

FACULDADE PROCESSUS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PÚBLICO

MOISÉS NEPOMUCENO CARVALHO

**ATIVISMO JUDICIAL E O “NOVO” PAPEL DAS
CORTES CONSTITUCIONAIS: a experiência brasileira
pelos julgados do Supremo Tribunal Federal – STF**

Brasília
2012

MOISÉS NEPOMUCENO CARVALHO

**ATIVISMO JUDICIAL E O “NOVO” PAPEL DAS
CORTES CONSTITUCIONAIS: a experiência brasileira
pelos julgados do Supremo Tribunal Federal – STF**

Trabalho de Conclusão de Curso da pós-graduação *lato sensu* em Direito Público, da Faculdade *Processus*, como exigência curricular para a obtenção do grau de Especialista em Direito Público, sob orientação da Professora Andréa Golmia.

Brasília
2012

MOISÉS NEPOMUCENO CARVALHO

**ATIVISMO JUDICIAL E O “NOVO” PAPEL DAS
CORTES CONSTITUCIONAIS: a experiência brasileira
pelos julgados do Supremo Tribunal Federal – STF**

Trabalho de Conclusão de Curso da pós-graduação *lato sensu* em Direito Público, da Faculdade *Processus*, como exigência curricular para a obtenção do grau de Especialista em Direito Público, sob orientação da Professora Andréa Golmia.

Aprovado em:

Prof.^a Andréa Golmia
Orientadora

Prof.
Integrante da Banca

Professor
Integrante da Banca

HOMENAGEM ESPECIAL

Peço licença para fazer uma homenagem especial, pois com a graça de Deus, eu e minha esposa fomos brindados este ano, em junho passado, com a chegada de nossa pequena Ana Luísa, em plena conclusão de pós-graduação e fechamento de semestre judiciário.

Realmente, como muitos disseram, minha vida mudou! Tudo é muito novo e desafiador, impressionando-me como aquela vida, agora confiada a nós, pode sair da barriga de minha amada e estimada esposa... Dizem que se parece comigo, mas prefiro crer que ela puxou mesmo foi a beleza e a ternura da mãe.

Vivencio, no dia a dia dessa monografia, a emoção (e o trabalho!) de ser pai, numa explosão de sentimentos... ora de orgulho, ora de incertezas. Paraliso-me diante dos olhos dela e o mundo passando à minha volta, será essa a magia da paternidade? Talvez...

Muita coisa passa a fazer sentido, justificando a luta diária, as noites sem dormir, os sonhos sonhados, permitindo-me entender o verdadeiro sentido do amor incondicional que os pais têm por seus filhos.

A pequena Ana Luísa não entende o que está acontecendo, grudado a ela desde o seu nascimento, sempre lhe confessei meus propósitos e o compromisso que tenho para com elas, creio que ela não esteja entendendo nada, mas prefiro acreditar que o que eu faço a partir de agora é no sentido de lhes proporcionar uma melhor qualidade de vida, refletida nessa dificuldade em se conciliar família, estudo e trabalho.

Por vezes, nas madrugadas frias de julho e agosto, típicas do cerrado brasiliense, e parecendo que já não reuniria mais forças para seguir adiante, pensava nas duas e em minha responsabilidade para com elas, no gesto simples de beija-las, abastecia-me e nutria-me para mais uma jornada árdua diante dos livros e em direção à concretização de nossos sonhos.

Obrigado, Ana Luísa, por dar um sentido ainda maior a isso tudo. Obrigado, Leninha, por ser perseverante e dedicada na difícil e árdua vocação à maternidade e por estar ao meu lado, sempre acreditando em nossos sonhos.

Sejamos felizes! A vida é curta...

Aos meus amores, **Leninha e Ana Luísa**,
por tudo que significam para mim,
alegrando-me, energizando-me e abençoando-me;
pela ternura, meiguice, amor
e pureza de sentimentos;
por tanta força e positividade depositadas
neste meu modo de vida;
com carinho, o meu mais profundo,
sincero e eterno agradecimento.

Ao meu primo **Diego**,
amigo inseparável nos momentos de incerteza,
incentivando-me sempre a prosseguir,
mesmo diante de obstáculos aparentemente intransponíveis;
companheiro de debates, diálogos e cafés às madrugadas,
em nosso acolhedor *Fundão do Mumu*;
e pelo exemplo de garra, perseverança e alegria de vida...

RESUMO

O presente estudo tem o propósito de expor alguns temas centrais do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, especialmente a partir de um olhar crítico sobre as modificações acentuadas que hoje se operam em nossa realidade jurídica. Em uma dimensão mais ampla, examinam-se os conceitos, procedimentos e paradoxos do constitucionalismo democrático contemporâneo para subsidiar, a partir desse exame, uma discussão mais específica, relacionada a uma nova configuração no sistema de aplicação do direito constitucional no Brasil. Serão duas as vertentes principais: a primeira tem um viés focado em premissas conceituais e procedimentais, já a segunda baseia-se numa perspectiva de aplicação dessas premissas na prática jurídica, mais especificamente no que diz respeito às decisões de nossa Corte Constitucional. O objetivo é trazer ao debate a complexidade do sistema constitucional, as dificuldades no processo de aplicação do direito e, especialmente, os dilemas que hoje se operam em um cenário de altas transformações na prática constitucional brasileira.

Palavras-chave: ativismo judicial; direito; neoconstitucionalismo; política.

A B S T R A C T

The present study aims to expose some central themes of contemporary brazilian constitutionalism, especially from a critical look at the marked changes that now operate in our legal reality. In a broader dimension examine the concepts, procedures and paradoxes of modern democratic constitutionalism to subsidize, from this examination, a more specific discussion related to a new configuration in the application system of constitutional law in Brazil. There will be two main strands: the first is a bias focused on conceptual and procedural assumptions, while the second is based on a perspective of application of these assumptions in legal practice, specifically with regard to the decisions of our Constitutional Court. The goal is to bring the debate to the complexity of the constitutional system, the difficulties in the implementation process of law and, especially, the dilemma that now operate in an environment of high brazilian constitutional changes in practice.

Keywords: judicial activism; law; neoconstitutionalism; policy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. ATIVISMO JUDICIAL E O NOVO CONTEXTO CONSTITUCIONAL	10
2.1. Neoconstitucionalismo e as transformações do direito constitucional brasileiro	10
2.2. Contexto histórico-político do constitucionalismo moderno brasileiro	13
2.3. A constituição fundada em princípios e não em valores	15
2.4. A questão dos direitos fundamentais	19
2.5. A expansão da jurisdição constitucional e sua nova sistemática de interpretação	22
2.6. Ativismo judicial e a concretização das normas constitucionais	25
3. O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	28
3.1. Generalidades, origem e evolução do fenômeno	28
3.2. O direito infraconstitucional e seu processo de constitucionalização	31
3.3. Os mecanismos de atuação prática	34
4. ASPECTOS PRÁTICOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	37
4.1. As decisões de nossa Corte Constitucional e a judicialização das relações sociais	38
5. CONCLUSÃO	55
6. REFERÊNCIAS	57

1. INTRODUÇÃO

Abordando o fenômeno do ativismo judicial, almeja o presente estudo demonstrar suas premissas, marcos, princípios e, fundamentalmente, de que forma o mesmo tem se manifestado no âmbito judicial, sobremaneira no tocante às decisões de nossa Excelsa Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal – STF.

O processo legislativo vigente mostra-se insuficiente para regular toda a gama de fatos sociais vivenciados pela sociedade, não contemplando, em seu modelo normativo, as formas cotidianas para suprir as lacunas legislativas existentes, tanto por ação, quanto por omissão do legislador, abrindo espaço para novas formas de se pensar a criação normativa. (SOUZA JÚNIOR, 1984, p.61)

O tema proposto, assim, origina-se da possibilidade de vislumbrarmos a existência de uma realidade de produção legislativa além daquela prevista constitucionalmente no texto de nossa Lei Maior, consubstanciada no ativismo judicial, pelo qual o modelo de produção normativa instituído vê-se questionado, substituindo-se os critérios técnico-formais positivistas, por novos padrões valorativos de referência, de fundamentação e, quiçá, de legitimação.

Percebemos que a cultura legislativa da produção normativa vai aos poucos sendo compartilhada com novos sujeitos de uma cultura jurídica insurgente, numa perspectiva alternativa de fundamentação pluralista e descentralizadora para a concepção da norma aplicável aos casos concretos, tendo-se por baliza os valores e princípios atinentes à ciência jurídica.

Esse movimento judicial surge do lugar de exclusão dos indivíduos dos direitos e da construção de experiências de cidadania, por intermédio das ações submetidas ao Poder Judiciário, as quais, por merecerem o devido provimento jurisdicional e tendo-se em conta, ainda, a inércia legislativa e o vazio normativo para o caso em concreto, faz com que os julgadores passem a reelaborar seu próprio saber jurídico, fruto das relações sociais habitualmente vivenciadas e atuando em seus respectivos espaços. (FARIA, 1988, p. 18)

Pode-se concluir, portanto, que tal situação leva-nos a identificar que as funções do Poder Legislativo, dentro da Organização do Estado Republicano brasileiro, enquanto centro primário de produção normativa e como fonte primordial de toda a criação legislativa, promove uma lacuna na produção legiferante e patrocina um cenário excludente das relações sociais efetivamente originadas no corpo social e

merecedoras, por certo, de efetiva regulamentação, o que, em algumas ocasiões, acaba sendo feito pelo Poder Judiciário, quando da análise das ações a ele apresentadas e da entrega da prestação jurisdicional àqueles que a requerem.

Ante o exposto, delimitaremos a análise dos julgados de nossa Excelsa Corte àquelas decisões mais emblemáticas tomadas pelo STF recentemente, de antemão citando os julgamentos da Lei de Biossegurança, da Lei da Ficha Limpa, do reconhecimento civil da união homoafetiva e da interrupção terapêutica da gravidez em caso de gestação de feto anencéfalo.

Algumas perguntas que se deseja aclarar ao final desse estudo são da seguinte ordem: será que estamos caminhando em uma direção adequada à complexidade do direito constitucional, ao adotar-se uma crença no método como efetiva solução de nossos conflitos? Até que ponto a atividade da jurisdição constitucional respeita a complexidade de nosso cenário de altas transformações sociais, tendo-se por base o princípio da separação dos poderes?

Com essas perguntas nortearmos o presente estudo para, assim, entendermos um pouco mais sobre o que tanto se debate sobre ativismo judicial, controle de constitucionalidade, direito e política, tudo numa perspectiva da aplicação do direito e efetiva distribuição da justiça.

Sendo assim, mãos à obra!

2. ATIVISMO JUDICIAL E O NOVO CONTEXTO CONSTITUCIONAL

A escolha do ativismo judicial, longamente explorado dentro da escola neoconstitucionalista, como principal marco teórico deste estudo, deve-se ao fato de que é perfeitamente perceptível a crise e o esgotamento do modelo legiferante instituído, o qual não mais atende, de forma plena e eficaz, aos reclamos político-sociais de segurança e certeza normativas no atual estágio de evolução das sociedades complexas e plurais, como é o caso brasileiro. (ARRUDA JÚNIOR, 1997, p. 86)

Dessa forma, torna-se necessário o reconhecimento de novos modelos de produção legislativa, demarcando um novo fundamento de validade; uma nova cultura do Direito que incida, efetivamente, no reconhecimento de novas formas de ações/criações legislativas garantidoras dos direitos fundamentais.

As principais teorias constitucionais modernas têm foco na aplicação do direito, abordando sua indeterminação em face da complexidade das sociedades contemporâneas. O ponto relevante é a dicotomia política/direito e suas possíveis implicações no contexto da separação dos poderes.

Para tanto, passamos a expor e analisar no subtítulo seguinte as transformações por que passa o direito constitucional, sobretudo no contexto brasileiro, e os marcos que delineiam essa nova teoria.

2.1 Neoconstitucionalismo e as transformações do direito constitucional brasileiro.

A Constituição Federal de 1988, mais conhecida como Constituição Cidadã, em razão do arcabouço de direitos e garantias nela insculpidos, torna-se um divisor de águas, pois ajudou o processo de redemocratização do país, promovendo a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário e, não poucas vezes, intolerante e violento, para um Estado Democrático de Direito. (BARROSO, 2011, p. 4)

Percebemos, assim, uma mudança significativa nas características do constitucionalismo brasileiro, especialmente com foco nos desdobramentos ocorridos após a promulgação da Constituição de 1988, influenciado, parcialmente, por alguns dos debates que se deram no contexto mais global do próprio constitucionalismo, numa substituição paulatina de conceitos, em uma ampla alteração na forma de se pensar o constitucionalismo brasileiro desde a década passada.

É o que destaca BARROSO no seguinte excerto:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor. (2011, p. 4 e 5)

Este, portanto, o *marco histórico* dessa nova dimensão do constitucionalismo brasileiro, propondo uma discussão mais abalizada sobre a posição deste em relação ao Estado.

No plano filosófico, o novo direito constitucional tem seu marco no pós-positivismo, teoria que surgiu propondo uma nova discussão sobre a normatividade dos princípios e tendo em foco o fracasso filosófico do jusnaturalismo e do colapso político do positivismo jurídico apoiado pela Alemanha Nazista e Itália Facista. Ao fim da 2ª Grande Guerra inicia-se um processo de retorno da ética e dos valores ao Direito. (BENVINDO, 2010, p. 126)

Tal teoria visa dar aos princípios jurídicos caráter normativo, e estes devem atuar como uma espécie de norma jurídica vinculante, influenciando a doutrina moderna, que, ao contrário da posição defendida pela doutrina clássica, para a qual existiam distinções entre princípios e normas, passa a entender que as normas são gênero do qual fazem parte as espécies princípios e regras, já que ambos exprimem um “dever-ser”.

O pós-positivismo tenta restabelecer uma relação entre direito e ética, pois busca materializar a relação entre valores, princípios, regras e a teoria dos direitos fundamentais e, para isso, valoriza os princípios e sua inserção nos diversos textos constitucionais para que haja o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica. (ALMEIDA, 2010, p. 8)

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, o pós-positivismo vai além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas evitando os riscos de um resgate metafísico em sua compreensão, como hoje muito se observa com o princípio da dignidade humana. (BARROSO, 2011, p. 6)

Eis o *marco filosófico* dessa nova dimensão do constitucionalismo moderno.

No que concerne ao aspecto teórico, percebemos grandes transformações que, relativamente à aplicação do direito constitucional, modificaram o conhecimento até então aplicado, transformações essas que BARROSO (2011, p. 6) e LENZA (2011, p. 64) identificam como sendo o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A ideia de força normativa da constituição foi desenvolvida e defendida por Konrad Hesse, em sua obra de mesmo nome, pela qual afirma que a norma constitucional tem *status* de norma jurídica, sendo dotada de imperatividade, com as consequências de seu descumprimento, como, aliás, ocorre com as demais normas jurídicas, permitindo, portanto, seu cumprimento forçado. (LENZA, 2011, p. 64)

Como resultado da expansão constitucional, percebe-se um declínio da supremacia do Poder Legislativo, abrindo espaço para a supremacia da Constituição e a conseqüente constitucionalização dos direitos fundamentais, sob proteção do Poder Judiciário, tema esse que será abordado em capítulo específico, mas ao qual fazemos referência como forma de situar o leitor sobre os desdobramentos desse marco.

Dentro dessa nova sistemática de interpretação constitucional, podemos perceber que com “o avanço do **direito** constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao **papel da norma**, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao **papel do juiz**, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do **Direito**, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”, conforme doutrina BARROSO. (2011, p. 12)

Diante do até aqui exposto, pode-se afirmar que, nos dias atuais, democracia e constitucionalismo andam juntos, este regulando as liberdades individuais

e o querer do povo, portanto, aquela só é possível com este, onde, inclusive, as minorias conseguem ter voz e vez.

Afirma FIORAVANTI (2001, p. 85 e 86):

El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite e de la garantía. Obviamente, es cierto que no se puede sostener que el poder soberano que Hobbes y Rousseau habían situado en el centro de la constitución de los modernos fuese por ellos configurado como un poder arbitrario. Al contrario, era entendido por ellos como un poder llamado por los mismos individuos – a través del pacto social – a instituir una ley cierta, a través de la cual fuese posible estabilizar la vida y las posesiones de esos mismos individuos y, entonces, crear las condiciones para que pudiesen comenzar a tomar forma los derechos individuales.

Podemos concluir, portanto, que o ambiente democrático só se consegue ou se torna possível quando o povo aceita a sua Constituição, que é, sobre todas as coisas, o marco legal regulatório das relações sociais.

2.2. Contexto histórico-político do constitucionalismo moderno brasileiro.

A transição promovida pela nossa Carta Política de 1988 propiciou a abertura para novas formas de participação política e de controle do Estado, ao mesmo tempo em que forneceu ferramentas hábeis a dar consecução a esses propósitos, permitindo que o constitucionalismo caminhe junto com a soberania popular, distinguindo a titularidade do poder com e seu exercício. (LENZA, 2011, p. 86)

Estamos aqui falando de toda gama de instrumentos e de legitimados que podem propor modos de controle e de participação popular, fazendo valer a prevalência dos direitos fundamentais e limitando o poder autoritário do Estado, consagrando-se, assim, o Estado Democrático de Direito, conforme disposto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, Constituição, 1988)

Têm-se que o exercício do Poder se dá de forma indireta, ou seja, no âmbito federal é exercido pelos Deputados Federais, no âmbito estadual é exercido pelos Deputados Estaduais, sendo que no Distrito Federal tal competência cabe aos Deputados Distritais e no âmbito municipal é exercido pelos Vereadores. (LENZA, 2011, p.73)

Consagrou nosso Texto Político a ideia de democracia semidireta ou participativa, pela qual a soberania popular se manifesta por meio do sufrágio universal

e pelo voto direto e secreto, além de outros instrumentos que lhe são pertinentes, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis. (LENZA, 2011, p. 65)

Não obstante, o legislador constituinte originário criou mecanismos por meio dos quais se é possível controlar os atos normativos emanados do Poder Público, aqui entendido em sentido amplo, a fim de verificar sua conformação com os preceitos e princípios previstos em nossa Constituição.

Tal cenário tem como corolário o princípio da supremacia da constituição, subsidiando um movimento paulatino de substituição de conceitos ligados ao constitucionalismo estadunidense, tais como o devido processo legal substantivo e razoabilidade, para aqueles ligados à escola germânica, tais como o princípio da proporcionalidade, o núcleo essencial dos direitos fundamentais e a reserva do possível.

Tal comportamento propiciou alterações significativas no sistema constitucional brasileiro, especialmente no tocante a uma maior centralização do poder jurisdicional constitucional no Supremo Tribunal Federal, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI, Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF e mais recentemente a Súmula Vinculante, a Repercussão Geral e a Modulação de Efeitos. (LENZA, 2011, p. 246)

Esse movimento reverte o pensamento constitucional até então vigente, promovendo discussões sobre uma teoria da justiça, dentro de um pensamento liberal, de argumentação antiutilitarista e abordando as dicotomias entre liberdade e diferença.

Percebe-se, assim, uma forte tendência de mostrar a distinção de teorias que visam a reforçar a natureza deontológica do direito em contraposição a teorias que se caracterizam pela confusão entre axiologia e deontologia, explicitando, com base nas premissas adotadas sobre a compreensão dos direitos fundamentais, a existência de diversas formas de se compreender a aplicação do direito e, por conseguinte, o real papel da jurisdição constitucional. (ALEXY, 2012, p. 136)

Para se ter uma ideia do até aqui exposto, novamente o Congresso Nacional se vê envolto em uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI para apurar supostas irregularidades de seus membros, enquanto o STF decidia sobre a descriminalização do aborto nos casos de fetos anencéfalos, claramente mais uma mostra da inversão de competências, geradas pela apatia daquele em relação ao seu

mister, que é regular, por meio da edição/atualização de normas, os dilemas que hoje se operam em um cenário de altas transformações sociais.

Percebemos, dentro dessa corrente do liberalismo político, aqui entendida como movimento ideológico-político de interpretação mais ampla da realidade, que a validade se apoia nas premissas da liberdade e da igualdade, legitimando o quadro factual, cabendo ao direito, portanto, legitimar a facticidade vivida pelo corpo social, sendo esse paralelo explorado, de forma bastante densa, por HABERMAS (1997, p. 157), apoiado na junção entre direito e justiça.

É o que também destaca BARROSO (2011, p. 12) no seguinte trecho:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Para concluir que quando “[...] *duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto*” (BARROSO, 2011, p. 14), o que, nesse caso, será feito pelo próprio julgador, aqui compreendido como a estrutura judiciária, primando pela proteção de determinados direitos e valores que não apenas atendem aos reclamos das partes envolvidas no caso concreto, mas também pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação.

Em síntese, a argumentação principiológica não se submete a uma esquematização majoritária, contudo, não há uma confusão entre moral e valores, ou seja, separam-se as duas vertentes: a deontológica e a axiológica.

2.3. A constituição fundada em princípios e não em valores.

Travaremos, neste tópico, um debate de natureza mais filosófica, adentrando temas relacionados aos valores e aos princípios, os quais, em sua particularidade, têm uma inegável carga subjetiva, como também de algumas correntes

e pensamentos que lançam sobre eles uma feição jurídica, enquanto balizas de produção normativa.

Dentro do que já se falou até aqui, sociedades plurais, amplamente citadas em exposições anteriores, são sociedades divididas em diferentes esferas sociais, compromissos, bens e códigos morais não poucas vezes conflitantes, dentre as quais é exemplo a nossa.

Uma constituição que pretenda lidar com essa característica das sociedades modernas, principalmente as ocidentais, deve apresentar alguns traços básicos, dentre os quais destacamos: limitar em grau mínimo as possibilidades de desenvolvimento de concepções do bem, por meio da delegação de direitos e garantias básicas; apresentar uma estrutura pública que parta de concepções políticas acerca dos princípios fundamentais da sociedade, e não apenas de concepções valorativas derivadas de doutrinas abrangentes; delinear instituições articuladas em cargos e posições acessíveis a todos e capazes de articular, por meio de concepções políticas, respostas justificadas para as demandas postas ao poder público; e assegurar condições mínimas do exercício das liberdades e dos direitos nela mesma insculpidos. (ALMEIDA, 2010, p. 12)

Há que ter cuidado na conjunção desses traços dentro do corpo social, a saber: a exacerbação da autonomia privada fatalmente nos levará à privatização do público, que passa a servir apenas aos interesses privados, já a exacerbação da autonomia pública resultará nos excessos do coletivismo ou da maioria, em detrimento dos interesses ou direitos da minoria.

Como destaca HABERMAS (1997, p. 184):

A razão prática que é articulada no estado de direito [*rule of law*] é – como governo exercido legalmente – ligada às características constitutivas do direito moderno. Isso explica porque as co-implicações entre soberania popular e constitucionalismo estão refletidas na relação entre a autonomia dos cidadãos e a autonomia individual: uma não pode ser realizada sem a outra.

Como visto, uma concepção de justificação pública não pode recorrer a valores decorrentes de doutrinas abrangentes, de natureza genérica ou metafísica, mas a princípios que cidadãos livres e iguais poderiam razoavelmente endossar, uma vez que estão publicamente justificados no meio social, tendo em vista que a história institucional de uma sociedade pode não conseguir encontrar razões suficientes para

derrubá-los ou possa produzir argumentos suficientes para que eles possam ser endossados em uma carta constitucional.

Surge, a partir dessa constatação, uma pergunta: que elementos uma teoria da constituição precisa assumir? Em primeiro lugar, se queremos evitar os riscos metafísicos das teorias jusnaturalistas, como as baseadas no princípio da dignidade da pessoa humana, de conceito vago e amplo, é necessário reconhecer uma consequência teórica da cooriginalidade das autonomias pública e privada: a cooriginalidade entre homem e sociedade. (CASTRO, 1998, p. 78)

Ao contrário daqueles que postulam a pré-existência da sociedade ao homem, e ao contrário dos que afirmam a pré-existência do homem e dos direitos supraculturais em relação à sociedade, é necessário reconhecer, com o liberalismo político contemporâneo e a teoria crítico-deliberativa defendida por Habermas, que as duas instâncias são interdependentes, portanto, não há mais espaço para recorrer a direitos jusnaturalistas, transcendentais à política, como dados empíricos de onde nossas considerações devem partir.

Mas também não seria conveniente delegarmos tudo à política, sob pena de correremos o risco de sucumbir novamente ao autoritarismo da coletividade, mencionado anteriormente, portanto, como segundo elemento de uma teoria da constituição, é necessário recorrer à história institucional de uma sociedade concreta e verificar os princípios que se consagraram institucionalmente, uma vez que, ao longo da história, foram considerados vitoriosamente justificados ou, pelo menos, não conseguiram ser derrotados por outros argumentos melhores. (FARIA, 1988, p.112)

Isso não implica aceitar todos os princípios, mas é necessário interpretá-los coerentemente tanto com a nossa prática quanto com as idealizações contrafactuais acerca dos princípios que poderiam ser aceitos para regular uma sociedade cujos cidadãos pretendem-se livres e iguais. (DWORKIN, 2001, p. 186)

Tanto a crítica quanto a aceitação dos princípios, desde que feitas no intuito de justificar decisões concretas com o conjunto dos princípios constitucionais, precisam, portanto, de um padrão mínimo de coerência e validade no meio social.

Destarte, a aceitação de apenas um desses elementos leva, segundo DWORKIN (2007, p. 168-203), ou ao convencionalismo, intimamente ligado ao positivismo e à tradição, baseado apenas em considerações históricas acerca das decisões passadas, sem apontar para o futuro; ou ao pragmatismo, que aposta em

considerações de eficiência como fundamento para prescrever decisões jurídicas, numa visão mais futurista.

Surge daí mais um questionamento, a saber: como articular, então, a relação entre o passado institucional e nossas idealizações contrafactuais? Uma resposta a essa questão compatível com o ideal de justificação pública supramencionado parte da ideia de coerência e se encontra, de modo geral, nas perspectivas teóricas de Dworkin, baseada na integridade; Günther, sedimentada na coerência; e Rawls, embasada no equilíbrio reflexivo, tanto que este, numa primeira formulação da teoria da justiça como equidade, enfatizou e conceituou a necessidade de coerência entre nossas intuições morais, carregadas de informações relevantes sobre nosso passado institucional, e os princípios abstratos. (RAWLS, 2002, p. 102)

O método de equilíbrio reflexivo, portanto, procede em três estágios, quando alguém busca formular um juízo moral: em primeiro lugar, essa pessoa identifica um conjunto de juízos refletidos acerca da justiça no caso concreto, em condições de informação suficiente para produzir julgamentos relevantes e adequados; em segundo lugar, a pessoa busca princípios que poderiam fundamentar os juízos escolhidos naquele, no último estágio é necessário avaliar se os princípios e os juízos são reciprocamente compatíveis e, se não o forem, é imperativa a decisão de reformular os princípios ou os juízos refletidos, de modo a compatibilizá-los mutuamente. (ALMEIDA, 2010, p. 9)

No fulcro das instituições capazes de se articularem com o ideal de pluralismo, é necessário que firmem uma distinção, já clássica no pensamento liberal e inerente ao próprio entendimento da cooriginalidade, entre autonomias pública e privada, entre razão pública e razão não pública.

No fundo, esta também é uma decorrência da distinção entre valores, associados à razão não pública, entendida como a razão particular das concepções defendidas em doutrinas abrangentes, e princípios, associados à razão pública.

A tradição liberal contemporânea ligada a Rawls e a Dworkin entende que apenas as questões relativas às concepções políticas que partam dos princípios publicamente justificados, podem ser propostas no âmbito da razão pública.

Além disso, a justiça é institucionalizada por meio dos *direitos* e das *políticas*, com a supremacia dos primeiros sobre as segundas, no sentido de que uma política não pode violar direitos, entendidos como trunfos e garantias individuais do cidadão contra a autoridade do Estado.

Com isso, uma teoria constitucional baseada na apresentação de razões fundadas em princípios não hierarquizados, a serem interpretados pelos aplicadores com base na coerência entre suas intuições morais e as normas principiológicas em um processo de equilíbrio reflexivo, e não em valores ponderados, é compatível com a ideia de direitos individuais. (ALMEIDA, 2010, p. 16)

Porém, uma constituição, compreendida como ordem concreta e hierarquizada de valores, não pode, como já visto anteriormente, ser compatível com o pluralismo deontológico estrutural, tendo em vista que o que se pode perceber é que, ante ao compromisso desta corrente com a máxima da proporcionalidade, a mesma não pode ser seriamente compatibilizada com a própria ideia de direitos individuais, já que, face a sua relação com a teoria utilitarista de regras, não pode distinguir entre direitos, princípios e políticas, já que opera por meio da lógica da *eficiência*. (RAWLS, 2002, p. 121)

Em suma, podemos concluir que uma teoria de viés utilitarista não é capaz de impedir a violação de direitos por meio de políticas, pois seu critério ordenador, a máxima de proporcionalidade, não reconhece a prioridade lexical que confere supremacia dos direitos e princípios fundamentais em relação às políticas públicas, daí sua impossibilidade de coexistência em um espaço verdadeiramente democrático.

Diante disso, adentraremos em tópico específico sobre os direitos fundamentais, objetivando uma melhor colocação do problema no contexto deste estudo.

2.4. A questão dos direitos fundamentais.

Um ponto que merece ser examinado neste trabalho diz respeito aos debates contemporâneos sobre o papel dos direitos fundamentais em sociedades complexas e plurais, como é o caso brasileiro, enfatizando algumas distintas concepções sobre esses direitos, tais como as que os enquadram como garantias subjetivas ou como princípios objetivos da realidade jurídica, tomando por pressuposto o que foi dito no subtítulo anterior.

Com isso, pretendemos ampliar a discussão sobre o caráter binário ou relativo de tais direitos, o que tem repercussões diretas na forma de aplicação do direito constitucional, tanto no âmbito judicial quanto administrativo.

A civilização humana, desde os seus primórdios, até o período atual, passou por inúmeras fases, cada uma com suas peculiaridades, com seus pontos negativos e positivos, de modo que as evoluções científicas, tecnológicas, políticas, econômicas, sociais e jurídicas são, muitas vezes, lentas e graduais.

A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade, por isto é de extrema importância, para entender seu significado atual, compreender como eles foram observados em eras passadas para eliminar os erros e aperfeiçoar os acertos. (ALEXY, 2008, p. 18)

Discute-se na doutrina a respeito da terminologia correta para designar os direitos essenciais a pessoa humana. Fala-se, como exemplo, em “direitos humanos”, “direitos morais”, “direitos naturais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos dos povos”, “liberdades públicas” e “direitos fundamentais”, analisaremos o conteúdo destas expressões explicando as razões pelas quais se escolhe uma ou outra terminologia para identificar esses direitos.

Podemos encontrar já na Idade Antiga, na Idade Média e no início da Idade Moderna, alguns resquícios de tais direitos, assim como algumas ideias que fundamentam a existência desses direitos, prolongando-os no tempo.

A influência das Revoluções inglesa, francesa e americana no reconhecimento e na positivação dos direitos essenciais à pessoa humana foi patente, no sentido de propiciar a discussão a respeito das “dimensões” desses direitos ou, como grande parte da doutrina entende, das “gerações” dos direitos fundamentais.

A doutrina constitucional reconhece três “dimensões” de direitos fundamentais, entretanto, alguns constitucionalistas propõem uma quarta dimensão, não existindo, entretanto, um reconhecimento constitucional positivo de sua existência, nem uma concordância quanto ao seu real conteúdo.

Daí falar-se sobre cada uma dessas "dimensões" de direitos fundamentais sempre ressaltando que o trânsito de uma dimensão a outra não significa, necessariamente, que tais direitos deixam de existir, mas sim que surgem direitos novos ou perspectivas novas sobre direitos já reconhecidos, sempre objetivando uma maior proteção à pessoa humana, em um espaço de coexistência e validação.

Com a ciência jurídica não poderia ser diferente. Condiçãoada à existência de vida humana em sociedade, também passou ela por inúmeras

modificações, enormes avanços e infelizes retrocessos que, muitas vezes, acabaram com inúmeros séculos de lutas e esperanças por um mundo mais justo, portanto, faz-se necessário o uso da história para uma melhor compreensão destes fenômenos. (DEMO, 1996, p. 28)

Percebe-se, portanto, a importância do estudo da história para a compreensão do mundo jurídico, ainda mais quando se tratar daqueles direitos essenciais à pessoa humana, ou seja, não será possível compreender os direitos humanos e os direitos fundamentais sem relacioná-los à história, pois estes não surgem como uma revelação, como uma descoberta repentina de uma sociedade, de um grupo ou de indivíduos, mas sim foram construídos ao longo dos anos, frutos não apenas de pesquisa acadêmica, de bases teóricas, mas, principalmente, das lutas contra o poder. (CARVALHO NETO, 2003, p. 118)

Os direitos do homem, ainda que por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias e caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, contudo, como já destacado anteriormente, os mesmos nascem de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

CANOTILHO (2008, p. 29) também partilha de entendimento semelhante:

A colocação do problema – boa ou má – deixa claramente intuir que o filão do discurso subsequente – destino da razão republicana em torno dos direitos fundamentais – se localiza no terreno da história política, isto é, no *locus* globalizante onde se procuram captar as idéias, as mentalidades, o imaginário, a ideologia dominante, a consciência coletiva, a ordem simbólica e a cultura política.

Em suma os direitos essenciais a pessoa humana nascem das lutas contra o poder, das lutas contra a opressão, das lutas contra o desmando, gradualmente, ou seja, quando as condições lhes são propícias ou quando se passa a reconhecer a sua necessidade para assegurar a cada indivíduo e à sociedade uma existência digna.

Entendemos necessário um estudo histórico a respeito dos direitos essenciais à pessoa humana, objetivando entender como, quando e em que contexto eles surgiram para a humanidade, explicando, ainda, a sua positivação dentro do sistema jurídico e, portanto, aceitos frente ao poder político e independente da vontade deste, o que poderá ser objeto de uma exposição mais densa em momento acadêmico mais oportuno.

2.5. A expansão da jurisdição constitucional e sua nova sistemática de interpretação.

Qualquer digressão a respeito do desenvolvimento histórico do tema poderia gerar, perfeitamente, todo um novo escrito, algo que a especificidade do presente estudo e seu enfoque teórico, bem próprio, não nos permite fazê-lo.

A primeira observação devida é quanto à proposta de redimensionar o princípio da separação dos poderes, a partir de seus contornos montesquianos, somando-se a isso o atual contexto de harmonia entre os poderes, absolutamente distinta daquele conceito originário, empregando-se hodiernamente, inclusive, o termo *sinergia* entre os poderes. (LENZA, 2011, p. 188)

No passado, independência e harmonia significavam separação entre os limites de interferência de cada poder, além de atuação livre entre um e outro, ou seja, a independência, significando esta o acordo perfeito entre essas divisões do todo estatal, bem como a regularidade na existência separada de cada um deles, ou seja, a harmonia.

O horizonte de significação hoje pode se ampliar, pois o postulado da independência traduz que cada poder tem regulamentação própria e que não espera atitudes dos outros a fim de se manifestar, democraticamente, ou a fim de se inserir, de qualquer forma possível, na realidade socioeconômica e política num dado momento. (ALEXY, 2008, p. 122)

Já a harmonia é a exigência de coerência de atuação, na compreensão de que tais poderes apontam, sintonizados, a uma mesma direção, sendo ela, vetorialmente, o movimento coordenado de todos os vértices estatais a um mesmo ponto, mesclando-se numa força conforme e alinhada.

Não há porque se entender mais a independência e a harmonia como princípios que comandam a não intervenção de um poder em outro ou a necessidade de aversão à tirania de um poder sobre os outros, mas sim da ocupação de espaços capilares de um poder nos demais, visando a concretização de direitos estabelecidos no arcabouço normativo.

Tal receio já deveria ter ficado no passado, tendo em conta que hoje em dia o pluralismo, a complexidade e o dinamismo extraídos das demandas sociais, os quais, obviamente, acabam por refletir nas atividades estatais, não mais permitem uma

atuação distanciada e isolada de cada um dos poderes, tornando urgente a coordenação deles em prol do atendimento dos anseios que a fórmula de Estado Democrático de Direito gera e da realização e distribuição da justiça.

Para esse atendimento de anseios, o Poder Executivo, por exemplo, se utiliza de *políticas*, isto é, diretrizes que orientam sua atitude administrativa, diretrizes essas que se mesclam de diferentes formas, seja através da aprovação de uma lei, e aqui se insere o Poder Legislativo, na formulação das políticas públicas que se materializem com a propositura de leis, através de um plano de aplicação, mas, com efeito, a verdade é que tais políticas haurem, todas, de comandos constitucionais, genéricos ou específicos. (SANTOS, 1998, p. 156)

Nesse sentido constitucionalizante das estratégias de atuação dos Poderes, assevera-se que todos eles deveriam concretizar as políticas escolhidas ou eleitas, para que os três, cada qual a seu modo, e com seu mister peculiar, realizassem as opções do Estado Democrático de Direito.

Portanto, é enganosa a ideia de que políticas públicas devam, inexoravelmente, ser concretizadas pelo Poder Executivo, não se pode negar que a sua gestão é a mais adequada ao atingimento de determinadas políticas, como as da área social e econômica, entretanto, continua válido o comentário que reforça a necessidade de que todas as forças estatais ajam, em conjunto ou separadamente, dado o papel de cada uma na consecução da democracia.

Nossa realidade é a de um aparelhamento estatal débil, insuficiente em planejamento, escasso em recursos, de baixíssimo comprometimento dos servidores para com o sucesso e ineficiente, com os seus consequentes comportamentos oportunistas, como a corrupção, enfim, a realidade é de não consecução das atividades estatais, por esses e outros inúmeros fatores é que se pode explicar as causas da inaplicabilidade dos planos traçados, a partir da Carta Magna, ou através de leis que preveem direitos fundamentais.

Ante as circunstâncias, força-se o trabalho excessivo de um outro Poder, no caso o Poder Judiciário, pelo que este, inclusive por expressa previsão constitucional, foi e sempre será chamado a dar a última palavra, no instante em que os outros dois não cumprirem com os seus propósitos institucionais.

É o que nos esclarece o Prof. HUMBERTO ÁVILA ao destacar que:

Nesse quadro, o ponto zero estaria na positivação e na aplicação, exclusiva ou preponderante, dos princípios no lugar das regras. Da preferência normativa ou teórica por determinado tipo de norma (os princípios)

decorreria um método diferente de aplicação (a ponderação), do qual, por sua vez, adviria tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação (individual e concreta), quanto o predomínio de uma dimensão específica da justiça (a particular), os quais, a seu turno, conduziriam à dominância de um dos Poderes (o Judiciário) e de uma das fontes (a Constituição). Em suma, a mudança da espécie normativa implicaria a modificação do método de aplicação; a transformação de método de aplicação causaria a alteração da dimensão prevalente de justiça, e a variação da dimensão de justiça produziria a alteração da atuação dos Poderes. Ou, de modo ainda mais direto: a norma traria o método; o método, a justiça; a justiça, o Poder. (2009, ps. 2 e 3)

Nesse contexto podemos afirmar que se inaugura o período de um Poder Judiciário com feições de um superpoder, capaz de realizar aquilo que os outros não conseguem, ou pelo menos não conseguiram, e capaz de concretizar, em síntese, as políticas de efetivação e de incremento dos direitos fundamentais (BARROSO, 2011, p. 28), cuja incumbência cabe ao Executivo por aqueles diplomas que, em tese, viriam do Legislativo.

Ante a falta de atitudes administrativas típicas dos outros Poderes, acaba o Judiciário sendo provocado, invariável e incansavelmente, pelos cidadãos, não lhe sendo possível se furtar a decidir.

O que havia antes dessa acepção, eram decisões meramente declaratórias, que enunciavam os tipos de problemas enfrentados pelas cortes nacionais, com decisões que somente se prestavam a analisar o motivo pelo qual os outros Poderes não efetivavam os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Hoje, o *não se furtar a decidir* do juiz deve ser compreendido de maneira mais abrangente, quase como *não poder se furtar a solucionar as demandas*, pelas quais o Judiciário torna-se o umbral último em que o cidadão tenta resguardar ou, até mais, ver aplicar e usufruir direitos fundamentais, de maneira que estes sejam reconhecidos e efetivamente aplicados, mesmo que não espontaneamente, como seria o ideal, mas, ao menos, o sejam pela atuação de um dos poderes constitucionalmente constituídos.

Nesse ponto de reflexão é que se situa o título de controle judicial das políticas públicas, ou seja, a inaplicabilidade ou não reconhecimento, na práxis político-social brasileira, do arcabouço de direitos, gera um arremedo de democracia, tanto quanto a participação política se cinge à participação eleitoral e, destaque-se, passiva, consubstanciada no ato de votar, também os direitos fundamentais são efetivados somente na esfera judicial. (ARRUDA JÚNIOR, 1997, p. 95)

A ideal concretização de direitos, desde o campo do Executivo, por intermédio de políticas públicas, por exemplo, ou da simples aplicação correta da lei, ou desde o âmbito do Legislativo, que deveria regulamentar diversas normas da Constituição, a fim de vivificá-las, atualizá-las ou adequá-las à realidade em que incidem, sem dizer, ainda, que poderia conceber leis que compartimentassem as políticas públicas executivas ou que, de qualquer modo, as incrementassem, facilitaria a aplicabilidade e ampliaria as raias de proteção às matérias de direitos fundamentais. (CARVALHO NETTO, 2003, p. 151)

Finalizamos com a triste constatação de que nada disso ocorre ou, se ocorre, é em grau inversamente proporcional ao crescente e flagrante desrespeito aos direitos fundamentais e às políticas públicas que os assegurem, as quais, diga-se de passagem, fracassam no atendimento das demandas sociais, fazendo com que o Poder Judiciário emergja como último refúgio do cidadão, como última tentativa dos titulares desses direitos fundamentais no fito de vê-los plenamente respeitados e aplicados aos casos concretos.

2.6. Ativismo judicial e a concretização das normas constitucionais.

Objetivando adentrarmos no estudo da hermenêutica constitucional, faz-se necessária a compreensão do entendimento da sociedade moderna em seu sentido plural, como já destacado, sendo essa uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas, fundadas em diferenças jurídicas, econômicas, sociais e culturais, como dito.

Dessa forma, vislumbramos uma ideia de uma sociedade aberta, caracterizada pela sua dinamicidade social, ou seja, fundada no dissenso, no debate, concepções e pensamentos, de forma constante, a fim de acompanhar as evoluções do tempo em uma verdadeira ligação com a realidade e com a ideia de uma real democracia. (CARVALHO NETTO, 2003, p. 56)

O círculo de intérpretes resta alargado, a fim de abranger, além das autoridades públicas e as partes formais do controle de constitucionalidade, os cidadãos e grupos sociais que, de um modo ou de outro vivenciam a realidade constitucional, numa acepção de que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la, de forma que a compreensão constitucional deverá estar voltada para a vida social, passando a Constituição por um contínuo processo de interpretação

realizada por todos aqueles que vivenciam a realidade da lei maior. (GÜNTHER, 2004, p, 187)

Neste sentido, a dilação do rol de participantes no processo constitucional de interpretação, característico de uma sociedade aberta e plural, como a nossa, permite uma busca cooperativa da verdade, propiciando uma maior legitimidade nas decisões proferidas na medida em que se aumente a participação dos interessados, os quais experimentam, diuturnamente, a realidade dinâmica.

Pode-se inferir, no que concerne à legitimação pelo procedimento, que esta não se restringe somente ao seu aspecto formal, indo além e resultando na participação qualitativa e de conteúdo do corpo social na própria decisão, não se tratando de um aprendizado dos participantes, mas, sim, de uma adequação dos vários Tribunais em face dos diversos participantes no processo decisório, como teremos a oportunidade de ver em capítulo próprio deste estudo, destinado à análise dos julgados do Pretório Excelso.

O fato é que a Constituição, enquanto Diploma Maior, deve se manter viva na realidade social, incluindo-se os aspectos relacionados a uma sociedade plural. Neste ponto vale destacar, apoiado em FIORAVANTI, que:

Las Constituciones de *letra viva*, entendiendo por letra viva aquellas cuyo resultado es obra de todos los intérpretes de la sociedad abierta, son em su fondo y em su forma expresión e instrumento mediador de culturales, y depósito de futuras ‘configuraciones’ culturales, experienciais y vivencias, y saberes. (2001, p. 237)

Desta forma, a Constituição deverá ser compreendida não apenas como uma realidade jurídica, mas, também, como uma realidade cultural, não sendo somente um texto jurídico, e sim, um contexto cultural, fruto das relações jurídicas vivenciadas pelo corpo social o qual pretende regular.

Portanto, a Constituição não é somente uma ordem jurídica para juristas, destinando-se também a cidadãos e grupos formadores da sociedade, caracterizando-se como expressão de uma situação cultural dinâmica, como forma de auto representação cultural de um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas relações sociais, além do que *la realidad jurídica del Estado constitucional representa solo una parte de la realidad de una Constitución viva, que, em profundidad, es de naturaleza cultural*. (FIORAVANTI, 2001, p. 239)

Diante disso, a partir do momento em que se considera a Constituição como um contexto cultural, é necessário que seus intérpretes detenham uma cultura

constitucional prévia, entendendo-se que a essência do núcleo cultural central consiste em certas ideias tradicionais, selecionadas e transmitidas historicamente entre os participantes do processo, assim como seus respectivos valores concomitantes.

O ponto fulcral para a concretização das normas constitucionais reside na noção dessa abertura, entendida como sendo o princípio da Constituição, refletida na forma através da qual a democracia pode se consolidar com a participação dos cidadãos envolvidos no processo de aceitação e validação de seus comandos.

Ao fazer referência a uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, SANTOS assim se pronuncia:

O processo constitucional, por conseguinte, torna-se parte do direito de participação democrática, onde todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, participantes materiais do processo social, estão envolvidos, de tal modo que a interpretação constitucional é, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e elemento formador dessa mesma sociedade. Porém, subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação. Cuida, tal proposta, de uma democratização da interpretação constitucional, o que corresponde a uma democratização da jurisdição constitucional, já que esta deve levar necessariamente em conta a opinião pública. (1988, p. 86)

Oportuno, por fim, destacar que a jurisdição deve sofrer um processo de democratização, passando a compreender a Constituição como *res publica*, como um processo aberto, em permanente construção, para o que se pressupõe o exercício de uma cidadania ativa.

3. O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.

Passamos a expor neste capítulo de que forma os diferentes Poderes absorvem o rol de deveres, tanto positivos quanto negativos, a fim de promover os fins ditados pela Constituição.

De construção relativamente recente na terminologia jurídica, a locução constitucionalização do direito, dentro do contexto deste estudo, expressa-se de duas formas, a saber: **a)** o acolhimento pelas Constituições de institutos e regras antes relegadas ao campo infraconstitucional; e **b)** a releitura dos institutos previstos na legislação por meio dos princípios fundamentais. (ALMEIDA, 2010, p. 15)

Naquele sentido, o constituinte busca albergar, no sistema jurídico, normas destinadas a proteger institutos, dotados de grande relevância para o interesse público, para exemplificar, destacamos as normas de direitos fundamentais garantidoras dos direitos autorais, expresso no art. 5º, inciso XXVII, ou do direito de herança, disposto no inciso XXX, do mesmo artigo da Constituição Federal.

Além da proteção de institutos jurídicos, esse fenômeno manifesta-se também pelo acolhimento de regras tipicamente legais pela Carta Política, tal como acontece com a previsão da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, conforme art. 5º, inciso XXVI, ou da dissolução do casamento por meio do divórcio, expresso no art. 226, § 6º.

Entretanto, entendemos que o mais relevante aspecto desse processo consiste na releitura de toda a ordem infraconstitucional à luz da Constituição, assim, os vários ramos do direito passam a sofrer intensas modificações em seus mais elementares institutos e categorias jurídicas, os quais são remodelados pela doutrina, pela jurisprudência e pelo legislador ordinário com vistas a adequá-los aos preceitos da Constituição Federal, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana. (LENZA, 2011, p. 66)

Passaremos a expor, nos subtítulos seguintes, alguns outros aspectos que entendemos relevantes para a compreensão do fenômeno.

3.1. Generalidades, origem e evolução do fenômeno.

Após as grandes guerras, mormente a segunda, houve uma extrema necessidade de se repensar todo o Direito, deixando um pouco de lado os valores do

liberalismo, já analisados anteriormente e propostos até então. Passou o Direito, assim, a assumir uma carga axiológica que trouxe em seu bojo os denominados Direitos Sociais, sobre os quais já havia debates iniciados com o constitucionalismo social, contudo, nesta etapa passaram a se mostrar de uma forma que antes não era percebida, ocorrendo neste momento uma reflexão acerca dos valores fundamentais da Democracia. Surge, assim, o denominado Estado Democrático de Direito.

Devido às mudanças na sociedade ocorridas no pós-guerra, verificou-se a necessidade de uma maior valorização dos Direitos Fundamentais e a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana e os valores democráticos a ele associados ou convergentes.

Além da gradual superação do Estado Legislativo e graças ao fortalecimento dos princípios e direitos fundamentais, pudemos verificar, também, que neste período ocorreram várias reflexões na sociedade, dentre as quais se destaca a nova concepção do que vem a ser democracia, ou seja, não como um jogo político e como instrumento de dominação, mas sim como um sistema político necessário ao desenvolvimento social e comprometido com o espírito público. (AGUIAR, 1990, p. 127)

Esta democracia trazida pela doutrina pós-moderna não se configura pela “ditadura da maioria”, nem tampouco necessita que toda e qualquer decisão passe pelo crivo popular, na verdade, todo e qualquer sistema que se julgue democrático, nos moldes pós-modernos, deve ser composto de um conjunto de princípios e regras destinados a assegurar a participação popular e estabelecer limites a essa participação. (COELHO, 1992, p 86)

Diante deste novo conceito de Democracia, o qual supervaloriza o respeito aos Princípios Fundamentais, constatou-se, cada vez mais, o fracasso do positivismo moderno, como exposto anteriormente, pois se mostrou ineficiente frente às novas demandas das sociedades contemporâneas e conflitivas de massa, que se apresentam cada vez mais complexas e globais, produzidas pelo fenômeno denominado globalização, processo ao qual apenas fazemos menção como forma de situar o leitor sobre essa nova dinâmica.

Neste momento, verificou-se a necessidade de se repensar o Direito como um todo, abrindo caminho para uma nova reflexão acerca da Ciência do Direito, que passou a ser vista e analisada sob novos paradigmas, com o levantamento de

questões referentes à função social do Direito, abrindo espaço para uma nova proposta de interpretação do sistema jurídico, tal como propalada por Humberto Ávila.

A filosofia e a sociologia, que haviam sido afastadas do Direito em razão do positivismo, reaproximam-se, e a busca da purificação deste retoma sua posição no campo jurídico, já no final do século passado, trazendo reflexões que mais tarde darão origem a essa nova teoria constitucionalista, amplamente debatida até aqui.

Tenta-se, assim, estabelecer eixos com diferentes propostas que potencializam cada vez mais a formulação de novos pensamentos jurídicos capazes de aproximar o Direito da realidade social de cada Estado, incorporando valores e orientações políticas, especialmente no que tange a promoção e a valorização dos Princípios e Direitos Fundamentais, que direcionem as políticas públicas de promoção de uma sociedade democrática.

Podemos perceber, portanto, que esse novo modelo supera a ótica do constitucionalismo moderno, que estabelecia entre a norma constitucional e a infraconstitucional uma diferença de grau hierárquico, propondo que entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, além de uma diferença hierárquica, há uma diferença de caráter axiológico. (ALEXY, 2008, p. 124)

Impulsionado pela valorização e proteção dos direitos e princípios fundamentais, ocorreu o fenômeno da normatização destes, cuja incorporação no texto constitucional fez com que tais parâmetros passassem a ser o norte para todo o ordenamento jurídico de cada Estado, ocorrendo, portanto, a Constitucionalização do Direito.

Iniciado esse fenômeno, que traz a ideia de que o Direito deve ser lido pela ótica constitucional, sendo observada a norma constitucional em um todo sistêmico, seja em suas regras, seja em seus princípios, podemos observar a ocorrência da transformação dos valores e opções políticas fundamentais em normas jurídicas, em um grau de hierarquia axiológico em relação às demais normas do sistema.

Assim, as Constituições pós-modernas se mostram como sendo um acordo sobre valores fundamentais que irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico. Deste modo, a Constituição passa a ser vista como sendo a “Norma Axiologicamente Superior”. (ALEXY, 2008, p. 57)

Há, então, neste momento, a necessidade de equilibrar o “dever ser” intrínseco ao Direito, com o entendimento do que é bom (valores morais de justiça),

obrigando a fusão entre os planos axiológico, legal e deontológico, fazendo pressupor que o “dever ser” é capaz de se aproximar da ideia do que seja o bom e o correto.

Cabe ao operador do direito a equalização ou balanceamento dos princípios e valores, valendo-se da soma entre norma, seu caráter axiológico mais o viés deontológico, resultando (ou pelo menos esse é o ideal) naquilo que seja bom para o caso em concreto, realizando-se o ideal de justiça, por meio da aplicação de um critério que se almeja justo.

Cabe aqui uma observação: ao afirmarmos que o direito deve ser guiado ou ver-se reaproximado com os valores éticos e morais não significa, necessariamente, dizer que devemos retornar ao jus naturalismo, tampouco significa dizer que o direito está à deriva com valores abstratos e vagos, pois, se assim o fosse, chegaríamos ao absurdo de um Estado mergulhado em uma tremenda instabilidade jurídica, o que não é desejável.

O que a constitucionalização do direito visa é equilibrar a balança entre a aplicação do Direito e o respeito aos valores da sociedade a qual este mesmo direito é aplicado, uma vez que tais valores acabam por refletir os princípios orientadores do Direito contemporâneo.

Não ignoramos que a sociedade está em constantes mudanças, aliás, estas muito mais rápidas do que o próprio direito, aqui entendido como todo o arcabouço legislativo, pode se adaptar, portanto, a forma de se ler ou interpretar o direito deve-se amoldar aos valores éticos e morais daquele determinado momento histórico e que embasa a aplicação da norma vigente.

Em suma, verificamos a extrema importância de uma valorização no tocante ao papel dos princípios em nosso ordenamento jurídico pós-moderno, o qual se apresenta para a regulação das relações sociais em sociedades cada vez mais plurais e dinâmicas, como a nossa, fazendo com que o processo de constitucionalização do direito seja uma hábil ferramenta na defesa e consolidação da democracia.

3.2. O direito infraconstitucional e seu processo de constitucionalização.

Restando assentada a existência de uma norma hierarquicamente superior, privilegiada, norteadora do Estado e do ordenamento jurídico por este e neste produzida, lógico se faz a existência de normas jurídicas, que denominaremos “inferiores”, àquela.

Esta inferioridade legislativa não desdenha a validade e a utilidade dessas normas, mas apenas registra a submissão de tais diplomas aos limites impostos pelo Diploma Fundamental, advindo de um poder constituinte, mesmo quando, às vezes, efetiva-se puramente formal, como acontece nos casos em que a ordem constitucional é alterada por violenta tomada do poder por parcela da nação.

A norma jurídica infraconstitucional abrange todo o ordenamento infraconstitucional positivado pelo Estado, indo das leis aos expedientes ordinatórios de feição mais burocrática, tais como portarias e circulares, passando, ainda, pelos convênios e pelas convenções coletivas de trabalho, estas inclusive com força normativa.

Pela adoção do texto constitucional de um Estado Democrático de Direito, segue-se que não basta mais a simples adequação do fato ao tipo de lei, fazendo-se necessário analisar a compatibilidade vertical imposta pela Constituição, visando a uma correta interpretação e a uma justa aplicação das normas. (FERRAZ JÚNIOR, 1978, p. 72)

De forma bastante lúcida e com sua característica didática, BARROSO nos mostra de que forma podemos consolidar, por exemplo, a Lei Maior com os interesses legítimos de trabalhadores e de classes econômicas, não obstante o corporativismo destas últimas, traçando, assim, âmbitos pluridisciplinares à normatividade da Constituição, senão vejamos:

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios. (2011, p. 26)

O festejado autor entende que o legislador passa a ler a Constituição e se abarca em suas características para que ocorra a leitura da norma infraconstitucional. Há, portanto, uma superposição entre essas duas facetas legislativas, pela qual se postula a importância da passagem da Constituição para o centro do Sistema Jurídico; da supremacia formal à supremacia material da Constituição, com a conseqüente atenuação da dualidade entre o Direito Público e o Privado, e, como resultado, a

Constitucionalização do Direito, surgindo daí o Constitucionalismo Democrático, cuja ideologia saiu-se vitoriosa no final do século passado. (BARROSO, 2011, p. 32)

O sistema jurídico, assim, pauta-se integralmente na Constituição, que passa a ser, para os aplicadores do direito, juristas e doutrinadores, uma única ordem jurídica, harmônica e socialmente concebida.

Ensina BARROSO que:

Qualquer operação de realização envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se à Constituição:

- a) *Diretamente*: quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art.150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º. LVI)
- b) *Indiretamente*: quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: (i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada; (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. (2011, p. 27)

Tais possibilidades interpretativas incluem:

- a) O reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional, quando com ela são incompatíveis);
- b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis; e
- c) a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação à atuação do legislador. (BARROSO, 2011, p. 28)

A força normativa constitucional ganhou expectativas de difusão da Lei Maior no Brasil atual, pela qual vivenciamos um Estado Democrático de Direito, no qual, em que pese o caráter enciclopédico e abrangente de nossa Carta Política, feição diretamente derivada do medo de um retorno a um regime arbitrário e ainda muito recente na memória nacional, os Direitos Individuais Clássicos são assegurados, portanto, o processo de constitucionalização do direito infraconstitucional torna-se um legado para as próximas gerações brasileiras, tendo em vista que, a nosso sentir, não há como retroceder, diante do aparato que a História constitucional no Brasil nos apresenta.

Não obstante o até aqui exposto, podemos destacar ainda a constitucionalização e judicialização das relações sociais, tendo em vista que a própria vida se judicializou no Brasil.

A procura pela Justiça é hoje uma tendência, concentrada, sobretudo, no Supremo Tribunal Federal – STF, para exemplificar, citamos a reforma da previdência, a reforma do poder judiciário, a questão das Comissões Parlamentares de

Inquérito, a progressão de regime na privação de liberdade, a liberdade de expressão, a manifestação do racismo, a legitimidade do Ministério Público para assegurar direitos, a mensalidade dos planos de saúde, dentre tantos outros temas já aqui explorados, mesmo a título de elucidação.

Para BARROSO (2006, p. 32), houve a legitimidade democrática do Poder Judiciário, pois o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional, a hermenêutica constitucional e a judicialização das questões sociais tem papel fundamental, papel este a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal.

Abordaremos, no subtítulo seguinte, os instrumentos à disposição do judiciário brasileiro para equalizar e balizar suas decisões tendo em vista os princípios fundantes de nossa Carta Política e em sintonia com essa nova corrente de interpretação e validação constitucional.

3.3. Os mecanismos de atuação prática.

A constitucionalização do Direito, como já antecipado, repercute sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição.

A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que, no Brasil, pode ser exercida, difusamente, por juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma for a Constituição Federal.

Esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem, como já exposto anteriormente, citando BARROSO: *a)* reconhecer a revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis; *b)* declarar a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis; *c)* declarar a inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador; e *d)* interpretar as normas conforme a Constituição, perseguindo a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes e/ou declarar a inconstitucionalidade

parcial sem redução do texto, consistente na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição. Passamos, portanto, a dissecar essas premissas fáticas, com fito a demonstrar tais mecanismos.

Aprofundemos um pouco mais o argumento, especialmente em relação à interpretação conforme a Constituição. O controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação e aplicação da Constituição sobre a qual, independentemente de outras especulações, há consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar-se sobre a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, paralisando-lhes a eficácia.

Outro lado, na linha do conhecimento convencional, a ele não caberia inovar na ordem jurídica, criando comando até então inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria. Contudo, não é necessariamente assim que acontece, como poderemos perceber no capítulo seguinte, ocasião em que demonstraremos de forma mais densa essa questão.

Pois bem, as modernas técnicas de interpretação constitucional, dentre elas a interpretação conforme a Constituição, continuam vinculadas a esse pressuposto, ao qual agregam um elemento fundante de validade, reconhecimento e aceitação.

A interpretação jurídica dificilmente é unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas, seja porque, mesmo em tese, um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos e do entendimento do intérprete.

A interpretação conforme a Constituição, portanto, pode envolver (i) uma singela determinação de sentido da norma, (ii) sua não incidência a uma determinada situação de fato ou (iii) a exclusão, por inconstitucional, de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo, permanecendo a norma no ordenamento. (CARVALHO NETTO, 2003, p. 157)

Por esse mecanismo se reconciliam o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade das normas exaradas pelo Poder Público.

Em conclusão, o limite dessa ferramenta de interpretação está nas possibilidades semânticas do próprio texto normativo, aliado a uma interpretação

sistêmica do arcabouço legislativo, evitando-se interpretações casuísticas ou convenientes, numa vertente utilitarista.

4. ASPECTOS PRÁTICOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Pretendemos, neste capítulo, analisar de que forma nossa Excelsa Corte têm dado mostras de uma atuação voltada à garantia de direitos, em um processo de constitucionalização desses direitos, contudo, faremos, antes, um posicionamento histórico da atuação do STF ao longo desse recente ciclo de redemocratização de nosso país e da implantação de um efetivo Estado Democrático de Direito.

Logo após a promulgação de nossa Constituição Cidadã de 1988, o STF manteve uma atuação modesta e inibida diante da nova ordem instituída, sendo muito pouco acionado no sentido de guardião efetivo da Constituição, bem como de todo o arcabouço de direitos fundamentais instituídos pela nova Carta Magna.

Percebe-se um período de configuração do papel da Corte, que vai até 1993, quando então surge a Ação Declaratória de Constitucionalidade, ensejando uma tomada de consciência política e judicial do STF, inibindo, por meio deste remédio processual, o debate nas instâncias inferiores de matéria já sedimentada no entendimento da Corte, firmando um embrionário movimento de vinculação.

A partir de 1999, observamos a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, pelas quais se permitiu ao STF a modulação dos efeitos de suas decisões, tomadas, claro, no âmbito desses remédios processuais.

A partir de 2002, percebemos uma melhor qualidade dos julgados da Corte e as preocupações dos julgadores com os efeitos de suas decisões, trazendo à baila as lições das escolas constitucionalistas alemã e americana, com uma leve preferência à primeira, donde pudemos perceber a instituição e/ou reconhecimento da aplicação do princípio da proporcionalidade, baseada na tríade de Ronald Dworkin: adequação do procedimento, necessidade do procedimento e proporcionalidade *stricto sensu*, fundamentada na ponderação e balanceamento das decisões. (DWORKIN, 2007, p. 96)

Percebe-se um movimento de substituição paulatina de conceitos ligados ao constitucionalismo norte-americano, tais como o devido processo legal substantivo, razoabilidade, entre outros, para conceitos originados no constitucionalismo alemão, tais como o princípio da proporcionalidade, núcleo essencial dos direitos fundamentais, reserva do possível, dentre outros.

Percebe-se, também, uma ampla alteração na forma de se pensar o direito constitucional, especialmente no tocante a uma maior centralização do poder jurisdicional nas cortes superiores e, mais especificamente, no STF.

Neste contexto, destaca-se a atuação de alguns ministros da Casa, questionando até que ponto os princípios expressos em nossa Carta Magna, aliados à obediência às decisões legais, são aplicáveis irrestritamente aos casos que envolvam conflito de interesses entre público *versus* privado.

Daí o surgimento da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral, esta de natureza transcendente e viés axiológico, numa tendência de universalização dos debates da Corte, deixando-se o particular de lado, ou seja, mata-se a noção de que cada caso é um caso.

São esses, em suma, os momentos históricos pelos quais passou nossa Excelsa Corte, concebido apenas para aclarar o tema e identificar tais momentos, permitindo uma análise gradativa da evolução institucional e do papel efetivo desse órgão nos dias atuais.

No foco desses debates encontramos as discussões sobre o papel dos direitos fundamentais em uma sociedade complexa e plural, como a nossa, ao mesmo tempo em que notamos uma ênfase em algumas distintas concepções sobre direitos fundamentais, tais como as que os enquadram como garantias subjetivas ou como princípios objetivos da realidade jurídica.

Tal caracterização, por sua vez, permite ampliar a discussão sobre o caráter binário ou relativo dos direitos, repercutindo, diretamente, na forma de aplicação do direito constitucional pela nossa Excelsa Corte, enquadrando-os dentro do espectro maior da relação paradoxal existente entre constitucionalismo e democracia.

Feito este breve escopo histórico, passamos a analisar, detidamente, as decisões de nossa Corte Constitucional a que nos propusemos no início deste estudo.

4.1. As decisões de nossa Corte Constitucional e a judicialização das relações sociais

Como destacado inicialmente, iremos nos ater à análise de quatro decisões do STF, pelas quais a nossa Corte Constitucional deu claras demonstrações de todo o exposto até aqui, voltadas à garantia de direitos fundamentais, sempre balizando

suas decisões pelos princípios da ponderação, racionalidade e balanceamento, adotando a já manifesta corrente do liberalismo político.

Inicialmente podemos destacar a decisão sobre a Lei de Biossegurança, cuja ementa e decisão restaram consignadas nos seguintes termos:

Ementa

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião "in vitro", porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito

de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano

desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello). V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins

terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que 'O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas' (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação

conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatividade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Carlos Britto (relator) e da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), julgando improcedente a ação direta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza; pelo amicus curiae Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, o Professor Ives Gandra da Silva Martins; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Leonardo Mundim; pelos amici curiae Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos - CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira e, pelos amici curiae Movimento em Prol da Vida - MOVITAE e ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Professor Luís Roberto Barroso. Plenário, 05.03.2008.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, julgando parcialmente procedente a ação direta; dos votos da Senhora Ministra Cármen Lúcia e do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente; e dos votos dos Senhores Ministros Eros Grau e Cezar Peluso, julgando-a improcedente, com ressalvas, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 28.05.2008.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 29.05.2008.”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3510/DF. Relator: Ministro AYRES BRITTO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+adj+3510%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 09 de julho de 2012.

Neste caso prevaleceu o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, Relator, no qual salientou, inicialmente, que o artigo impugnado seria um bem concatenado em um bloco normativo que, sob condições de incidência explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano *in vitro*.

Esclareceu, também, que as células-tronco embrionárias, pluripotentes, ou seja, capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto, constituiriam, por isso, tipologia celular que ofereceria melhores possibilidades de

recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos.

Asseverou, ainda, que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à "dignidade da pessoa humana" em seu art. 1º, inciso III; aos "direitos da pessoa humana" em seu art. 34, inciso VII, alínea "b"; ao "livre exercício dos direitos individuais" em seu art. 85, inciso III; e aos "direitos e garantias individuais" em seu art. 60, § 4º, inciso IV, estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa.

Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.

Nesta decisão colegiada, o que mais nos chamou a atenção foi o voto do Ministro Menezes Direito, pelo qual, indo além da função jurisdicional e claramente legislando sobre matéria penal, de competência privativa da União, estabeleceu que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa com terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter, previamente, seus projetos também à aprovação do órgão federal, *sendo considerado crime a autorização da utilização de embriões em desacordo com o que estabelece esta decisão* (grifo nosso), incluídos como autores os responsáveis pela autorização e fiscalização.

Em outro julgamento emblemático, tivemos a oportunidade de ver a nossa Excelsa Corte dispor sobre o alcance da aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa para as eleições ocorridas em 2010, numa demonstração de que ante a apatia do Poder Legislativo em regular a aplicação da referida norma, coube ao STF fazê-lo, o que foi adotado nos seguintes termos:

Ementa

LEI COMPLEMENTAR 135/2010, DENOMINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). I. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias

fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Precedente: ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006. A LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. Essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.

II. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES. Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral.

III. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA. O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicado por esta Corte. A proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da Jurisdição Constitucional nessa tarefa. A Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria.

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Recurso extraordinário conhecido para: a) reconhecer a repercussão

geral da questão constitucional atinente à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), de modo a permitir aos Tribunais e Turmas Recursais do país a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada. b) dar provimento ao recurso, fixando a não aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 às eleições gerais de 2010.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, reconheceu a repercussão geral da questão relativa à aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Ellen Gracie. Em seguida, o Tribunal, ausentes os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, autorizou os relatores a monocraticamente aplicarem o artigo 543-B do Código de Processo Civil. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Rodrigo Ribeiro Pereira e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Plenário, 23.03.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Recurso Extraordinário – RE 633703/MG. Relator: Ministro GILMAR MENDES. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+adj+633703%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 09 de julho de 2012.

Neste julgado do STF vale destacar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski que, tecendo considerações sobre entendimento do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, órgão por ele presidido quando do julgamento do referido diploma legal, de que o Tribunal de Júri configura “órgão colegiado de tribunal” para os efeitos de aplicação da Lei da Ficha Limpa, concebendo mais um critério de inelegibilidade numa interpretação sistêmica e extensiva, invadindo competências funcionais de outro Poder da República, no caso o Legislativo.

Ressaltou, ainda, que a lei da Ficha Limpa fez referência a órgãos colegiados, e não a órgãos de segunda instância, mais restritos, destacando que o que a lei de iniciativa popular quis evitar foi um juízo subjetivo de um único juiz, acrescentando que o caso concreto tratado no TSE foi sobre pessoa condenada pela morte de dois menores, em 1993, e que pedia o registro de candidatura, asseverando que “Esse indivíduo pode concorrer a cargo público?”.

O eminente Ministro acrescentou que, diante de dois valores de natureza constitucional de mesmo nível hierárquico, ou seja, a suspensão de direitos políticos somente por meio de condenação criminal transitada em julgado, previsto no art. 15, inciso III, e probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, previsto no art. 14, parágrafo 9º da Constituição, este último deve prevalecer na análise da Lei da Ficha Limpa.

Concluiu que diante de dois valores constitucionais da mesma hierarquia, o constituinte optou, de forma legítima, por aqueles abrigados no parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal de 1988, numa solução lastreada na Teoria dos Choques entre Princípios, pela qual cada um tem seu peso relativizado em razão da adequação, da necessidade e da proporcionalidade que, uma vez reunidos na exegese jurisdicional, temos a ponderação e/ou balanceamento desses princípios.

Em outro julgamento histórico, que bem demonstra o conflito existente em sociedades modernas e conflituosas de massa, acompanhamos o julgamento do reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo, ou união homoafetiva, regulando direitos e criando um novo arcabouço de garantias individuais.

Pudemos perceber que, pela sua decisão, o STF criou direitos até então negados àquelas pessoas que, ante a sua orientação sexual, eram tolhidas ao exercício de direitos que, mesmo involuntariamente, estavam postos a garantir sua escolha.

Certamente, caso o tema fosse levado a referendo, uma das formas de participação popular, teria o mesmo sido rejeitado pela população, visto que a maioria tem uma postura heterossexual, contudo, tal decisão não respeitaria o direito das minorias, numa perspectiva meramente utilitarista da decisão, embasada pela “vontade do povo” em uma democracia, mas democracia é resguardar justamente o direito das minorias e não impor a vontade da maioria.

A decisão restou ementada nos seguintes termos:

Ementa

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723

do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A SUBSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como

instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou

discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva.

Decisão: Chamadas, para julgamento em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), que julgava parcialmente prejudicada a ADPF, recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações, foi o julgamento suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pela requerente da ADI 4.277, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pelo requerente da ADPF 132, o Professor Luís Roberto Barroso; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelos amici curiae Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais - GEDI-UFGM e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais - Centro de Referência GLBT; ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e a Associação Eduardo Banks, falaram, respectivamente, o Professor Oscar Vilhena; a Dra. Maria Berenice Dias; o Dr. Thiago Bottino do Amaral; o Dr. Roberto Augusto Lopes Gonçalves; o Dr. Diego Valadares Vasconcelos Neto; o Dr. Eduardo Mendonça; o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; o Dr. Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira e o Dr. Ralph Anzolin Lichote. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.05.2011.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.05.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4277/DF. Relator: Ministro AYRES BRITTO. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adi+adj+4277%29&base=baseAcordaos>>.

Acesso em 09 de julho de 2012.

Percebemos que o relator das ações, Ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal, um dos mecanismos postos à disposição de uma atuação prática de nossa Corte Constitucional, para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, argumentando que o art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual, destacando que o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica e concluindo que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, assim, com o inciso IV do artigo 3º de nossa Carta Magna.

Os demais ministros acompanharam o entendimento do relator, pela procedência das ações e com *efeito vinculante* (grifo nosso), no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Numa última decisão objeto de nossa análise, a qual, por sinal, ainda não está disponível seu inteiro teor, justamente em razão da complexidade e dos valores envolvidos na discussão da mesma, temos a descriminalização do aborto de fetos anencéfalos, cuja decisão foi publicada em 24 de abril do corrente.

A discussão se cingiu à interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado.

A proibição, portanto, violaria os preceitos fundamentais abrigados em nossa Constituição, como o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso em seu art. 1º, inciso IV, o da legalidade, expresso em seu art. 5º, inciso II, o da autonomia da vontade humana, dado pelo teor do art. 6º, *caput*, não obstante o direito à saúde, previsto no art. 196.

Percebemos, portanto, o conflito de princípios já analisados anteriormente, pois estaria de encontro ao direito à vida, após essas considerações, destacamos a decisão, que restou assentada nos seguintes termos:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a

interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Impedido o Senhor Ministro Dias Tóffoli. Plenário, 12.04.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54/DF. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 23 de abril de 2012.

Com o fito de ver declarada a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Diploma Repressivo, prevaleceu o voto do ministro relator, o qual reputou imprescindível delimitar o objeto sob exame.

Realçou que o pleito funda-se no reconhecimento do direito da gestante de submeter-se à antecipação terapêutica de parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado, sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

Destacou, também, o fato de não se postular, na ação, a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais em comento, o que os retiraria do sistema jurídico, o pleito, na verdade, colimaria tão somente que os referidos enunciados fossem interpretados conforme a Constituição, dessa maneira, exprimiu que se mostraria despropositado veicular que o Supremo examinaria a descriminalização do aborto, especialmente porque existiria distinção entre aborto e antecipação terapêutica de parto.

Nesse contexto, afastou as expressões “aborto eugênico”, “eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, em razão do indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia. Na espécie, aduziu, de forma bastante própria, inescapável o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, outro lado, os de parte da sociedade que desejasse proteger todos os que a integrariam, independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência.

Sublinhando que o tema envolveria a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos

individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, lembrou que não haveria colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente, pela Teoria do Choque de Princípios, já mencionada anteriormente.

Destacou que o Supremo fora instado a se manifestar sobre o tema no HC 84025/RJ, cuja decisão foi publicada no Diário Oficial da Justiça de 25/6/2004, entretanto, a Corte decidira pela prejudicialidade do *writ* em virtude de o parto e o falecimento do anencéfalo terem ocorrido antes do julgamento.

Ressurtiu que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.

A título de ilustração do exposto no subtítulo 2.3, nesse tocante, a decisão dessumiu que a questão debatida não poderia ser examinada sob os influxos de orientações morais e religiosas, não obstante a oitiva de entidades ligadas a profissão de fé não ter sido em vão.

Isso porque, em uma democracia, não seria legítimo excluir quaisquer *atores do âmbito de definição do sentido da Constituição*, entendendo, todavia, que para se tornarem aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos deveriam ser devidamente “traduzidos” em termos de *razões públicas*, ou seja, *expostos de forma que a adesão a eles independesse de qualquer crença*.

Destarte, no que pertine aos direitos da mulher em contraposição aos do feto anencéfalo, cumpre salientar que toda gravidez acarretaria riscos à mãe, contudo, podemos constatar que estes seriam maiores à gestante portadora de feto anencéfalo do que os verificados em gravidez comum.

Além disso, é incontroverso que impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo poderia conduzir a gestante a quadro psíquico devastador, haja vista que predominariam, na maioria das vezes, sentimentos mórbidos de dor, angústia, impotência, luto e desespero, tendo em conta a certeza do óbito.

De forma brilhante, arremata esse ponto destacando que caberia à mulher, e não ao Estado, contrastar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, a fim de deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Ainda mais, caso ocorresse o nascimento do anencéfalo, este não receberia manobra médica de reanimação, tampouco procedimento de suporte vital, em razão da inocuidade de

qualquer medida, já que nada justificaria o emprego de recursos tecnológicos para tornar viável o que não disporia congenitamente de viabilidade.

Portanto, surge uma indagação: poder-se-ia exigir da mulher aquilo que o Estado, com todo seu aparelhamento, não teria condições de fornecer, por meio de procedimentos médicos utilizados na gravidez comum? Entendemos que não.

Em que pese a apresentação de projetos de lei que se encontram sob o crivo dos parlamentares, os mesmos revelam, cada qual a seu modo, a complexidade do tema, sobretudo a dificuldade envolvida no regramento de seus distintos aspectos técnicos, jurídicos e científicos, os quais, por essa razão, acabam se tornando suscetíveis a uma disciplina judicial, o que acabou por ocorrer, com a decisão transcrita.

Como o Poder Legislativo é mais sensível às pressões da sociedade, inclusive em termos de planos políticos daqueles que se habilitam ao nobre ofício, os parlamentares acabam por protelar a discussão de temas polêmicos, como o do presente caso sob análise, e até mesmo retardar sua regulação, indiretamente suprimindo direitos e efetivando um quadro de disparidade entre os princípios constitucionais, exigindo de nossa Excelsa Corte um posicionamento, elaborando uma norma abstrata autorizadora do aborto terapêutico em caso de fetos anencéfalos, em que pese a observação do relator contrariamente a esse sentido.

Em outras palavras, o que se pede ao STF é que, indo além da competência privativa do Congresso Nacional, crie, na espécie, outra causa de exclusão da ilicitude dessa conduta no âmbito de nosso *códex* repressivo, o que foi feito, em que pese a análise do tema ser de apreciação soberana pelas duas Casas Legislativas que compõem o Congresso Nacional.

Finalizamos nossa exposição destacando a decisão da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, seguindo a orientação do STF, autorizou, por unanimidade, a interrupção de uma gravidez por se tratar de feto anencéfalo, sendo certo que decisões como estas se espalharão pelos tribunais do País, efetivando direitos e observando princípios mais que sensíveis no âmbito de nossa sociedade, primando pela laicidade do Estado e destacando que as concepções morais e religiosas não devem e não podem guiar as decisões estatais, pois não concernentes a uma razão pública.

5. CONCLUSÃO

Chego ao final deste estudo refazendo a pergunta inicial, qual seja: pelo exame dos julgados de nossa Corte Constitucional pode-se afirmar que há uma invasão de competências constitucionais distribuídas entre os Poderes da República?

Subsidiado pela ampla pesquisa jurisprudencial que realizei e fundamentando minha resposta no até aqui exposto, entendo que sim, ao passo que me deparei, em várias ocasiões, com decisões de nossa Excelsa Corte com plena carga normativa, nas quais a atuação jurisdicional fundou-se na criação/alteração de normas, em razão da apatia do Poder Legislativo no cumprimento de seu mister.

Nessa interface entre problema *versus* teoria, trouxe minha análise para uma compreensão mais densa dos vários aspectos que norteiam o constitucionalismo moderno, tais como o papel das Cortes Constitucionais, a separação dos poderes, a constitucionalização dos direitos, o ativismo judicial – objeto deste estudo – e as metodologias atinentes à aplicação do direito.

Restou patente, após longa e densa exploração dentro da escola teórica neoconstitucional, a crise e o esgotamento do modelo legiferante instituído, o qual não mais atende, de forma plena e eficaz, aos reclamos político-sociais de segurança e certeza normativas no atual estágio de evolução das sociedades complexas e plurais, como é o caso brasileiro.

Ao revés, presta-se o sistema político brasileiro, que não é de representação, mas sim de dominação política, a criar um ambiente que não é essencialmente democrático e sim oligárquico, de dissimulação apenas formal da democracia e com uma cultura política degenerada.

Não obstante, a alienação cultural e política do cidadão é tudo o que as oligarquias partidárias e corporativas, descomprometidas com o espírito público e associadas a projetos de poder, mais poderiam desejar, para afastarem ainda mais a população da cena política e, assim, poderem dominar mais facilmente o cenário político, daí a necessidade de interferência de um poder constitucionalmente estabelecido em outro, primando pelo controle e imposição de valores que permitam uma atuação voltada ao interesse público e de respeito e validação dos princípios constitucionais.

O reconhecimento de novos modelos de produção legislativa, demarcando um novo fundamento de validade, fez surgir uma nova cultura do Direito,

incidindo, efetivamente, no reconhecimento de novas formas de ações/criações legislativas garantidoras dos direitos fundamentais, inclusive no tocante ao direito das minorias.

Motivado por situações que estão longe de merecer a devida atenção de nossos congressistas, por intermédio de um debate profundo com a sociedade, tais situações são levadas às portas dos tribunais, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal – STF, exigindo dos julgadores um pronunciamento jurisdicional sobre temas que operam uma verdadeira transformação no tocante à prática constitucional brasileira.

Corroborando com minha comprovação o fato de acabar de ser lançada uma obra, coordenada pelo Ministro Luiz Fux, do STF, intitulada “Jurisdição Constitucional – Democracia e Direitos Fundamentais”, que reúne os principais debates havidos em nossa Excelsa Corte durante o ano de 2011 envolvendo temas relevantes para a sociedade brasileira, dentre os quais alguns mencionados e analisados no desenvolvimento deste estudo.

Não obstante, e apenas para ilustrar como os ramos do direito vão se submetendo ao processo de constitucionalização, na seara trabalhista o Eminentíssimo Professor Maurício Godinho Delgado e também Ministro do Tribunal Superior do Trabalho - TST, juntamente com a Professora da Universidade de Brasília – UnB, Dra. Gabriela Neves Delgado, lançaram recentemente a obra intitulada “Constituição da República e Direitos Fundamentais – Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho”, na qual articulam o Direito do Trabalho com os pressupostos constitucionais dos Direitos Fundamentais e a compreensão do que seja o paradigma do Estado Democrático de Direito, numa perspectiva focada nos princípios constitucionais de proteção ao trabalho.

Por fim, é de se concluir que o aparente conflito de princípios expressos em nossa Lei Maior é um desdobramento da nova dinâmica constitucional, no sentido de que a ponderação e a razoabilidade entre esses valores faz surgir novas discussões sobre os direitos e garantias individuais numa sociedade plural e conflituosa de massa, onde o direito das minorias é resguardado pela nova sistemática de interpretação constitucional e de atuação de nossa Excelsa Corte, efetivando, assim, a democracia e implementando, efetivamente, um Estado Democrático de Direito.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Revista *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, junho de 2003 (p.131-40) – Tradução para fins acadêmicos. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/76392910/Alexy-Direitos-Fundamentais-Balance-Amen-To-e-Racionalidade-2004>>. Acesso em: 20 de abril de 2012.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *Dos Valores aos Princípios: Os Riscos de Compreender a Constituição como uma Ordem Concreta de Valores*. Texto de natureza acadêmica, fruto das pesquisas e discussões realizadas nas reuniões do grupo de pesquisa Sociedade, Tempo e Direito. Brasília: Acervo pessoal, 2010.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Artigo publicado na Revista de Direito do Estado, N.º 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009. Salvador: 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2011.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *On The Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Heidelberg; New York: Springer, 2010 – trechos selecionados e traduzidos.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais, 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. Sociologia do direito: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito, 5ª ed.. São Paulo: Atlas, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1992.

DEMO, Pedro. Pobreza Política, 5ª ed.. Campinas: Autores Associados, 1996 – (Coleção polêmicas do nosso tempo, V. 27).

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Uma Questão de Princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIA, José Eduardo (org.). A crise do direito numa sociedade em mudança. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988 (Coleção Roberto Lyra Filho. Pensamento Crítico no Direito).

_____. Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1978.

FERRAZ, JR., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FIORAVANTI, Maurizio. “La Constitución de los modernos”. In: FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de La Antigüedad a Nuestros Dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vol. I.

HERKENHOFF, João Baptista. Direito e utopia, 2ª ed.. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 15ª ed., revista, atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO NETO, Antônio Luis. Sociologia jurídica, 6ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1987.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Manual da Monografia Jurídica, 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. Almiro Pisetta e Lenita maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico, 20ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 1996.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Para uma crítica da eficácia do direito; anomias e outros aspectos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

SÍTIOS VIRTUAIS VISITADOS

<www.cfm.org.br>

<www.luisrobertobarroso.com.br>

<www.stf.jus.br>

<www.tjmg.jus.br>