessidade de o Poder Judiciário ter que justificar e motivar suas decisões para que possam, inclusive, se revestirem de credibilidade e, principalmente, validade, o que não ocorreria com o Legislativo, é um dos fatores evidenciados na teoria de RAWLS, posto que o Legislativo, ao seus olhos, não assume qualquer compromisso legal ou institucional no processo de justificação de suas decisões, já o Judiciário, ao seu turno, tem o compromisso de justificar e motivar suas decisões, seja com esteio nos princípios constitucionais, quer seja com base em seus próprios precedentes.

¹⁶³ RAWLS, John..., Op. cit. p. 279.

Ora, o critério majoritário pode ser afastado sem maiores percalços pela Corte Suprema quando da sua revisão judicial, porém, para tanto, ela precisa se escorar na moralidade constitucional encartada pelo constituinte, mesmo que, para isso, tenha que agir de forma contramajoritária, o que não significa que ela tenha agido de forma antidemocrática. Ou seja, deve, de certa forma, atender os anseios de uma sociedade cada vez mais dinâmica e complexa em suas relações, fazendo com que a cada dia novas minorias surjam e reivindiquem seus direitos, os quais, muitas vezes, estão abarcados pelos direitos fundamentais e, por isso mesmo, devem ser garantidos e preservados pela Suprema Corte.

No caso do Brasil, particularmente, essa multiplicidade ou pluralidade é ainda mais latente, sobretudo se analisarmos a complexidade étnica encontrada em nosso país, onde o multiculturalismo é grande. Esse fator, por si só, torna as relações e, sobretudo, os anseios sociais cada dia mais dinâmicos, fazendo com que novos paradigmas constitucionais surjam em um curtíssimo tempo. Por esses motivos, não se aceita mais a “eticidade” vivida pelas gerações passadas como modo de vida. E essa “não aceitação” se dá por conta da ausência de representação no processo de decisões tomadas à época.

Por isso mesmo, a concepção de dignidade e felicidade é diuturnamente repensada. Os grupos nominados como minorias passam a requerer seus anseios de forma mais acintosa, não se contentando mais apenas com a elementar teoria de democracia majoritária. Esses fatores, apenas para citar alguns, tornam o poder judiciário cada vez mais acionado, inclusive para dirimir e efetivar os direitos desses grupos, cujos anseios, não raramente, orbitam nos direitos humanos, fundamentais, por isso, inclusive, de sua complexidade e importância.

Luis Roberto BARROSO esclarece bem esse processo de reformulação da sociedade brasileira em relação à busca pelos direitos fundamentais. Para tanto, ele constata que alguns fatores foram essenciais para esse fenômeno, tais como: a) a redescoberta pela cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos seus próprios direitos; b) a criação de novos direitos pelo texto constitucional; c) a

remodelação da figura dos juízes e tribunais como meios de efetivação desses novos direitos.¹⁶⁴

A sinergia entre esses fatores, segundo BARROSO, corroboraram para verificação, sobretudo no Brasil, de “uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final”.¹⁶⁵ E essa judicialização envolve, além de outras questões, tais como relação entre poderes (quebra de sigilos e decretação de prisão), questões do dia a dia (cobrança de assinaturas telefônicas), bem como assuntos norteados por direitos fundamentais (legitimação para interrupção da gestação, relação homoafetiva e etc.).

Por outro, é sabido que a ideia primária atinente à separação de poderes, criada por Montesquieu¹⁶⁶, não tem mais espaço em nossa contemporaneidade. E vários são os motivos. Pode-se citar, por exemplo, o fortalecimento dos Tribunais como guardiões da constituição, conforme se observou nos tópicos alhures das discussões travadas entre Carl SCHMITT e Hans KELSEN. Igualmente, cita-se o fortalecimento institucional do Poder Judiciário, crescente desde a revolução americana, essa, por sua vez, calcada nos ideais dos federalistas, que, naquela época, já primavam por um judiciário forte e independente, inclusive alicerçados pela garantia da estabilidade dos magistrados.

Por isso, como sinônimo de uma democracia moderna, o Supremo Tribunal Federal tornou-se guardião dos anseios da sociedade contemporânea, inclusive se

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito...**, Op. cit. p. 407.

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ Na concepção de Paulo Bonavides, “o princípio da separação de poderes, de tanta influência sobre o moderno Estado de direito, embora tenha tido sua sistematização na obra de Montesquieu, que o empregou claramente como técnica de salvaguardar a liberdade, conheceu todavia precursores, já na Antiguidade, já na Idade Média e tempos modernos. Distinguiria Aristóteles a assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo de judiciário; Marsílio de Pádua no Defensor Pacis já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim a Escola de Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf, ao falar em partes potenciales summi imperii, se aproximara bastante da distinção estabelecida do Montesquieu. Em Bodí, Swift e Bolingbroke a concepção de poderes que se contrabalançam no interior do ordenamento estatal já se acha presente, mostrando quão próximo estiveram de uma teorização definida a esse respeito. Locke, menos afamado que Montesquieu, é quase tão moderno quanto este, no tocante à separação de poderes. Assinala o pensador inglês a distinção entre os três poderes- executivo, legislativo e judiciário- reporta-se também a um quarto poder: a prerrogativa. Ao fazê-lo, seu pensamento é mais autenticamente vinculado à Constituição inglesa do que a do autor de Do espírito das Leis. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 146-147

revela como sendo um verdadeiro protetor das minorias, sobretudo quando os direitos fundamentais daquele grupo estão em risco ou mesmo sequer são efetivados. E se tratando a celeuma de aplicação de princípios constitucionais, obviamente essa atividade será precedida de uma discussão em torno do conteúdo e abrangência desses direitos, ainda mais se estiverem em colisão com outros princípios fundamentais.

Todavia, embora vários sejam os benefícios desse fenômeno, não se pode olvidar, igualmente, que é necessária certa cautela nesse processo. E essa cautela tem estreita ligação com o procedimento a ser adotado nesse processo de efetivação de direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, a preocupação gravita em torno da racionalização hermenêutica que o magistrado dispensará em determinado caso concreto. Ou seja, quais serão os métodos adotados e, por qual motivo, eles serão “os métodos adequados” para resilir aquele caso específico.

Na concepção de Ronald DWORKIN, o judiciário está legitimado a proceder à leitura moral da Constituição.¹⁶⁷ Ainda que, para tanto, tenha que criar um novo direito (ativismo judicial). Em sua obra “Levando os direitos a sério”, DWORKIN, em suas notas introdutórias, tratando sobre o que seria o direito, afirma que, num sentido trivial, “é inquestionável que os juízes criam o direito toda vez que decidem um caso importante. Anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a disposição, por exemplo, que a segregação é inconstitucional, ou que os operários podem obter indenização em juízo por danos provocados por companheiro de trabalho – nunca oficialmente declarados”.¹⁶⁸

Essa celeuma justamente resulta do fato de o direito não ser uma ciência exata, cujos fundamentos e conceitos são fáceis de serem declarados. Esse embate entre juristas, advogados, juízes e população torna dificultosa qualquer definição apreçada do direito. Isto é, “esse debate seria suficientemente claro – e poderia ser resolvido com facilidade –, pelo menos caso acaso – se todos estivessem de acordo quanto ao que é o direito, se não houvesse divergência teórica sobre os fundamentos do direito.

¹⁶⁷ STAMATO, Bianca... Op. cit. p. 135

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 9.

Então, seria fácil verificar se o direito antes da decisão da Suprema Corte era, de fato, aquilo que tal decisão declarou ser”.¹⁶⁹

John Hart ELY, tratando acerca da desconfiabilidade do processo legislativo, faz algumas divagações acerca da importância da Suprema Corte americana à causa feminina. Isso porque, como é sabido, o acesso à representação política feminista, até meados do século XVIII, sempre foi pequena, razão pela qual as decisões sobre assuntos atinentes às mulheres eram suspeitas.

Nas palavras de ELY, “quando a lei é suspeita por causa daquilo que chamo de preconceito em primeiro grau, ou mesmo quando foi infectada por uma forma mais sutil de estereotipação (em que o grupo negativamente afetado não tinha acesso real à representação na época da aprovação da lei, e ainda não o tem), a única solução apropriada consiste em anular a classificação”.¹⁷⁰ Mais adiante, tratando sobre o efetivo papel do judiciário nesse processo de desconfiança representativa, o autor afirma que “a alternativa óbvia consiste em fazer com que o judiciário restabeleça o equilíbrio substantivo, tentando não deixar que os preconceitos que aparentemente influenciam o Legislativo tenham algum papel nesse processo (...)”.¹⁷¹

Os argumentos utilizados pelo autor americano reforçam as preocupações ventiladas, a saber, que o processo de representação muitas vezes é mínimo e, além disso, as pessoas que participam do processo legislativo de decisões, por outro lado, não se abstêm de diminuir os direitos daquela minoria que não participa do processo de decisão.

Só por esse motivo, ELY afirma que se deve desconfiar desse processo, e, caso se vislumbre um preconceito implícito na lei, deve o judiciário intervir e restabelecer, de certa forma, o equilíbrio substantivo. Por outro lado, aduz que tal matéria impugnada deve ser levada novamente ao processo legislativo para as deliberações necessárias.

Todavia, levada essa matéria aos órgãos de representação, se mesmo assim ainda não forem sanados o que o autor nomina de “preconceitos de primeiro grau”, o

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito...** Op. cit. p. 9

¹⁷⁰ ELY, John Hart..., Op. cit. p. 225.

¹⁷¹ Ibidem, p. 226.

papel da Corte Suprema é ainda mais relevante para declarar tal lei ou dispositivo inconstitucional.

Em suas próprias palavras ELY discorre que, “nos casos de preconceitos de primário grau, ou estereótipos autoengrandecedores numa situação em que o acesso do grupo em desvantagem permanece obstaculizado, a alternativa de enviar a questão de volta para os poderes políticos para que seja examinada pela segunda vez não seria aceitável: não devolvemos um litígio a um júri manipulado”.¹⁷²

Em outro viés, significa dizer que, mesmo que o Tribunal remeta tal assunto pra apreciação dos poderes políticos, ainda assim deve-se observar se os membros ou grupos envolvidos na discussão estão representados politicamente. Caso contrário, sana-se tal celeuma por meio da declaração de inconstitucionalidade da norma. São de suma importância as proposituras realizadas por ELY, sobretudo ao que concerne o importante papel da Suprema Corte nesse processo dialético.

Ainda sobre o tema, só que desta feita tratando especificamente acerca da justiça constitucional, necessário se faz trazer à baila as teorias de Ronald DWORKIN e John RAWLS sobre tema, tratando das similitudes e divergências de suas teorias e a importância do tema na compreensão da justiça constitucional.

Especificamente ao que tange as similitudes, não é demasiado mensurar que ambos buscam uma teoria que intenta dar efetividade à Constituição e, sobretudo, aos direitos fundamentais, com especial foco aos direitos individuais e às liberdades.

DWORKIN, de certa forma, acaba por ponderar as assertivas de RAWLS, especialmente ao que concerne ao liberalismo igualitário. Todavia, antes mesmo de se adentrar nas diferenças entre os pensamentos dos autores em apreço, far-se-á, primeiramente, uma análise acerca das convergências de suas teorias da justiça.

Na concepção de Roberto GARGARELLA, pode-se indicar três pontos em que as teorias de DWORKIN e RAWLS são confluentes ao que tange a teoria da justiça.

GARGARELLA aduz que a teoria de DWORKIN é moldada em quatro pilares essenciais. O primeiro concerne à concepção do liberalismo igualitário, ou seja, que ele deve “distinguir entre a personalidade e as circunstâncias de que cercam cada

¹⁷² Ibidem, p. 227

um”.¹⁷³ Essa distinção deve ser feita individualmente, isto é, que cada sujeito seja responsável por seus gostos e ambições. Nas palavras de GARGARELLA, “se alguém, situado em uma posição de relativa igualdade com os demais, decide, por exemplo, empreender uma ação muito arriscada, sabendo das possibilidades de que ela termine mal, então, no caso de um final infeliz em sua empreitada, deve arcar sozinho com o resultado obtido”.¹⁷⁴ O Estado, na concepção apontada alhures, não deve ser responsável pelas escolhas descuidadas ou inapropriadas dos indivíduos, sequer ele deve arcar com os custos dessas escolhas, de modo a conceder uma liberdade individual, responsabilizando cada um por suas escolhas.

Num segundo aspecto, GARGARELLA afirma que a doutrina de DWORKIN “considera que uma boa concepção igualitária deve rejeitar, como medida da igualdade, o bem-estar ou a satisfação que cada um possa obter”.¹⁷⁵ Isso significa mensurar que o Estado não pode ser incumbido de satisfazer e, sobretudo, garantir o bem-estar individual de acordo com as preferências casuísticas e próprias de cada um. Imagine-se, por exemplo, o que cada indivíduo possa entender por bem-estar pessoal e que o Estado fosse incumbido, para aplicar uma justiça igualitária, de garantir essas preferências. Isso significa dizer que os recursos, de forma geral, é que devem ser divididos de forma igual e não que as preferências individuais devem ser apreciadas pelo Estado.

O terceiro aspecto peculiar às duas teorias é umbilicalmente atrelado ao segundo, a saber, que o liberalismo igualitário não é só uma questão de recursos, mas sim uma questão de recursos iguais, sem garantias de bem-estar com base em preferências pessoais. Isto é, o que é bem-estar para um sujeito pode ser mais custoso do que seria para outro, demandando, com isso, mais investimento para um em detrimento do outro, o que seria inapropriado na teoria de DWORKIN.¹⁷⁶

Por último, tem-se a questão da tolerância ética. Na concepção de DWORKIN, isso significa dizer que um “Estado igualitário deve ser neutro em matéria ética, não

¹⁷³ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.65.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ Ibidem, p.66

¹⁷⁶ Idem.

devendo proibir ou recompensar nenhuma atividade privada com base em que alguma concepção ética é superior ou inferior às demais”.¹⁷⁷ No entendimento de GARGARELLA a visão de RAWLS se assemelha ao pensamento do professor americano, posto que RAWLS defende o pensamento de que “o correto tem preferência sobre o que é bom, o que significa que o Estado deve manter-se neutro quantos aos diferentes ideais de excelência humana que os distintos cidadãos defendam (e muito além do número de cidadãos que apoiem esse ou aquele ideal).”¹⁷⁸

A primeira e a quarta confluência existente entre os autores apontados por GARGARELLA (liberdade individual e tolerância ética) é de suma importância para subsidiar os argumentos proposto nos tópicos seguintes, posto que a questão da liberdade individual e da *eticidade* particular de cada um acaba por ser a linha mestra na discussão acerca da interrupção da gestação de fetos anencéfalos. Inclusive, como se perceberá nos argumentos do Ministro relator da demanda.

De qualquer maneira, importa realizar o seguinte questionamento: ainda que se tenha a representação de um determinado grupo político até que ponto as deliberações articuladas por esses deverão interferir na individualidade de cada sujeito partícipe das decisões políticas? Por exemplo, ainda que se vislumbre a participação feminina no processo legislativo, até que ponto aquelas decisões e normas formuladas devem e podem atingir as demais?

Veja-se, no caso do Brasil a situação se mostra parecida com aquela demonstrada por ELY em relação as mulheres americana naquela época específica, pois basta lembrar que as mulheres apenas obtiveram direito ao voto em 1932 com o Decreto nº 21076, editado por Getúlio Vargas.

E essa constatação é primordial para alicerçar o presente trabalho, sobretudo na escolha do tema a ser discutido no tópico abaixo, a saber: a interrupção da gestação de fetos anencéfalos.

Isso porque, a celeuma jurídica que norteia o caso é efetivamente a aplicabilidade ou não do Código Penal brasileiro naqueles casos.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ Idem.

Constatados os argumentos que legitimam a atuação do Supremo Tribunal Federal para tratar de assuntos que envolvam a moralidade constitucional, para utilizar o termo utilizado por Ronald DWORKIN, far-se-á, no próximo tópico, uma análise da ADPF nº 54 com especial foco nos argumentos e fundamentos utilizados pelos proponentes da ação e, após, a exarada pelo relator para acatar tais pedidos e julgar procedente a medida constitucional.

3.3 A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS: A DECISÃO MORAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

3.3.1. Da Justificação do Tema

É fato notório que a questão “vida” orbita em valores morais diversificados, seja por questões pessoais ou até mesmo religiosas. Por isso mesmo, discutir tal assunto, cientificamente, requer uma atenção redobrada, inclusive para não torná-lo tendencioso ou preferencial.

Esse é o posicionamento de Daniel SARMENTO, para quem:

Com efeito, uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo. Dentro de um mesmo Estado, existem pessoas que abraçam religiões diferentes – ou que não adotam nenhuma –; que professam ideologias distintas; que têm concepções morais e filosóficas díspares ou até antagônicas. E, hoje, entende-se que o Estado deve respeitar estas escolhas e orientações de vida, não lhe sendo permitido usar do seu aparato repressivo, nem mesmo do seu poder simbólico, para coagir o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade, nem tampouco para estigmatizar os outsiders.¹⁷⁹

Ou seja, a pluralidade e o multiculturalismo devem ser reconhecidos, ainda que, para isso, o judiciário intervenha para garantir tais liberdades, seja no aspecto religioso

¹⁷⁹ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto. Disponível em: <http://mundojuridico.adv.br>. Acesso em 07 de Março de 2013.

ou ideológico, de modo a afastar qualquer imposição desmedida e autoritária de uma eventual maioria.

Por isso da importância da decisão da ADPF nº 54, por nela conter a discussões desses aspectos. De outra quadra, porém, no presente tópico, intentar-se-á ao máximo afastar tais tendências ou predileções religiosas. Para tanto, se fará uma leitura moral constitucional apenas ao que tange a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à interpretação realizada no caso concreto, com especial atenção aos direitos fundamentais dos envolvidos e interessados no deslinde do caso: as gestantes dos fetos convascentes.

3.3.2 Dos Objetivos da ADPF nº 54

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) ingressou com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54) indicando como princípios vulneráveis a dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV da CF)¹⁸⁰, a liberdade e autonomia da vontade (art. 5ª, II da CF)¹⁸¹.

¹⁸⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

¹⁸¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

- I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
- II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- (...)

E de acordo com petição inicial¹⁸², tais princípios estavam sendo rechaçados em virtude da interpretação que o Poder Público concedia aos arts. 124¹⁸³, 126, *caput*,¹⁸⁴ e 128, I e II¹⁸⁵ do Decreto-lei nº 2848 de 1940 (Código Penal).

Na visão dos proponentes, portanto, essa “violação de preceitos fundamentais invocados decorre de uma específica aplicação que tem sido dada aos dispositivos do Código Penal por diversos juízes: a que deles se extrai a proibição de efetuar-se a interrupção terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencéfalos, patologia que torna inviável a vida extra-uterina”.¹⁸⁶

Isso porque, como se sabe, antes do julgamento da ADPF nº 54, o aborto terapêutico somente poderia ser realizado quando a gestante fosse vítima de ato ilícito (estupro), ou quando a sua vida estivesse sob risco.

A celeuma se instalava quando o feto tinha uma má formação congênita, nominada vulgarmente de anencefalia (feto sem cérebro), cujo período de sobrevivência não ultrapassava poucas horas, fato que, para algumas gestantes, causava inevitável abalo e sofrimento, pois, após a constatação de tal doença, sabia-se que o período de vida do feto seria ínfimo.

Mesmo assim, não era concedida licença legal aos médicos para interrupção terapêutica daquela gestação, ainda que fosse a vontade da gestante, pois incorreriam

¹⁸²Disponível

em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091#0%20-%20Peticao%20inicial>. Acesso em 07.03.2013

¹⁸³ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

¹⁸⁴ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

¹⁸⁵ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹⁸⁶

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091#0%20-%20Peticao%20inicial>. p.5

(médicos e pacientes) nas sanções impostas pelo Código Penal, conforme alertado acima.

Pela via da justiça de primeira instância, alguns procedimentos, ainda que tardios, foram concedidos, outro motivo que requeria a participação da Corte Suprema nesse processo, visto que, de outra banda, outros juízes singulares e tribunais¹⁸⁷ rechaçavam tal interrupção. Isso quando, pela morosidade na prestação jurisdicional, perdia-se o objeto da medida pelo nascimento do feto.¹⁸⁸

Mas se alerta ao fato de que o objeto das ações era efetivamente e especificamente em relação à interrupção da gestação de fetos anencefálicos, não se discutia a questão do aborto.

Em virtude desse fato, ou seja, das diversas decisões contrárias e concessivas da interrupção gestacional no caso de anencefalia, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição e, sobremaneira, dos princípios fundamentais, tornou-se salutar e indispensável para resolução da celeuma.

E a própria petição inicial proposta pela CNTS alertava tal fato:

O objetivo que aqui se instaura cuida, na verdade, de hipótese muito mais simples. A interrupção terapêutica do parto de fetos anencefálicos situa-se no domínio da medicina e do senso comum, sem suscitar quaisquer das escolhas morais envolvidas na interrupção voluntária da gravidez viável. Nada obstante, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal tornou-se indispensável na matéria, que tem profundo alcance humanitário, para libertá-lo de visões idiossincráticas causadoras de dramático sofrimento às gestantes e de ameaças e obstáculos à atuação dos profissionais da saúde.¹⁸⁹

¹⁸⁷ PENAL. HABEAS CORPUS. NASCITURO. ABORTO. FETO COM ANENCEFALIA. INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO. PREJUDICADO. Tendo em vista a notícia de que, em 30/08/2005, foi realizada a interrupção da gravidez que se buscava evitar, perdeu o objeto o presente habeas corpus. Writ prejudicado. (47371 GO 2005/0143089-7, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 01/05/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 19.06.2006 p. 157).

¹⁸⁸ HABEAS CORPUS. ABORTO. INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. FETO ANENCÉFALO. PARTO. PERDA DO OBJETO.1. Constatada a realização do parto pela chegada a termo da gravidez, perde seu objeto o presente writ que visava o deferimento de autorização para realizar o procedimento abortivo, por ser o feto anencéfalo.2. Writ julgado prejudicado.(54317 SP 2006/0029919-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 09/05/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 19/06/2006 p. 167)

¹⁸⁹ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091#0%20-%20Peticao%20inicial>. p.6

Vê-se, portanto, que o objeto da ADPF nº 54 era, efetivamente, buscar uma decisão para que, inclusive, servisse de parâmetro para os demais tribunais inferiores, unificando, portanto, o entendimento sobre a matéria.

3.3.3 Dos Direitos Fundamentais em Discussão: Dignidade Humana, Liberdade, Autonomia da Vontade e Vida

Os direitos fundamentais evocados no deslinde da ADPF nº 54 são, essencialmente, a dignidade humana (no caso das gestantes), liberdade e autonomia da vontade (também no caso das gestantes) e vida (no caso dos fetos).

De uma banda estão as gestantes que buscam a proteção e o livre exercício de seus direitos fundamentais. Por outro lado, porém, estão aqueles que tendem a proteger a “vida” dos fetos anencéfalos.

Sabe-se, igualmente, que parte dos não adeptos, por assim dizer, à interrupção da gestação dos fetos anencéfalos é formada pelos religiosos de vários segmentos (católicos, evangélicos e etc.). Inclusive, o caso teve participação ativa (processual) da Confederação dos Bispos do Brasil.

O próprio Ministro relator, Marco Aurélio, apontou tal tensão, de modo a afirmar que é “inescapável o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência.”

Essa tensão é, efetivamente, a “tensão democrática” tratada nos tópicos alhures, a saber: que o Supremo Tribunal Federal, em seu papel de guardião da Constituição Federal e, sobretudo, dos direitos fundamentais, vem exarando decisões de caráter eminentemente contramajoritário, de modo a proteger, não raramente, os

direitos das minorias, que, por vários motivos, não são representados politicamente, fato que, muitas vezes, vai de encontro à ideologia majoritária.

Quanto aos direitos fundamentais avocados pelos arguentes, eles são moldados na sistemática específica do caso concreto. Isto é, o STF fez uma interpretação específica, por exemplo, do que seria a aplicação da dignidade humana em relação à mulher e ao feto. Igual metodologia também serviu de calço para os direitos de liberdade.

Em relação à dignidade da pessoa humana, direito fundamental consagrado pela Carta Magna de 1988, buscava-se, efetivamente, minimizar o sofrimento daquelas gestantes que não tinham capacidade psicológica para suportar uma gestação em que, ao final, não se teria vida.

Quanto à liberdade, se resumia quase que umbilicalmente ao princípio da dignidade humana, posto que se deveria conceder à gestante e não ao Estado o direito de optar pela continuidade ou não da gestação.

Outro aspecto colocado em voga concernia à saúde da gestante, já que vários especialistas, ouvidos nas audiências públicas realizadas antes do julgamento final, deram conta de que a gestação de fetos anencéfalos era de maior risco se comparada a de fetos “saudáveis”, por assim dizer. Esse fato, obviamente, causava sérios riscos e mazelas à saúde da gestante.

Já em relação à vida (fetos), buscava-se argumentar que, efetivamente, havia uma vida “intrauterina” do feto, razão pela qual se devia protegê-la.

Diante dessas informações, será que haveria um conflito de direitos fundamentais? Vislumbrando-se esse conflito, qual será o método ideal para solução da celeuma? Será a ponderação de valores no caso concreto?

3.4 ANÁLISE DO VOTO DOS MINISTROS MARCO AURÉLIO E RICARDO LEWANDOWSKI

O principal objetivo na análise do voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF nº 54, é vislumbrar a *ratio decidendi* do acórdão exarado pelo Ministro, com especial foco ao tratamento dos direitos fundamentais discutidos na demanda.

Não obstante, observar-se-á a discussão realizada em relação à democracia, direitos fundamentais e jurisdição constitucional no caso em análise. Mais especificamente, observar-se-á que tanto o relator, Marco Aurélio, quanto o Ministro Lewandowski encaram aqueles temas num prisma diferente.

Isto é, para o relator, o Supremo Tribunal Federal tem o dever e legitimidade para tratar da matéria, ainda que à revelia do Poder Legislativo, tendo em vista a necessidade de efetivar os direitos fundamentais das partes interessadas no deslinde da matéria e, por isso mesmo, a jurisdição constitucional se mostra como sendo um importante palco de discussão.

Por outro viés, porém, rebatendo os argumentos propostos e defendidos pelo relator, o Ministro Ricardo Lewandowski faz menção à necessidade de tal matéria ser apreciada e regulamentada pelo Poder Legislativo, fato que impediria, por conseguinte, qualquer investitura acintosa da Suprema Corte brasileira em tratar e julgar a matéria, seja pelo afronto à democracia e até mesmo à separação de poderes.

3.4.1 O voto do Ministro Ricardo Lewandowski: sua análise acerca da democracia e jurisdição constitucional

De início, o Ministro Ricardo Lewandowski assenta seu posicionamento no sentido de reforçar o intuito do legislador quando da feita do Código Penal brasileiro, inclusive afirmando que, se realmente fosse sua vontade conceder permissão para

interrupção da gestação de fetos anencéfalos, assim o teria feito. Ainda aduz que, na época, a ciência médica já tinha conhecimento da referida doença e, por isso mesmo, não há que se falar em fato novo.

Em suas próprias palavras:

Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados.¹⁹⁰

É notório o apego à soberania popular pelo Min. Lewandowski. E mais, ainda defende que se o povo assim quisesse agir, ou seja, tornando lícita a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, teria modificado, por intermédio de seus representantes, a legislação penal vigente, aumentando, assim, as hipóteses de aborto.

Na visão do eminente Ministro, a democracia estaria sendo afrontada caso o Supremo Tribunal Federal concedesse tal autorização para promover a interrupção da gestação de fetos sem formação cerebral.

Esse fato, segundo seus argumentos, deveria ser regulamentado pelas autoridades representativas, as quais se encontram munidas de legitimidade popular para tanto, o que não ocorre no caso da Corte Suprema brasileira.

Para tornar ainda mais plausíveis seus argumentos, o Min. Lewandowski traz à baila alguns projetos de lei que tramitaram e ainda tramitam no Congresso Nacional acerca da matéria.

Dentre esses projetos, o Ministro cita o Projeto de Lei nº 4403/2004, de autoria da “Deputada Jandira Feghali, que acrescenta um inciso ao art. 128 do Código Penal para, segundo a ementa, “*isentar de pena a prática de ‘aborto terapêutico’ em caso de*

¹⁹⁰ Acórdão disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-anencefalo.pdf>. Acesso em 17-03-2013 as 09:37

anomalia do feto, incluindo o feto anencéfalo, que implique a impossibilidade de vida extrauterina”, acha-se em tramitação na Câmara dos Deputados”¹⁹¹.

Não obstante, o Projeto de Lei nº 50 de autoria do Senador Mozarildo Cavalcanti, também é mencionado pelo Ministro. O mencionado Projeto tinha como objetivo acrescentar o inciso terceiro no artigo 128 do código penal, cuja redação se apresentaria da seguinte forma: “se o feto apresenta anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.¹⁹²

Na visão do Ministro citado, o Congresso Nacional estava cuidando da matéria, razão pela qual o STF não teria motivo para interferir nesse processo de análise acerca da interrupção da gestação de fetos anencéfalos.

Por ter essa visão acerca de soberania do povo e separação de poderes, qual seja, de que o povo é o único legitimado para decidir essas questões e, sendo assim, o Judiciário não tem legitimidade para tanto, o Ministro acaba por julgar improcedente a ação constitucional proposta pela CNTS, de modo a não apreciar se efetivamente se há negação ou restrição de direitos fundamentais no caso em apreço, limitando-se apenas a esses argumentos.

Em trecho de seu voto, o Ministro afirma que “cumprе sublinhar que essa propositura, a qual busca estabelecer requisitos mínimos para que o aborto voluntário de fetos anencéfalos seja isento de punição – tarefa, seja-me permitido insistir, totalmente estranha à competência de uma Corte Constitucional –, continua sob a soberana apreciação das duas Casas que compõem o Congresso Nacional”¹⁹³. Isto é, enquanto aquelas Casas do Congresso não dirimirem a questão, não é concedido à Corte Constitucional apreciar tal fato.

O questionamento que se faz em relação a esse posicionamento do eminente Ministro é se os direitos fundamentais postos em discussão podem ficar à mercê das decisões políticas do Poder Legislativo. Ainda que assim decidissem, inclusive no sentido de proibir a interrupção da gestação dos fetos, até que ponto tal deliberação

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² idem

¹⁹³ Acórdão disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-anencefalo.pdf>. Acesso em 17-03-2013 as 09:37

seria legítima do ponto de vista constitucional, já que estamos diante do enfrentamento dos princípios da liberdade individual, dignidade humana e etc. Será que o poder popular tem legitimidade para regulamentar e impor a terceiro uma moralidade considerada geral em detrimento de um sentimento individual de dignidade humana? Ora, conforme bem alude o Min. Lewandowski¹⁹⁴, o Projeto de Lei nº 4403 foi apresentado no ano de 2004 e até a data do julgamento da ADPF nº 54 ainda não tinha sido apreciado definitivamente.

Escorando-se nos argumentos de John Hart ELY pode-se facilmente sopesar o calço teórico utilizado pelo eminente Ministro Lewandowski. Isso porque ELY rechaça uma lei criada sem que os interessados ou afetados diretamente por aquele processo decisório participem diretamente do processo de deliberação política.

Como se sabe, o Código Penal brasileiro foi criado por meio do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Obviamente, não se tinha, naquela época, a

¹⁹⁴ O ministro Lewandowski faz uma análise acerca da tramitação dos projetos de lei sobre a matéria nos seguintes termos: A propositura do Senador Mozarildo recebeu parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa da Câmara Alta, subscrito pela Senadora Marinor Brito, que contém, dentre outras, as ponderações abaixo resumidas. A mencionada Senadora, após tecer considerações sobre a relevância do assunto, revela que tramitavam originalmente dois projetos de lei na Câmara Alta com o objetivo de afastar a punibilidade da interrupção voluntária da gravidez nos casos de anencefalia fetal: um do Senador Duciomar Costa, de nº 183, e outro do Senador Mozarildo, de nº 227, ambos datados de 2004. O primeiro foi retirado pelo próprio autor, um mês depois de sua apresentação. O segundo permaneceu inerte por cerca de meia década, sem jamais ter sido apreciado por uma única comissão, até que foi arquivado no final da última Legislatura. A Senadora Marinor destaca, ainda, que o Senador Mozarildo, convicto da importância do tema, reapresentou o mesmo projeto de lei, em 2011, o qual recebeu o nº 50, como já observado. Submetido à crítica de seus pares, foi objeto de reparos por parte do Senador Edison Lobão, que, em seu relatório, assentou o seguinte: “(...) a referida propositura não detalha os requisitos de validade do diagnóstico e do consentimento da gestante. Entendemos, por força do mais elevado comando de segurança jurídica: **a)** que o diagnóstico deve ser subscrito por **dois outros médicos** (que não participem, portanto, do procedimento cirúrgico de interrupção da gravidez); **b)** que as técnicas de diagnóstico da anencefalia sejam reguladas pelo **Conselho Federal de Medicina**, de modo a uniformizar os procedimentos de investigação da referida anomalia; **c)** que a manifestação do consentimento da gestante ou de seu representante legal deve ser feita **por escrito**, para evitar, assim, qualquer tipo de dúvida ou questionamento” (grifos no original). Em razão da opinião supra, a Senadora Marinor manifestou-se pela aprovação do PL nº 50/2011, ofertando, todavia, uma emenda substitutiva com o seguinte teor:

“Art. 128. (...) III – se o feto apresenta anencefalia, diagnosticada por dois médicos que não integrem a equipe responsável pela realização do aborto, e o procedimento é precedido de consentimento por escrito da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Parágrafo único. Na hipótese do inciso III, o diagnóstico de anencefalia atenderá aos critérios técnicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-anencefalo.pdf>..... acesso em 17-03-2013 às 09:37.

representação política feminista que se tem hoje no Congresso Nacional. E mais, superado esse argumento, mesmo assim a Constituição Federal vigente é mais compromissada com os direitos individuais e, sobretudo, com a proteção da dignidade da pessoa humana, em seus vários desdobramentos.

Para além disso, se analisarmos a doutrina de Konrad HESSE, embora as premissas iniciais possam ser diferentes, o resultado será no mesmo viés, isso porque o jurista mencionado também é categórico acerca da necessidade de se analisar a Constituição aos olhos da realidade atual, afirmando, que força normativa da “Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social”.¹⁹⁵

Aos olhos de HESSE, portanto, a Constituição jurídica deve levar em conta a realidade fática atual, sendo, assim, normativa ao ponto de se adequar às aspirações da sociedade contemporânea, e, por isso mesmo, deve lograr êxito na modificação da realidade fática. Ou seja, “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr correspondente à realidade singular do presente, tanto mais seguro será de ser o desenvolvimento de sua força normativa”.¹⁹⁶

Isso não significa dizer, por exemplo, que a Constituição deve ser casuística e fácil de ser modificada, mas que os seus princípios devem ser moldados com esteio na realidade fática e que se preserve, inclusive, o seu caráter normativo.

No caso concreto em análise, o Ministro Lewandowski insistiu no argumento vinculado aos Congressistas quando da feitura do Código Penal, já que, segundo seus argumentos, eles poderiam, se assim achassem necessário, considerar inimputável a gestante que interrompesse a gravidez de feto anencéfalo. E mais, ainda que naquela época assim não o fizessem, mesmo assim, na atualidade, caberia ao Congresso emitir lei específica para tratar do assunto.

¹⁹⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Mendes . Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1991, p.24.

¹⁹⁶ Ibidem, p.20

Quanto às críticas proferidas pelo Min. Lewandowski em relação ao papel invasor do Supremo Tribunal Federal na questão em análise, isto é, à jurisdição constitucional, vale se recorrer da doutrina de Peter HÄBERLE, para quem “a jurisdição constitucional é um catalisador essencial, ainda que não o único, da Ciência do Direito Constitucional como interpretação constitucional”.¹⁹⁷

Já em relação ao poder do povo citado pelo eminente Ministro, para rechaçar a participação do Tribunal Constitucional no processo decisório, Peter HÄBERLE também relativiza esse poder soberano do povo, aduzindo que “a democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Essa perspectiva é uma relativização do conceito de povo – termo sujeito a entendimentos equívocos”.¹⁹⁸

Na visão de Peter HÄBERLE, a democracia está mais associada à ideia dos direitos fundamentais do que à própria ideia de povo, maioria. Ou seja, a participação democrática supera a questão majoritária, relativizando, inclusive, o conceito de soberania do povo como forma de vontade geral. Isso significa dizer que os princípios tem, efetivamente, normatividade Constitucional.

Humberto ÁVILA também evidencia esse caráter normativo dos princípios, discorrendo que, “não é correto afirmar que os princípios, ao contrário das regras, não possuem consequências normativas, nem hipóteses de incidência. Os princípios também possuem consequências normativas. De um lado, a razão (fim, tarefa) à qual o princípio se refere deve ser julgado no caso concreto. De outro, o comportamento necessário para realização ou preservação de determinado estado ideal de coisas”.¹⁹⁹

Esses questionamentos propostos são enfrentados, de certo modo, no voto do Ministro Marco Aurélio, relator da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

¹⁹⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonios Fabris Editor, 2002. P. 38.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 38

¹⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 47.

Por esse motivo, far-se-á, no tópico *infra*, uma análise acerca dos principais argumentos lançados pelo Ministro relator Marco Aurélio à ADPF nº 54, com especial foco no enfrentamento que ele teve em relação à democracia, direitos fundamentais e jurisdição constitucional, inclusive fazendo um paralelo comparativo com o voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

3.4.2 Voto do Ministro Relator Marco Aurélio: a Proteção dos Direitos Fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal e a Remodulação da Democracia e do Poder Soberano do Povo

O Ministro Marco Aurélio inicia seu voto citando um Sermão do Padre Antônio Vieira, nos seguintes termos: “e como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas como perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre”.²⁰⁰ Percebe-se o que eminente relator se preocupa, inauguralmente, com a questão do tempo e a modificação das “coisas”. Em outras palavras, por ser a questão em análise de cunho ético e moral, é preciso analisá-la com os olhos.

É evidente, pela citação formulada acima, que Jonh RAWLS tinha certa razão em relação ao que ele denominou preconceito de primeiro grau. Ou seja, é de se desconfiar de uma lei quando os sujeitos que as formulam não serão diretamente atingidos por essa mesma lei.

No caso da interrupção da gestação de fetos anencefálicos, essa assertiva fica ainda mais evidente. Ora, o mesmo legislador que criou uma lei para proteger a mulher nas situações de gravidez por estupro é o mesmo que não isentou de pena aquela mulher que interrompa a gestação de um feto sem vida. Como bem alertou o Ministro

²⁰⁰ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>.

Marco Aurélio, é evidente a postura machista adota à época da feitura do Código Penal brasileiro em relação à mulher.

Especificamente ao que tange a ADPF nº54, o objeto de discussão é efetivamente em relação a interpretação que os Tribunais deveriam aplicar no caso da interrupção. Isto é, se seria aquela apegada a literalidade do Código Penal ou aquela com escoro nos direitos fundamentais da mulher (dignidade humana, privacidade, intimidade e etc.)

Na ótica do Ministro relator, nesse caso específico, o Supremo Tribunal Federal deveria proteger e efetivar, sobremaneira, os direitos fundamentais das mulheres, adotando, para isso, uma interpretação conforme a Constituição. E essa interpretação conforme a Constituição deveria levar em conta que cabe à mulher, e não ao Estado, “sopesar valores sentimentais de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpra à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado- no exercício do direito à privacidade-, sem temer de reprimenda voltar-se por si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante”.²⁰¹

Mais adiante, o Ministro faz uma análise sobre a questão da autodeterminação da mulher, isto é, da faculdade que ela deve ter ao decidir sobre seu pensar e, sobretudo, conviver com suas escolhas. Em sua ótica, não cabe aos demais impor tal comportamento, mesmo porque cada mulher saberá conviver, ou não, com suas dores. Em outras palavras, não cabe a uma maioria decidir se determinada pessoa é capaz de suportar determinado sofrimento, pois, estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. “Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez- por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir- quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento”.²⁰²

²⁰¹ Ibidem, p. 76

²⁰² Idem.

Para além desses aspectos, vale mensurar o complexo debate ocorrido nas audiências públicas²⁰³ para tratar da matéria. Diversos ramos da sociedade tiveram a oportunidade de expor seus argumentos, sejam eles éticos, médicos, religiosos, científicos, jurídicos e etc. Esse fato, por si só, demonstra a participação dos diversos âmbitos e segmentos da sociedade no processo de maturação das ideias sobre a interrupção da gestação dos fetos anencefálicos.

Note-se que há, efetivamente, um processo democrático e participativo no debate sobre a matéria, fato que não ocorreu quando da feitura do Código Penal brasileiro em relação ao aborto e suas formas de impunidade.

Não se pode negar, assim, que esse processo de debates teve inequívoca interferência da feitura dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O próprio relator se utiliza das palestras e debates, ocorridos nas audiências públicas, para calçar alguns dos seus argumentos.

Nesse tocante, destaca-se um trecho do voto do Ministro Marco Aurélio em relação à definição de anencefalia:

Como esclareceu o Dr. Heverton Neves Petterson, representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia, consoante afirmou o especialista, precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral neural. É claro que, durante a formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio. O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical. Conforme exposição do Dr. Thomas Rafael Gollop-representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Professor Livre Docente

²⁰³ Participaram das audiências públicas no dia 26.08.2008 a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), Igreja Universal, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Médico-Espírita do Brasil,. No dia 28.08.2008 debateram o tema o Conselho Federal de Medicina, Federação brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade brasileira de Medicina Fetal, Sociedade brasileira de Genética Médica, Sociedade brasileira para o Progresso de Ciência e os Deputados José Aristodemo Pinotti e Luiz Bassuma, Professora Lenise Aparecida Martins Gracia, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. No dia 4.09.2008, estiveram no debate Ministro José Gomes Temporão, Associação de Desenvolvimento da Família, Escola de Gente, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, Dra. Cinthia Macedo Specian, Dra. Dernival da Silva Brandão, Conselho Federal de Direitos da Mulher. Dia 16.09.2008, Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos, Conselho Nacional de Direitos da Mulher e Associação brasileira de Psiquiatria. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em 31.03.2013 às 11:30.

em Genética Médica da Universidade de São Paulo e Professor de Ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí, no eletroencefalo dos portadores da anomalia, há uma linha isoeétrica, como no caso de um paciente com morte cerebral. Assim, concluiu o especialista, isto é a morte cerebral, rigorosamente igual. O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração.²⁰⁴

É ávido que o Ministro Marco Aurélio recorreu-se dos estudos científicos para subsidiar a definição de anencefalia. Houve, sem sombra de dúvida, uma participação direta da comunidade médica nesse aspecto. Fato que dificilmente ocorreria se essa mesma discussão foi realizada às Casas do Congresso.

Por outro lado, consta do voto do relator depoimentos proferidos por mulheres que foram submetidas à obrigatoriedade de manter uma gestação de fetos anencefálicos. Dentre eles, cita o de Gabriela Oliveira Cordeiro²⁰⁵, que, dentre outros “desabafos”, afirmou que sonhava que seu filho tinha cabeça de dinossauro e quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram.

Esse fato, para o relator, seria uma evidência clara ao afronto a dignidade humana da mulher, já que o seu aspecto psicológico estaria comprometido por todo o sofrimento a ela imposto.

Em suas próprias palavras:

O sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo. Assim o fizeram, nas audiências públicas, a Dra Jaqueline Pitanguy e o Dr. Talvane Marins de Moraes. Nas palavras da Dra. Jaqueline Pitanguy, “obrigar uma mulher a vivenciar essa experiência é uma forma de tortura a ela impingida e um desrespeito aos seus familiares, ao seu marido ou companheiro e os outros filhos, se ela os tiver”. Prosseguiu, “as consequências psicológicas de um trauma como esse são de longo prazo. Certamente a marcarão para sempre. Seu direito à saúde, entendido pela Organização Mundial da Saúde como o direito a um estado de bem-estar físico e mental, está desrespeitado em um país em que a Constituição considera a saúde um direito de todos e um dever do Estado”.²⁰⁶

²⁰⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>

²⁰⁵ O Ministro Marco Aurélio retirou esse depoimento do Habeas Corpus nº 84.025/RJ, cuja relatoria é do Ministro Joaquim Barbosa.

²⁰⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>.

E o argumento é no sentido de proteger a mulher, ou melhor, não impor um sofrimento a ela. É perceptível a observância à liberdade individual e a dignidade da pessoa humana no trecho acima colacionado. Na ótica do Ministro Marco Aurélio, uma eventual “a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres”²⁰⁷.

Superados esses argumentos, necessário se faz tratar acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para tratar da matéria em comento, pois, como se observou do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, esse papel caberia apenas e exclusivamente ao Poder Legislativo, como forma, inclusive, de se proteger a soberania popular.

Todavia, para o Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal, como Guardião da Constituição, deve assegurar o pleno exercício da liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante, de forma a aliviá-la de sofrimento maior, porque evitável e infrutífero”²⁰⁸.

É justamente esse ponto de vista que se defendeu ao longo dos capítulos antecedentes: ora, cabe ao Supremo Tribunal Federal, como Guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, garantir a fruição ou até mesmo efetivar esses direitos, ainda que, para isso, tenha que agir de forma contramajoritária, porém não antidemocrática, pois, se assim agir, implementará, inclusive, uma democracia moderna e protetora das minorias, cuja representatividade política é pequena.

Concluindo seus argumentos, o Ministro Marco Aurélio aduz que, “se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprováveis a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres optarem em não levar a gravidez a termo”,²⁰⁹

²⁰⁷ Ibidem, p, 78

²⁰⁸ Ibidem, p. 79

²⁰⁹ Idem.

Ora, ainda que tal assunto fosse deliberado pelo Poder Legislativo e, com isso, fosse criado o tipo penal punindo aquelas gestantes que interrompessem a gestação dos fetos anencéfalos, mesmo assim, na concepção de Marco Aurélio, tal deliberação seria inconstitucional.

Percebe-se, portanto, a importância do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos fundamentais, ainda que, para isso, a Corte Constitucional tenha que agir de forma contramajoritária.

Mas, como se observou ao longo das discussões travadas acima, esse papel é de suma importância para ideia de uma democracia moderna e preocupada com as minorias, ou melhor, com parte da sociedade que possui baixa representatividade política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *leitmotiv* da presente pesquisa foi, efetivamente, demonstrar o momento de centralidade e importância que se encontra a Jurisdição Constitucional no cenário brasileiro, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal.

Isso ocorre, como se percebeu, por contadas do “surgimento” de questões jurídicas mais complexas e que nossa sociedade vem enfrentando de forma acirrada e controversa, a saber: moralidade política; interrupção de fetos anencéfalos; relação homoafetiva; cotas raciais e etc.

E, por isso mesmo, tais assuntos são levados à Corte Suprema, justamente pelo déficit legislativo que atualmente estamos vivenciando, quer seja por pressões políticas, quer seja, principalmente, pela falta de representatividade de um determinado grupo social, seja ele minoria ou não.

Por isso mesmo, observou-se, ao longo da evolução do Estado e do próprio Direito, que a dinamicidade social sempre impulsionou as modificações ocorridas ao longo dos tempos.

Ora, desde a evolução do medievo ao absolutismo e, após, do Estado legislativo e, agora, o Estado Constitucional de Direito, essas mudanças sempre estiveram atreladas aos novos paradigmas sociais. Basta, para constatar tal fato, lembrar a incessante busca pela racionalidade do positivismo jurídico (combatendo o absolutismo monárquico) até a superação desse pensamento no período pós-guerras, quando se observou, na prática, que havia um afastamento exacerbado entre Direito e Moral e, principalmente, entre Estado e sociedade.

É quando se defende o fortalecimento do constitucionalismo, ou melhor, da própria ideia de Constituição, estando essa, a partir dessa concepção, atrelada, e compromissada, com os valores de dignidade humana e direitos fundamentais, ou seja, há uma inevitável reaproximação entre Direito e Moral.

Não obstante, tendo em vista que esses direitos humanos, ou fundamentais, têm seu conteúdo abrangente e de difícil compreensão *apriorística*, notou-se um crescimento e fortalecimento do Poder Judiciário na efetivação desses direitos,

superando, ou relativizando, a teoria clássica da separação de poderes, de modo a reformular, após, a própria ideia de democracia, ou seja, percebeu-se que o judiciário ativo, atuante, é, efetivamente, uma moderna maneira de se aplicar a democracia, ainda que de forma contramajoritária.

Para além da teoria, observou-se, pelo estudo do caso concreto posto à baila, que o Supremo Tribunal Federal vem exercendo o seu papel de guardião da Constituição, efetivando esses novos paradigmas constitucionais, ainda que, para tanto, tenha que exarar decisões desagradáveis do ponto de vista político e majoritário.

Por outro lado, cumpre salientar que não se quer defender a prevalência do judiciário em detrimento dos outros poderes, causando, assim, uma autocracia daquele poder, e sim que o Supremo Tribunal Federal, em seu mister conferido pelo poder constituinte, deve proteger determinado grupo social (seja minoria ou não) das ingerências eventualmente perpetrada contra os seus direitos fundamentais. Para isso, conforme se observou ao longo dessa pesquisa, deve-se realizar uma aproximação entre Direito e valores Morais, esses, por sua vez, compreendidos como a aplicação dos direitos e princípios fundamentais, ainda que tal atividade se dê através da interpretação desses direitos e princípios no caso concreto.

É o que observamos ter ocorrido no julgamento da interrupção dos fetos anencéfalos. Isto porque, embora não se tivesse regulamento tal questão quando do julgamento do caso concreto, mesmo assim, por meio da jurisdição constitucional e, sobretudo, da leitura e interpretação moral da Constituição brasileira, se efetivou e, o mais importante, se garantiu a fluidez dos direitos fundamentais daqueles grupos, quer seja pela interpretação conforme a Constituição, quer seja quando se nega uma interpretação apenas literal e positivista da lei, ou seja, destituída da dinamicidade e da realidade social.

Vê-se que no caso concreto analisado havia uma ausência de representatividade política, que somente foi sanada pela Suprema Corte, a qual se mostrou aliada aos argumentos articulados na presente pesquisa, a saber, direitos fundamentais devem ser efetivados, ainda que, para tanto, tenha-se que ir contra a prevalência política da maioria.

Ora, a evolução do Direito, e das ciências jurídicas, tem que está colimada aos anseios da sociedade. Embora seja uma premissa básica e primária, observou-se que, quando tal fato não ocorreu, as mazelas sociais foram gravíssimas (guerras, autoritarismo, o próprio nazismo e etc).

Por isso que se defende o fortalecimento da jurisdição constitucional, principalmente na figura do Supremo Tribunal Constitucional, guardião da constituição, não como única maneira, mas, por enquanto, um das mais adequadas à realidade política brasileira. Isso não quer dizer, por exemplo, que a maioria não possa modificar tal situação por meio do processo legislativo, mas que, enquanto isso não ocorre, a Corte guardiã deve efetivar esses novos paradigmas sociais, ainda que seja contra uma eventual maioria política ou social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero e Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.

_____. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/m/conteudo.phtml?tl=1&id=1346902&tit=Precedentes-judiciais-e-seguranca-juridica>. Acesso em 23-03-2013.

_____. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na Sociedade Contemporânea**. Curitiba, 2011. Tese (Doutorado em Direito), PUC-PR.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista Atualidades jurídicas nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em www.oab.org.br/oabeditora. Acesso em 16 de junho de 2012.

BAYÓN, Juan Carlos. **Derecho, democracia y Constitución**. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editora Trotta, 2003.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia**. Prefácio Francisco Rezek. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo) constitucionalismo: um análise metateórico** In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editora Trotta, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**: aproximação à metodologia discursiva do direito. 2ª Edição. São Paulo: Landy Editora, 2004.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira, 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional**. Trad.del italiano por Lorenzo Cordova y Pedro Salazar. Universidad de Carmerino. Revista ISONOMÍA, Nº 16, Abril, 2002.

_____. **Pasado y futuro Del Estado de derecho** In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editora Trotta, 2003.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Estado y constitución. In: (Ed.). El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho**. Madrid: Editora Trotta, 2004.

FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Características gerais do direito (especialmente no direito internacional) na pós-modernidade**. Themis, ano X, 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: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARTMANN, Ivan. **Tribunal se aproxima da pauta da sociedade, mas não precisa decidir como a maioria quer**. Folha de São Paulo, 13 de Janeiro de 2013, p. A10.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4ª Edição. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1979.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade**. Revista Direito GV. São Paulo, Jan-Jun 2009, p. 147-168.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Contribuição à discussão acerca do substancialismo e do procedimentalismo no Brasil ou democracia e estado democrático de direito no Século XXI**: apresentação do modelo paradigmático de Jürgen Habermas e ponderações críticas de Michel Rosenfeld. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?**. Curitiba: Juruá, 2011.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Fontamara, 1999.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto**. Disponível em: <http://mundojuridico.adv.br>. Acesso em 07 de Março de 2013.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lénio Luiz. **A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia**. In Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. V. 2. Ano 2002. P. 27-64.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

Acórdão disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-anencefalo.pdf>. Acesso em 17-03-2013.

Petição inicial disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091#0%20-%20Peticao%20inicial>. Acesso em 07-03-2013.