

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

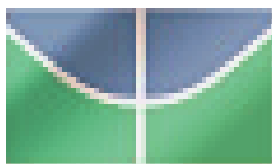
FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

**Vida, anencefalia e a ADPF 54:
perspectivas à luz da Constituição como sistema de princípios**

Newton Pereira Ramos Neto

Brasília, abril de 2011



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

Newton Pereira Ramos Neto

Vida, anencefalia e a ADPF 54:

perspectivas à luz da Constituição como sistema de princípios

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Orientação: Professor Doutor Argemiro
Cardoso Moreira Martins

Brasília, abril de 2011

Após a sessão de defesa pública desta Dissertação de Mestrado, o candidato foi considerado aprovado pela Banca Examinadora.

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins
(Orientador)

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
(Membro)

Professor Doutor José Adércio Leite Sampaio
(Membro)

Professor Doutor Alexandre Bernardino da Costa
(Membro Suplente)

A todos aqueles que – muitas vezes à custa de sangue, suor e lágrimas – lutam pela realização de justiça em um país ainda carente de igualdade social. Que, incansavelmente, empunham a bandeira de uma Constituição efetiva, capaz de mudar a história de uma sociedade.

AGRADECIMENTOS

Talvez esse seja o momento mais difícil na elaboração deste trabalho.

É que agradecer a alguém a contribuição prestada sempre abre margem para o esquecimento de outras pessoas também importantes para o sucesso alcançado em alguma etapa da vida.

Mas como não é possível furtar-me a esta tarefa, passo a enumerar minhas homenagens, de antemão pedindo escusas a outros não nominados que, direta ou indiretamente, fazem parte da minha trajetória, recheada – há de se reconhecer – de inúmeras dádivas concedidas muitas vezes sem um mérito correspondente.

Primeiramente, devo agradecer à minha querida esposa Camilla por todo o apoio concedido ao longo desta caminhada. Meu ingresso no programa de mestrado coincidiu com o anúncio da gravidez que enriqueceu nossa vida através da pequena e amada Marina. Devo agradecer-lhe, pois, por todo o amor e companheirismo, que a levou a compreender minhas necessárias ausências no período que antecedeu o nascimento dessa criança, o apogeu de nossa união.

Aos meus preciosos filhos Gabriel e Rafael, em quem deposito a esperança de que o mundo pode ser melhor, razão pela qual nós, os pais, temos importância capital na formação de homens de bem, capazes de construir uma sociedade realmente fraterna e igualitária.

A minha família, em especial minha mãe, que me educou na crença divina e me permitiu ter acima de tudo fé na vida.

Aos meus queridos professores no mestrado da Universidade de Brasília, que me permitiram conhecer uma nova dimensão do Direito, muito mais dinâmico e muito mais aberto para os projetos que o futuro da sociedade está a demandar. Em especial, agradeço àqueles com os quais mais de perto convivi: Prof. Argemiro Martins, meu orientador, que, com a humildade e simpatia que lhe é peculiar, me permitiu renovar as energias nos momentos mais difíceis da elaboração desta dissertação; Prof.

Menelick de Carvalho Netto, que, com seu espírito questionador, hoje se encontra no ápice de uma visão crítica do Direito brasileiro; Prof. Luís Roberto Barroso, que, com didática fenomenal, mostrou-me que o Direito pode ser ensinado e discutido sem constituir-se em instrumento de poder a partir da adoção de uma linguagem hermética; Prof. Alexandre Bernardino, que me permitiu reconhecer que o Direito, verdadeiro produto de forças sociais diversas, é muito mais do que aquilo que se discute no Congresso Nacional; Prof. Cristiano Paixão, que me ensinou que a história – inclusive do Direito – deve ser compreendida como um romance descrito muitas vezes com uma dose de criatividade daquele que escreve; Prof. Loussia Félix, que me mostrou que a interdisciplinariedade e o construtivismo são elementos essenciais na compreensão do fenômeno jurídico; Prof. Gilmar Mendes, pelas brilhantes reflexões acerca da jurisdição constitucional brasileira.

Agradeço, ainda, aos servidores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB, em especial às conterrâneas Helena e Lionete, sempre atenciosas no atendimento de nossos mais variados pleitos; à Justiça Federal, que proporcionou as condições materiais para a realização deste projeto; ao Desembargador Federal Olindo Herculano de Menezes, Doutor em Direito pela UnB, professor desta casa e Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pelo apoio durante a realização dos créditos, especialmente pela possibilidade de permanência no Distrito Federal durante o período necessário ao cumprimento da carga horária exigida; e, finalmente, aos meus colegas de mestrado, com quem pude compartilhar momentos indescritíveis de compreensão de um Direito vívido, pela oportunidade de conviver com pessoas de rara sensibilidade, capacidade crítica e inteligência.

Em especial, agradeço aos queridos amigos Maria Tereza Viana e Ricardo Batista, que me prestaram um apoio imensurável durante todo o mestrado, principalmente pela distância física que muitas vezes dificultou a realização das atividades acadêmicas. São pessoas com este desprendimento e espírito fraterno que tornam o mundo um lugar maravilhoso de se viver.

Enfim, agradeço a Deus simplesmente pela extraordinária experiência da vida; por de algum modo, no cotidiano de meus afazeres, poder contribuir para a melhoria da condição existencial de nossos semelhantes.

“Se buscas realmente a verdade, deves ao menos uma vez em tua vida duvidar, tanto quanto possível, de todas as coisas.”
(Descartes, Discurso do método)

SUMÁRIO

RESUMO.....	09
ABSTRACT.....	10
1. INTRODUÇÃO.....	11
2. DESCRIÇÃO DO CASO: BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO <i>LEADING CASE</i>	29
3. A ADPF 54 E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: A SOLUÇÃO CABÍVEL SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA.....	37
3.1. <i>Democracia e premissa majoritária: a proteção dos direitos individuais pode violar a própria Constituição?</i>	38
3.2. <i>Originalismo x ativismo judicial: o constitucionalismo atual permite a sobrevivência do dogma do legislador negativo?</i>	57
3.3. <i>O direito como prática (re)construtiva: é possível uma Constituição de princípios efetiva sem riscos?</i>	84
4. A IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA: QUAL O DIREITO A SER TUTELADO?.....	109
5. CONCLUSÃO.....	133
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	141

RESUMO

No presente trabalho, tem-se por objetivo examinar a possibilidade de reconhecimento, no sistema jurídico brasileiro, do direito ao aborto nos casos de anencefalia. Para tanto, a análise dos argumentos até agora expostos na ADPF nº. 54 permitirá constatar que o modelo de interpretação constitucional praticado no Supremo Tribunal Federal ainda se encontra ligado ao positivismo jurídico, eis que, a partir de critérios gramaticais, muitos dos membros daquela corte buscam a solução para casos complexos a partir da consulta literal aos textos legais, num trabalho meramente silogístico de conformação da realidade à luz da ordem formal estabelecida. Tentar-se-á demonstrar, pois, que, numa compreensão da Constituição como um sistema de princípios, a tarefa do intérprete é muito mais extensa, já que cabe a ele, fugindo dessa perspectiva semântica do Direito, buscar a solução para os denominados *hard cases* a partir de uma prática (re)construtiva, que leve em conta a história institucional de uma dada comunidade política e o ideal de igual consideração e respeito por todos. Nessa tarefa, será necessário demonstrar que a premissa majoritária não pode se constituir em óbice ao reconhecimento de direitos, já que a própria formação adequada de um ambiente democrático pressupõe uma coesão interna entre democracia e direitos fundamentais. Necessário compreender, também, que no paradigma pós-positivista não é possível falar-se em atuação do Judiciário como legislador negativo, especialmente porque esta perspectiva encontra-se ligada a um modelo de constituição que tinha por missão apenas traçar as linhas mestras do sistema jurídico, onde se não se encontravam presentes, pois, cláusulas abertas garantidoras de um compromisso com a realização de direitos individuais e sociais. Ademais, essa compreensão da constituição conduz ao reconhecimento de que o catálogo de direitos fundamentais pressupõe sua interpretação como princípios sujeitos a uma leitura moral, e não como regras isoladas hauridas em um passado político e que devam ser apreendidas exclusivamente na perspectiva de seus elaboradores. Assim, no plano dos fatos caberá aos juízes declarar quais as exigências concretas para a realização da liberdade e da igualdade, sempre a partir de um juízo de adequabilidade que considere a norma mas também os sinais característicos que individualizam o caso, utilizando-se, portanto, de argumentação que permita o controle dos fundamentos pelos destinatários da decisão e pela comunidade em geral. A partir disto, defende-se a ideia de que a integridade do Direito, segundo a qual o sistema deve-se constituir em um todo harmônico e coerente, exige o reconhecimento do direito da mulher ao aborto nos casos de anencefalia, tudo isto como forma de tornar realidade a proteção à sua integridade física e psíquica, já objeto de consideração no ordenamento penal em hipóteses semelhantes.

ABSTRACT

In this work, it has the objective to examine the possibility of recognition, in the Brazilian legal system, of the right of abortion in cases of anencephaly. To this end, the analysis of the arguments so far exposed in ADPF N ° 54 will reveal that the model of constitutional interpretation practiced in the Supreme Federal Court is still attached to the legal positivism, behold, from grammatical criteria, many of the members of that court seeking the solution for complex cases from the literal quest of the texts, in a work merely syllogistic in conformation of reality the light of established formal order. It will try to demonstrate, then, that an understanding of the constitution as a system of principals, the task of interpreter is very hard, since he is in charge of, escaping this semantic perspective of the Law, seeking a solution to the so-called *hard cases* from a (re) constructive practical, history of a given political community and the ideal of equal concern and respect for all. In this task, it will be necessary to demonstrate that the majoritarian premise cannot constitute impediment to recognition of rights, since that self suited formation of a democratic environment supposes an internal relation between democracy and fundamental rights. It is necessary to understand also that in the post-positivism paradigm is not possible to mention of the judiciary in acting as a negative legislator, especially that this perspective is linked to a model constitution that had the mission of the thrust system legal, which were not present, therefore, opened clauses guaranteeing a commitment to the achievement of individual and social rights. Moreover, this understanding of the Constitution leads to the recognition that the catalog of fundamental rights principles assumes its interpretation as a isolated rules draw in a political past and should be learned exclusively from the perspective of its developers. Thus, in terms of the judges to state what the specific of freedom and equality, always from a court to consider the suitability of standard but also the case, using then the argument that allows control of the grounds of the decision by the recipients and the general community. From this, it is defended the idea that the system must be in a harmonious and coherent, it requires the recognition of women's right to abortion in cases of anencephaly, as all this way making real protection to its physical and psychological, as the object of consideration in the criminal law in similar circumstances.

1. INTRODUÇÃO

Em 1889, no famoso caso *Riggs contra Palmer*, um tribunal de Nova Iorque foi chamado a deliberar acerca da possibilidade de um herdeiro nomeado no testamento do avô ser parte legítima para a percepção da herança.

Havia que se considerar ter ele assassinado seu ascendente exatamente com o objetivo de receber sua parte nos bens. No caso, o avô havia feito um testamento legando para o neto sua propriedade. Porém, ao resolver casar-se novamente e elaborar novo testamento, teve a vida ceifada como forma de evitar uma nova sucessão formal dos bens.

Não existia controvérsia quanto ao fato de que o Direito das Sucessões não havia expressamente previsto a hipótese, especialmente a possibilidade de limitar-se o direito à herança quando o óbito fosse decorrente de ato praticado pelo próprio herdeiro.

Referido tribunal entendeu, ao exame da hipótese concreta, que a interpretação literal do Direito norte-americano, capaz de impedir qualquer limitação à eficácia do testamento, concederia ao herdeiro a possibilidade de perceber a herança.

Contudo, a mesma Corte considerou que qualquer lei ou contrato deveria ser limitado na sua execução e nos seus efeitos por cláusulas gerais e fundamentais. No caso, havia de se prestigiar uma pretensão do Direito que atribuísse ênfase às condutas imbuídas de boa-fé e que não afrontassem os princípios vigentes, de modo que não seria admissível a percepção da herança por aquele que praticou fato ilícito do qual resultou a morte da pessoa sucedida, embora essa fosse a solução sugerida por uma interpretação literal do Direito formal posto.

A coerência do sistema jurídico, assim, exigia que a cláusula geral segundo a qual não é dado a ninguém prevalecer-se de sua própria torpeza deveria limitar a resposta aparentemente simples que derivava da aplicação isolada do Direito das Sucessões.

A solução de casos como este, que não encontram resposta mediante a simples consulta aos textos legais, é tema que ainda hoje angustia os tribunais e os juristas em geral.

Nesse sentido, indaga-se se o magistrado deve ter uma postura comedida, limitado a uma interpretação mecânica e meramente subsuntiva das leis, ou se deve buscar a solução que melhor se ajuste aos ideais de justiça da sociedade, mesmo que para isso seja necessário sacrificar-se o sentimento de segurança jurídica tão caro aos defensores da visão do Direito como um sistema jungido a uma lógica de vinculação semântica às normas que estão expressamente previstas no ordenamento.

A solução para esta indagação é simples e difícil ao mesmo tempo.

Simple porque parece ser inquestionável o reconhecimento de que, diante de um sistema de princípios, cabe ao intérprete da norma buscar a solução mais afinada com as exigências de justiça do mundo contemporâneo; difícil porque essa alternativa torna extremamente complexa a tarefa de aplicação do Direito, na medida em que os chamados casos difíceis passam a ser enfrentados a partir de normas não extraídas de maneira silogística da ordem jurídico-formal estabelecida.

Para isso, entretanto, impõe-se uma mudança de olhar, uma superação de paradigmas¹.

Todavia, não se pode olvidar que qualquer mudança de paradigma importa, num primeiro momento, em duas consequências elementares. Primeiro, o enfrentamento de resistências, nas mais variadas vezes acompanhadas de perplexidades e desconfianças, oriundas do compreensível receio quanto à busca de novos horizontes, quanto ao transitar por caminhos até então desconhecidos e que não se sabe para onde nos conduzirão. Segundo, a formulação de questionamentos, de dúvidas, de reflexões que nem sempre – ou quase nunca – vêm acompanhadas de imediato das soluções para a problemática que se levanta.

Essa dificuldade, aliás, decorre primordialmente da circunstância de que os paradigmas são herdeiros de nossa percepção de mundo, de nossas crenças, valores e experiências, frutificando-se através de regras de vida e interpretação da sociedade. Mudá-lo – o paradigma – é romper com o estabelecido, é fugir da posição confortável que nos sugerem as pré-compreensões fenomênicas. Como ressalta Marcelo Cattoni,

ultrapassá-lo no sentido de sermos capazes de adquirir um novo horizonte de possibilidade de doação de sentidos à nossa auto-compreensão e à sociedade, ao mundo e à vida, mais amplo, rico e complexo do que o anterior, é saltar para além da linha de Rhodes, que um paradigma pode representar. Implica reconhecer, por um lado, o caráter finito, falível e precário da condição humana, algo que exige o aprendizado crítico e reflexivo em face de tradições sempre carentes de justificação, e requer o

¹ Sobre a noção de paradigma, no âmbito da filosofia da ciência Thomas Kuhn o definiu como um mecanismo de compreensão das transformações científicas e seus fenômenos, caracterizando-se como descobertas universalmente reconhecidas que, num determinado marco temporal, fornecem soluções para os problemas de uma comunidade de cientistas. No âmbito das ciências jurídicas, Jürgen Habermas considera que os paradigmas do Direito definem um modelo de sociedade capaz de explicar como direitos e princípios devem ser concebidos e implementados para que, num dado contexto, realizem as funções que normativamente lhes dão razão de existir. Sobre o tema, vide KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2. ed. Chicago and London: University of Chicago Press, 1970. Há uma versão em português: *A estrutura das revoluções científicas*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. Vide, ainda: HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990; e *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

quase sempre doloroso abandono daquilo que mais óbvio, natural, certo e assentado até então nos parecia².

Tal constatação, entretanto, não deslegitima o discurso inovador, a necessidade de questionamento dos conceitos obsoletos, porque é assim que a ciência se desenvolve, ainda que a passos lentos, próprios da instabilidade dos terrenos transitivos pelos quais caminhamos durante a travessia entre o velho e o novo. Enfim, não é dado ao observador renunciar à crítica pela simples ausência prévia de soluções alternativas; antes, cabe a ele refletir sobre aquilo que lhe é imposto como afirmação científica a fim de romper com as amarras de uma postura de pretensa neutralidade e indiferença diante do conhecimento pré-estabelecido.

É preciso, portanto, possuir olhos de poetas, olhos sensíveis capazes de ver o novo – ou melhor, aquilo que já se apresenta para nós há muito tempo, mas que insistimos em não enxergar³.

Nesse momento, é importante lembrar que a necessidade de superação da denominada Idade das Trevas – assim conhecido o período da Idade Média em que houve sensível redução da atividade intelectual na Europa – levou os pensadores do período do Renascimento à descoberta de um novo humanismo, com o questionamento das ideias medievais ortodoxas acerca do universo e da sociedade.

² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social)*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28 set. 2009.

³ Em “A complicada arte de ver”, lembra Rubem Alves que a perturbação ocular é comum entre os poetas, os quais, portanto, estariam aptos a ensinar a ver além da visão óbvia. Assim, há muitas pessoas de visão perfeita que nada veem, porque “*não é bastante não ser cego para ver as árvores e as flores. Não basta abrir a janela para ver os campos e os rios.*” (ALVES, Rubem. *A complicada arte de ver. Folha de São Paulo*. São Paulo, 26 out. 2004. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/sinapse/ult1063u947.shtml>. Acesso em: 28 set. 2009)

O desenvolvimento intelectual e social então em curso obteve seu apogeu no século XVIII com o Iluminismo, concentrando-se o processo de conhecimento no uso da razão como forma de reagir-se aos dogmas da filosofia católica então preponderante.

Assim, os resultados obtidos a partir da racionalidade iluminista criaram uma consciência solipsista do homem, que passa a sentir-se capaz de tudo conhecer e explicar a partir de dados científicos⁴. Tudo poderia ser reduzido à razão humana, gerando-se um sentimento de segurança que, ao longo dos tempos, ver-se-ia sucumbir diante da complexidade dos fatos naturais e sociais. A razão, pois, substituiu a religião como um dogma, concentrando-se na ciência a esperança pela busca da verdade, que naquele momento julgava-se apreensível pelo homem.

Por outro lado, com o advento do Estado Liberal, concebido como reação ao absolutismo até então existente, verdadeira preponderância era atribuída ao texto da lei, que, em sua condição sublime de manifestação da vontade popular, era considerado como o instrumento máximo de regência das condutas sociais e verdadeiro mecanismo de demarcação da esfera de intervenção estatal. Pregava-se aqui a auto-suficiência do Direito positivo, que, em razão de sua completude, deveria ser aplicado sem recurso a juízos morais ou políticos.

Sob a perspectiva do liberalismo, assim, entendia-se a lei como uma ferramenta de contenção da ideologia que norteou o Estado absolutista. As constituições, por seu turno, adquiriram um matiz de instrumento quase que exclusivamente regulatório da atividade do Estado, em vista da necessidade de organização das competências e de limitação do poder em face dos direitos fundamentais recentemente reconhecidos.

⁴ Sobre o tema, vide SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1995.

Em tal época, o juiz era visto como *la bouche de la loi*, um mero ventríloquo a quem cabia enunciar o conteúdo linguístico dos códigos, cuja literalidade supostamente seria capaz de dar solução aos mais variados litígios⁵. Nas palavras do próprio Montesquieu, nos estados despóticos não existia lei, sendo esta o próprio enunciado da decisão judicial; nos governos republicanos o magistrado deveria ater-se ao conteúdo estrito da lei⁶.

Desnudava-se, assim, um sentimento de desconfiança em torno da atividade jurisdicional, em vista da experiência histórica que demonstrava sua manipulação como instrumento de imposição do poder. A solução, pois, residia em certo amordaçamento da referida atividade através de sua constrição aos limites extremos de um legalismo acrítico⁷. Evitava-se o eventual abuso com a extirpação de qualquer viés criativo no exercício da arte de julgar.

Nessa tendência calha bem a ideia de neutralidade proposta pelo positivismo jurídico, o qual, a partir de uma visão de completude do ordenamento jurídico, buscava dar solução a todos os problemas a serem enfrentados pelo Direito.

O direito, como essa normatividade específica, diferenciada e decorrente de ideias abstratas consideradas verdadeiras por evidência, como analisa Marcuse, só poderia ser compreendido agora como um ordenamento de leis racionalmente elaboradas e impostas à observação de todos por um aparato de organização política laicizado.

(...)

Assim, o paradigma do Estado de Direito, ao limitar o Estado à legalidade, ou seja, ao requerer que a lei discutida e aprovada pelos representantes da “melhor sociedade” autorize a atuação de um Estado mínimo, restrito ao policiamento para assegurar a manutenção do respeito às fronteiras anteriormente referidas e, assim, garantir o livre jogo da vontade dos atores

⁵ Sobre o tema, vide CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, MG, n. 3, mai. 1999.

⁶ Cf. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La. *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982, p. 110.

⁷ Como ressalta Ronald Dworkin, ao criticar o que ele chama de conservadores em questões de direito, para estes “o direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política.” (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 141).

sociais individualizados, vedada a organização corporativa-coletiva, configura, aos olhos dos homens de então, um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, que consagram os direitos individuais ou de primeira geração, uma ordem jurídica liberal clássica. *É claro que sob esse primeiro paradigma constitucional, o do Estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados*⁸.

O Direito, nessa perspectiva, passa a ser visto como uma simples questão de fato, de modo que os juízos de valor que circundam diversos debates decorrem de discussões sobre o que o Direito deveria ser – e não sobre o que efetivamente é –, preocupação que melhor se encaixa no discurso da Política e da Moral.

Para o positivismo, portanto, o papel do juiz é eminentemente descritivo⁹, de modo que cabe a ele, como um observador imparcial, apenas declarar o que fora decidido pela autoridade legislativa, através do catálogo de regras, a partir de critérios semânticos¹⁰. Norma jurídica, nessa concepção, é apenas norma válida, para o que deve se abstrair qualquer noção de justiça e eficácia da norma¹¹.

A derrocada do Estado Liberal, de seu turno, impôs uma mudança de perspectiva no conceito de Constituição. Utilizara-se o constituinte do Estado Social de cláusulas que pretendiam consagrar os compromissos e as diretrizes do Poder Público

⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, DF, v. 6, jul./dez. 1998, p. 241. Grifos do autor.

⁹ Daí afirmar Hans Kelsen que “*a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas*” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 395).

¹⁰ Sobre o tema, vide também HART. *Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

¹¹ Essa perspectiva, entretanto, não afasta a indeterminação inerente ao Direito Positivo, que seria, pois, em parte determinado pelo texto e em parte aberto para o intérprete. Assim, reduzida a texto oficial, a tarefa da ciência do Direito está limitada à descrição do quadro de suas leituras possíveis, ao que se segue a escolha discricionária da autoridade competente no momento de sua aplicação. O papel do Direito, portanto, seria o de limitar o poder discricionário da autoridade que aplica a norma, reduzindo-o ao espectro das interpretações cabíveis a partir de uma moldura definida pelo texto legal (Sobre o tema, vide NETTO, Menelick de Carvalho. *A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito. De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. Cadernos da Escola do Legislativo*, Brasília, DF, n. 5, jan./jun. 1997, p. 40).

com a implementação de interesses sociais, enunciando-se, através de cláusulas gerais, direitos sociais relativos ao trabalho, à educação, entre outros.

O papel do Judiciário, pois, altera-se significativamente com o declínio do paradigma liberal, de modo especial a partir da expansão do constitucionalismo na segunda metade do século XX¹².

As cláusulas compromissórias próprias do Estado do bem-estar social implicaram em atribuição de maior ênfase à função do Poder Executivo no campo da realização dos direitos fundamentais.

Mais adiante, a partir da constatação do déficit de efetividade das cartas constitucionais em virtude da postura omissiva do poder político, passou-se à construção de uma hermenêutica voltada ao incremento do papel do Judiciário nessa seara¹³.

No período do pós-guerra, portanto, o processo inaugurado com a era das codificações – na qual a lei era exatamente a ferramenta de contenção de um Poder Judiciário que historicamente não inspirava confiança¹⁴ - se inverte, passando o magistrado a construir direitos a partir das denominadas cláusulas programáticas, de nítido caráter aberto¹⁵, numa tendência de “normativização” da Teoria da Constituição¹⁶.

¹² No caso brasileiro esse fenômeno tem outro marco inicial: o processo de redemocratização a partir da Constituição de 1988. Nesse sentido, vide o trabalho de BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 13, 2009.

¹³ Sobre o tema, indica-se a leitura da obra de GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

¹⁴ Pelo menos na Europa Continental, posto que esse fenômeno não se repetiu nos Estados Unidos da América.

¹⁵ “A indeterminação do Direito, por sua vez, repercutiria sobre a relação entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da ‘certeza jurídica’. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter do Estado Social, do papel de ‘legislador implícito’.” (VIANNA,

A atividade interpretativa dos tribunais, nesse contexto, irá incrementar-se a partir da necessidade de proceder-se à leitura das cláusulas abertas e enfrentar-se a questão relativa à conversão dessas previsões abstratas em direitos efetivos, com a fuga de uma concepção meramente formal dos textos normativos.

Nesse contexto, passa-se a engendrar, no plano da filosofia, uma teoria material do Direito a partir da constatação da insuficiência do positivismo – notadamente do normativismo kelseniano – como mecanismo de fundamentação do fenômeno jurídico, fugindo-se, pois, de uma dicotomia que embalou o pensamento ao longo dos séculos: Direito Natural e Direito Positivo¹⁷. O Direito moderno, pois, é marcado como um sistema fruto de decisões contingentes adotadas em um determinado contexto histórico, apresentando-se como um fenômeno que reproduz a si próprio a partir de fatos sociais, sempre sujeito a mudanças alheias a qualquer compreensão metafísica das fontes normativas¹⁸.

Assim, ressalta Cristiano Paixão:

Surgem, portanto, a partir da segunda metade do século XIX, manifestações de conflito e revolta por parte de setores atingidos pela crescente desigualdade material na distribuição de poder e riqueza. Esse processo é acelerado pela Revolução Industrial inglesa, que altera substancialmente o

Luiz Werneck et all. *A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 21). Na mesma linha, ressalta Mauro Capelletti que a consagração de direitos econômicos e sociais, notadamente a partir de cláusulas de conteúdo indeterminado, também é elemento que contribui decisivamente para o protagonismo judicial da era contemporânea (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 68).

¹⁶Para Gilberto Bercovici, uma das poucas teorias constitucionais que tentou escapar dessa “normativização” foi a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, proposta por Peter Häberle. Nessa teoria sustenta-se que todos os setores da sociedade estão vinculados ao processo de interpretação constitucional, de modo que não se pode limitar ou reduzir os intérpretes do texto constitucional aos atores jurídicos e participantes formais do processo constitucional (BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. In: SOUZA NETO. Cláudio Pereira et al. (Org.). *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 109).

¹⁷ Nesse sentido é a manifestação de Paulo Bonavides na apresentação da obra de Müller (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

¹⁸ Sobre o tema, vide, entre outros, LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.

sistema econômico e explicita determinadas dificuldades de acesso – de enorme parcela da população – a bens de consumo e participação política. São bastante conhecidos os fatores de passagem que marcam a ruptura do paradigma liberal: a eclosão de movimentos revolucionários na Europa (a partir, principalmente, de 1848), o surgimento e crescimento de doutrinas de feição socialista ou anarquista (que tinham como ponto comum a forte rejeição ao Estado Liberal então vigente) e a organização de setores da sociedade em novos grupos de pressão (sujeitos coletivos de direito, como associações ou sindicatos profissionais). É desse período que datam as primeiras manifestações, já no campo da teoria da constituição, acerca do estrito formalismo em que vinha incorrendo o Estado Liberal. Recorde-se, quanto a esse ponto, o discurso de Lassalle em Berlim (1863), em que qualifica as constituições liberais como meras “folhas de papel”¹⁹.

Nesse contexto de necessidade de materialização dos direitos, o Estado tem sua seara de atuação extraordinariamente ampliada para abranger tarefas vinculadas a essas novas finalidades econômicas e sociais, ganhando o próprio ordenamento maior grau de complexidade. O papel do juiz não poderia mais ser reduzido à aplicação silogística dos textos normativos, passando a constituir tarefa mais complexa diante da dinâmica dos programas e tarefas sociais, notadamente a partir de uma releitura do conceito de separação dos poderes em função das exigências da sociedade moderna²⁰.

Assim, com o reconhecimento da insuficiência do sistema de regras como mecanismo de enfrentamento das demandas sociais, passa-se à construção de uma base filosófica que reconhece os princípios enquanto elementos integrantes do ordenamento jurídico e, portanto, ferramentas utilizáveis no processo interpretativo voltado à resolução das controvérsias jurídicas.

¹⁹PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Claudia Fernanda Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. v. 1, Belo Horizonte: Forum, 2003, p. 10.

²⁰ Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*, p. 243-244.

A era dos princípios²¹, portanto, com a fluidez que é inerente ao exame de seus elementos, trouxe severas dificuldades no campo da interpretação constitucional. Superados os esquemas lógico-dedutivos do positivismo, tornou-se hercúlea a tarefa de definição do conteúdo da norma regente do caso concreto, especialmente à luz de uma necessária racionalidade argumentativa²² e do reconhecimento de que o texto é a mera “ponta do iceberg”, sendo a posição dos atores decisiva para a exata compreensão do preceito incidente na realidade social²³.

Concebido, pois, como súdito de um constitucionalismo reaproximador do Direito e da Justiça²⁴ e refratário de um legalismo acrítico, o sistema jurídico de princípios trouxe à tona concepções fluidas como a dignidade da pessoa humana, que estão a exigir do intérprete maior esforço na definição dos limites de aplicação da norma.

Aqui se evidencia o problema dos limites da atividade jurisdicional, já que as constituições contemporâneas irão favorecer um ambiente de protagonismo do trabalho hermenêutico, que se enriquece e se torna mais complexo à medida em que se exige um incremento na atividade de justificação do resultado decorrente da interpretação das normas e fatos a elas subjacentes.

²¹ Para um exame do constitucionalismo moderno à luz do pós-positivismo e da constitucionalização de direitos, vide, entre outros, CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Ed.Trotta, 2003; SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, v. 240, abril/jun. 2005.; MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-168.

²² Ao longo do trabalho, a racionalidade será compreendida nos termos propostos por Habermas, no sentido de uma ação comunicativa baseada em uma argumentação consistente que leve em conta os interesses dos destinatários da decisão. Esse ponto será melhor esclarecido mais adiante.

²³Essa perspectiva orienta uma das principais obras de Müller, como se verá ao longo deste trabalho ((MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*).

²⁴No sentido de se reconhecer o vínculo necessário entre Direito e concepções de Justiça, mas não no sentido de se reduzir um ao outro como no jusnaturalismo.

Por outro lado, essa larga aplicabilidade dos princípios na solução das mais variadas demandas jurídicas leva-nos a reconhecer que vivemos um momento de “euforia constitucional”²⁵. É que, atualmente, todas as relações jurídicas podem ser discutidas sob o prisma da Constituição na medida em que se reconhece a sua abertura para o processo interpretativo – que a transforma em “filtro” para a análise do conteúdo dos direitos previstos no ordenamento como um todo - e a necessidade de sua constante materialização nas relações sociais.

Esse fenômeno, por um lado, tem grandes aspectos positivos, já que permitiu o reconhecimento e a efetivação de direitos que contribuem sobremaneira para a emancipação social e para a realização do compromisso constitucional de construção de uma sociedade justa e igualitária. Por outro, todavia, vez por outra vem demonstrando o apequenamento dos demais poderes diante do “*terceiro gigante*”²⁶, o que eventualmente revela uma potencial crise no equilíbrio das funções estatais.

Assim, se houve um passo decisivo na busca de critérios mais precisos para o exercício da interpretação constitucional, é chegado o momento de refletirmos seriamente sobre os limites do juiz no Estado Democrático de Direito, a fim de evitar que passemos de um marasmo jurídico para uma histeria judicial. Isto é, de um modelo de jurisdição constitucional excessivamente contido para outro politicamente invasivo, que não respeite a autonomia do cidadão e de seus órgãos de representação popular.

É dizer, no contexto da crise do Estado Social, e notadamente diante de uma

²⁵ Fenômeno que circunstancialmente se identifica com uma espécie de “principiologismo”, na medida em que se busca dar solução a todos os problemas sociais pela invocação não fundamentada de cláusulas constitucionais abstratas (razoabilidade, dignidade da pessoa humana etc.), perseguindo-se muitas vezes o afastamento indevido de normas infraconstitucionais válidas, inclusive pela simples discordância do intérprete com as opções políticas adotadas na seara legislativa.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 47.

demanda por novos direitos fundamentais²⁷, a jurisdição constitucional é alçada ao patamar de um legislador concorrente ou subsidiário, no dizer de Habermas²⁸, na sua forma negativa e positiva, no sentido da realização da ordem constitucional a partir de uma pauta axiológica de convicções tidas como majoritárias na sociedade²⁹. A complexidade da vida passa a ser resolvida sob a perspectiva de um “instrumentalismo constitucional” - basta a solução estar prevista na Constituição - e a crença no Poder Judiciário como “Salvador da República”³⁰.

Transitamos, assim, da desconfiança no Judiciário para o descrédito do Legislativo, numa espécie de “demonização” do processo político deliberativo³¹. Diante da paralisia histórica das instâncias políticas e de sua incapacidade de realizar propósitos tão audaciosos de uma Constituição extremamente compromissória – fenômeno por si só capaz de oportunizar um sentimento de fracasso constitucional -, o Judiciário passou a ocupar os espaços vazios, funcionando, hoje, como a imagem paternal de uma sociedade órfã e sua mais alta instância moral, na feliz expressão de

²⁷Sobre a demanda por novos direitos fundamentais, a exemplo dos coletivos e difusos, vide PINTO, Cristiano Paixão Araujo. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*, p. 7-367.

²⁸HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo Madrid: Trotta, 2005, p. 326 e ss. A citação serve para ilustrar a tendência hodierna de atuação dos tribunais constitucionais. Todavia, como se registrará mais à frente, entendemos que o equilíbrio entre a autonomia pública (soberania popular) e privada (direitos humanos), especialmente em países periféricos como o Brasil, exige uma postura ativa do Judiciário até como forma de se assegurar a liberdade do indivíduo, historicamente privado de direitos sociais básicos. Assim, a presente reflexão centra-se mais no *como* agir (limites de atuação) o Judiciário do que no *por que* agir (legitimidade).

²⁹ Sobre a Constituição como ordem concreta de valores, vide ALEXYY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 e ss.

³⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 77.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103. Há quem afirme, inclusive, que o constitucionalismo dirigente, ao pretender conter todos os princípios e possibilidade de conformação do ordenamento, favoreceria o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em “senhor da Constituição” (BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 197-198).

Ingeborg Maus³².

De um lado, essa perspectiva atual da jurisdição constitucional permitiu o reconhecimento de que, a partir de uma leitura axiológica do Direito, cabia ao Judiciário realizar as promessas consagradas no texto constitucional, tornando-as realidade vívida. De outro, ensejou a inclusão de argumentos políticos no discurso judicial, a partir de ferramentas argumentativas como a ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade³³, cuja utilização acrítica pode nos conduzir a um retorno às tradições do positivismo, em que se reconhecia a existência de uma discricionariedade judicial a ser utilizada sempre em busca da solução que pareça mais justa³⁴.

Permanecem, portanto, no cenário jurídico-constitucional pátrio, diversas questões cujo enfrentamento é condição essencial para o equacionamento do problema: como conciliar o exercício da jurisdição constitucional contemporânea com um ideal de democracia representativa? Qual o papel do juiz nesta quadra do desenvolvimento

³² MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov 2000, p. 185.

³³ Uma tendência de “subjetivação” da interpretação constitucional na prática dos tribunais é patente. No recente julgamento acerca da legislação que proíbe a importação de pneus usados (ADPF 101, rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 24/06/09), o Min. Eros Grau, em seu voto-vista, fez considerações sobre a ponderação de princípios, ressaltando que esta se dá “*pelo subjetivismo de quem a opera.*” Disse, ademais, que “*princípios de direito não podem ser ponderados entre si, apenas valores podem submetidos a esta operação. Os princípios são normas, mas quando estão em conflitos com eles mesmos são valores*”, de modo que pode haver grave incerteza jurídica em razão da técnica da ponderação entre princípios relativos aos conflitos entre direitos fundamentais, pois a opção por um e não por outro é perigosa e ocorre de acordo com o intérprete.

³⁴ Na mesma linha, ressalta José Adércio Leite Sampaio que, por meio da razoabilidade, a Constituição escrita se esvaziou de conteúdo, abrindo-se janelas de incertezas nos discursos de aplicação constitucional. Com efeito, assevera o autor que “*a ‘Constituição judicial da razoabilidade’ é, portanto, uma ‘Constituição ad hoc’ e relativa (SCACCIA, 2000:379). A ‘Constituição do caso’ e ‘do juiz’ acaba por desnortear a própria teoria constitucional, pois em que bases se permite falar consistentemente em um poder constituinte originário, se a sua obra for uma simples referência vaga entre os espectros de uma razoabilidade sem fim à disposição dos poderes constituídos?*” (SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 94-95). Por sua vez, lembra Virgílio Afonso da Silva, sem firmar posição contrária à utilidade do referido princípio como ferramenta argumentativa no contexto da decisão judicial, que “*a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um tópos, com caráter retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘à luz do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional.’*” (SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002, p. 31).

histórico? Teria ele posição privilegiada em relação ao legislador? Deve esse magistrado, no exercício de sua tarefa interpretativa, conter-se na moldura do legislador negativo, sob pena de violação à separação de poderes, ou prestigiar a qualquer preço a efetividade da Constituição, especialmente os direitos fundamentais ali contidos?

Esses questionamentos demonstram a necessidade de demarcação dos limites da jurisdição constitucional, especialmente no que tange a uma atividade com *status* normativo, já que aqui é maior o ponto de tensão entre o exercício da função jurisdicional e a atividade parlamentar.

Com esse propósito busca-se não reduzir a importância que o Poder Judiciário alcançou no espaço democrático atual, posto que inegável constituir-se como elemento chave no equilíbrio entre a atividade política e a realização do texto constitucional. Ao contrário, encontrar o ponto exato em que a função jurisdicional é exercida de modo legítimo no ambiente democrático é tarefa essencial para que a jurisdição constitucional continue a gozar do prestígio e relevância que lhe atribuíram as mais diversas instâncias sociais e políticas no decorrer dos tempos.

Nesse contexto, a presente dissertação busca, a partir do estudo de um caso concreto, compreender qual a exata dimensão da atividade jurisdicional – notadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal – com vistas à efetividade dos princípios constitucionais, de forma que a referida função, no quadro atual do Estado Democrático de Direito, não seja nem menos nem mais do que efetivamente deve ser.

Assim, a discussão que se trava no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro a partir do exame da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 54, à semelhança do que ocorrera nos Estados Unidos em função do julgamento de polêmicos casos como *Brown v. Board of Education* (1954) e *Roe v.*

Wade (1973), constitui um excelente laboratório jurídico para se diagnosticar as atuais tendências cognitivas do Tribunal Constitucional, na medida em que os argumentos potencialmente utilizáveis envolvem as mais variadas teorias políticas acerca da legitimidade da corte e um enorme conteúdo filosófico que dá suporte às diversas teorias da interpretação constitucional.

Nesse contexto, o confronto das diversas perspectivas argumentativas permite um retorno ao sempre atual debate acerca da tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia, possibilitando a busca de respostas que, sem trair o necessário comprometimento com o princípio democrático, forjem as bases de uma teoria da decisão judicial capaz de prestigiar a necessária igualdade entre os cidadãos.

A análise em questão partirá da teoria do Direito como integridade, elaborada pelo jusfilósofo estadunidense Ronald Dworkin, cuja aplicação entre nós pode contribuir para a elaboração de uma teoria da argumentação jurídica no Brasil capaz de possibilitar a realização dos direitos fundamentais sem invasão da esfera de atribuição dos demais poderes, mas também sem que haja um apego a uma visão excessivamente rígida e restritiva do papel do Judiciário nesta seara. Essa delimitação teórica, ademais, não será feita sem socorro às incontestáveis contribuições de autores como Jürgen Habermas, Friedrich Müller, Michel Rosenfeld, Peter Häberle e Klaus Günther para a hermenêutica constitucional contemporânea, sempre em busca da atribuição de um maior caráter científico ao Direito e às soluções que ele apresenta para os problemas que acometem a sociedade moderna.

Assim, não se pretende aqui demonstrar a verdade banal, embora negada ou ocultada em todas as épocas, da atividade “criativa” dos tribunais³⁵. Antes, pretende-se discutir como essa função deve ser exercida a fim de compatibilizar-se com um modelo ideal de Estado Democrático de Direito, fugindo, todavia, de uma demasiada atribuição de importância ao princípio democrático a partir do exame, sob a ótica estritamente formal, da legitimidade política dos juízes, como comumente ocorre.

Em verdade, essa última perspectiva revela-se capaz de desviar o foco do debate para um ponto que deve ser tido como essencial, qual seja, a importância dos aspectos substantivos da Constituição, especialmente uma compreensão adequada da igualdade e dos critérios de correção das decisões judiciais à luz da argumentação jurídica, dando margem ao estabelecimento de limites para a realização da Constituição sem socorro a um rígido modelo de separação dos poderes.

O trabalho está dividido em três partes.

Na primeira iremos descrever o caso posto a exame da Suprema Corte, revelando os argumentos utilizados pelos ministros daquele tribunal tanto a favor como contra a tese desenvolvida pela entidade autora da ação. Nessa perspectiva, demonstrar-se-á que a argumentação de alguns ministros ainda transita pelo normativismo

³⁵ Essa afirmação é de Mauro Cappelletti nas premissas de seu trabalho *Juízes legisladores?* No mesmo sentido, FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 37 e ss. As aspas foram propositalmente colocadas para ilustrar a necessidade de que a visão do papel do Judiciário como uma atividade criativa do Direito seja acolhida com reservas em razão dos perigos que uma compreensão generalizada encerra. Numa concepção democraticamente adequada e à luz do pós-positivismo, a construção da resposta judicial ocorre dentro ou a partir do próprio sistema normativo, no âmbito de seu modelo de regras e princípios, considerando-se, para tanto, a integridade do Direito e sua interpretação como uma teia inconsútil (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 180 e ss). Pelo menos nessa perspectiva, não há que se falar em livre criação judicial do Direito, no sentido proposto por Hart, como mecanismo de solução dos denominados *hard cases*, para os quais não há uma regra clara de incidência, cabendo ao magistrado decidir a partir de razões morais, éticas etc., exercendo nítida competência legislativa (HART, Herbert L.A. *Conceito de Direito; Positivism and the Separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, New York, v. 71, 1958, p. 593). Não se desconhece, entretanto, que a dicotomia entre revelação e criação do Direito não faz sentido no paradigma pós-positivista, já que o Direito hoje deve ser reconhecido como uma constante prática construtiva e evolutiva.

positivista, já que o enfoque da questão é realizado sob a perspectiva de haver ou não previsão no texto legal para o aborto nos casos de anencefalia³⁶, trazendo subjacente a ideia de que cabe ao ordenamento formal albergar expressamente toda a problemática da vida humana. Essa compreensão, no entanto, como será visto ao longo do trabalho, encontra-se em flagrante contradição com precedentes da mesma corte onde o STF entendeu admissível o reconhecimento de direitos ou mesmo a declaração de inconstitucionalidade de leis, embora muitas vezes a partir de argumentos cabíveis exclusivamente na arena política.

Na segunda procuraremos demonstrar qual a solução cabível à luz do Estado Democrático de Direito. Para tanto, analisaremos, inicialmente, se a premissa majoritária pode constituir óbice à proteção de direitos individuais ou se a materialização destes passa inclusive por soluções contramajoritárias. Depois, partindo do exame dos pressupostos da corrente interpretativa conhecida como Originalismo, tentaremos responder à indagação se, na perspectiva da democracia como concebida hodiernamente, ainda é possível falar-se no Poder Judiciário como uma instância vocacionada a atuar exclusivamente como legislador negativo. Por último, compreendido o Direito como um projeto inacabado e, portanto, como um fenômeno reconstruído discursiva e diuturnamente a partir da complexidade dos fatos sociais, cabe verificar se a Constituição, constituída a partir de um sistema de princípios, pode ser

³⁶Nos termos da petição inicial, “a **anencefalia** é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico(9). Conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal(10). Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica.” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em: 05 nov. 2010. Grifo no original).

efetivada sem riscos, à luz de uma segurança jurídica que o positivismo tanto buscou alcançar.

Finalmente, na terceira parte defenderemos que a solução do problema posto passa essencialmente pela identificação do direito a ser tutelado a partir dos princípios vigentes em uma dada comunidade política. Ou seja, somente ao se definir, a partir do debate exaustivo, os princípios construídos historicamente na sociedade acerca do tema é possível encontrar-se a solução adequada para o caso a ser examinado: a resposta correta na perspectiva dworkiniana.

Em sendo assim, vejamos, inicialmente, em que contexto se dá a discussão no STF relativa à possibilidade de aborto de fetos anencefálicos.

2. DESCRIÇÃO DO CASO: BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO *LEADING CASE*

Em 16 de junho de 2004 a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal (APDF 54) objetivando a procedência do pedido para que aquela Corte, procedendo à “interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.”

Segundo a referida petição, a violação de preceito fundamental decorreria da interpretação, que vêm sendo dada aos dispositivos do Código Penal acima indicados

por diversos juízes e tribunais, segundo a qual se extrai do conjunto normativo a proibição de efetuar-se a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, patologia que torna a vida extra-uterina completamente inviável. Nesse contexto, a ofensa a preceito fundamental decorreria do fato de tal interpretação ser colidente com o princípio da dignidade da pessoa humana, a cláusula geral de liberdade extraída do princípio da legalidade, bem como com o direito à saúde (art. 1º, IV, art. 5º, II, e arts. 6º e 196, todos da CF/88).

Afirma-se, ainda, que a criminalização do aborto é tema recorrente no cenário mundial, perpassando, sobretudo, a discussão sobre o início da vida e todas as implicações daí decorrentes nos planos filosófico, religioso e social. Todavia, para a autora da ação a hipótese dos autos é relativamente mais simples, já que a antecipação terapêutica nos casos de fetos anencefálicos não suscita os graves conflitos morais que o tema do aborto dos fetos viáveis encerra.

A tese da inicial, na essência, sustenta que, do ponto de vista médico, a possibilidade de vida extra-uterina do feto anencefálico é completamente nula. Ao contrário, a permanência desse corpo no útero materno pode gerar danos à saúde da gestante, em razão do grande número de óbitos ocorrentes ainda no período intra-uterino – cerca de 65% (sessenta e cinco por cento).

Nesse contexto, especialmente em razão da inviabilidade de vida após o parto, a antecipação terapêutica do feto não caracterizaria aborto, na medida em que faltaria à espécie o suposto fático do tipo descrito no Código Penal (potencialidade de vida extra-uterina). Sustenta-se, ainda, que a hipótese em questão não fora contemplada no art. 128 do Código Penal de 1940 dado o fato de que, àquela época, não havia diagnóstico médico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida.

Por seu turno, a violação da dignidade da pessoa humana dar-se-ia tanto no plano físico quanto no plano moral, em função dos riscos à saúde da mulher e dos possíveis danos psicológicos decorrentes da obrigação de carregar no ventre materno um feto inviável. O desacordo com o princípio da legalidade e com a liberdade e autonomia de vontade decorreria da circunstância de que a antecipação terapêutica do parto nesses casos não estaria vedada no ordenamento, sendo que as decisões judiciais contrárias basear-se-iam em argumentos de outra natureza. Derradeiramente, a violação ao direito à saúde teria por fundamento a afetação do bem-estar físico, mental e social da gestante.

Após decisão monocrática do relator, Min. Marco Aurélio, no sentido de sobrestar o andamento dos processos e decisões não transitadas em julgado acerca da matéria, bem como para reconhecer provisoriamente o direito da gestante de submeter-se à operação terapêutica a partir de laudo médico atestando a deformidade, o então Procurador-Geral da República Cláudio Fontelles – reconhecidamente católico, condição que deve ser ressaltada apenas em razão dos argumentos religiosos subliminarmente presentes em sua manifestação - emitiu parecer pelo indeferimento do pedido.

Argumentou o chefe do Ministério Público Federal, primeiramente, que a hipótese dos autos não autoriza o recurso à interpretação conforme à Constituição. Primeiro, porque os artigos 124 e 126 do Código Penal cuidam da tipificação das condutas que caracterizam o crime de aborto, de forma que imprópria seria a utilização da técnica de interpretação conforme para, a partir de tais dispositivos, estabelecer-se que dada situação não se amolda ao tipo legal. Segundo, porque, embora seja possível, em tese, a utilização da técnica da interpretação conforme para se discutirem as

hipóteses de exclusão da punibilidade a partir do exame do artigo 128 do mesmo estatuto – que cuida exatamente destes casos –, aqui é inviável reconhecer-se a possibilidade de extensão das excludentes normativamente previstas à antecipação terapêutica de fetos anencefálicos na medida em que não houve previsão expressa do legislador, que laborou a partir de “sentidos inequívocos”.

Para o Ministério Público Federal, portanto, deferir-se o pedido implicaria em permitir que o Judiciário atuasse como legislador positivo, criando hipótese de exclusão da punibilidade não contemplada na legislação em vigor.

Em outra linha de argumentação, sustentou o Procurador-Geral da República, também, que, uma vez existente normal processo de gestação, deve-se falar, no caso, em vida intra-uterina em razão do desenvolvimento físico do feto. Por outro lado, não seria possível relativizar-se o direito à vida em razão de um ponto de vista que leve em conta apenas a expectativa de curto prazo de existência do feto que venha a nascer. Assim, recorrendo ao princípio da proporcionalidade, asseverou o representante ministerial que a dor de algumas gestantes não é compartilhada por todas, de modo a não se justificar a autorização genérica para a morte prematura dos fetos.

Por último, invocando o princípio da solidariedade, asseverou que a antecipação do parto impediria eventual doação dos órgãos saudáveis para outras crianças com normal formação do cérebro, mas com deficiência constitutiva de outros elementos do corpo humano³⁷.

³⁷Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16603/pgr-emite-parecer-contrario-ao-aborto-de-anencefalos>>. Acesso em: 05 nov. 2010.

No julgamento da Questão de Ordem, o Supremo Tribunal Federal, em sessão do dia 20 de outubro de 2004, deliberou pela manutenção da liminar deferida tão-somente no que pertine ao sobrestamento dos processos em andamento³⁸.

Em seu voto, o Min. Eros Grau iniciou asseverando que a liminar concedida, “como se a lei tivesse sido reescrita, como se o Código Penal tivesse sido reescrito pela Corte, como legislador positivo, permitiu que uma terceira modalidade de aborto passasse a ser admitida”. Já o Min. Joaquim Barbosa manifestou-se pelo não referendo da liminar em função de uma questão processual, qual seja, a ausência de deliberação definitiva sobre o cabimento da ação a impedir a concessão de liminar que envolve o próprio mérito da pretensão deduzida.

O Min. Carlos Britto, a seu turno, iniciou sua argumentação tocando em aspecto que, para nós, revela-se central no presente debate, como será visto alhures. Por pertinente, cabe a seguinte transcrição:

No caso da gravidez do anencéfalo, volto a usar daquela metáfora, não quero falar de coisa para não coisificar um tema tão importante, tão repassado de espiritualidade como este. O que se tem no ventre materno é algo, mas algo que jamais será alguém. Usei, lembro-me bem, da metáfora do casulo da crisálida e da borboleta. O útero materno é um casulo. O feto anencéfalo é uma crisálida, mas que jamais chegará ao estágio de borboleta, jamais alçará vôo. Eu me pergunto: estamos aqui discutindo sobre o direito de viver, o direito de nascer ou o direito de nascer para morrer? Existe esse direito de nascer para morrer? Não tenho resposta para isso e, por isso, pedi vista do processo.

Mas, quando as leis penais naturalmente criminalizam o aborto, elas o fazem no pressuposto da interrupção de uma vida em gestação, ou seja, o que se procura impedir é que, pelo aborto, se interrompa um destino, se inviabilize uma trajetória mundana, se impeça alguém de ter um destino próprio extra-uterino – não pode ser diferente. Depois, a gravidez vem num circuito envolvente da própria família, não é algo isolado, e, sobretudo, da mulher que tem lá as suas expectativas, os seus sonhos, as suas fantasias, que são o conteúdo mais sublime e mais forte de todos os amores: o amor materno.

A decisão do Ministro Marco Aurélio, ainda que transitoriamente, precariamente, acho que devolve a questão a sua instância própria: que o

³⁸Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=ADPF-QO&numero=54>. Acesso em: 05 nov. 2010.

amor materno fale e que a mãe diga se pretende continuar com aquela gravidez-sacrifício ou não, sem que isso signifique um assassinio, uma morte propriamente dita. Porque sabemos que, se o feto anencéfalo não possui os hemisférios cerebrais nem o córtex, na verdade, ele se assemelha àquela situação do ser humano, já vivo, portanto, que teve sua morte cerebral decretada, sentenciada, diagnosticada e que, no entanto, continua a viver por efeito de aparelhos.

Já o Min. Cesar Peluso, entre outros argumentos, manifestou-se no sentido de que a legislação penal visa à salvaguarda da vida intra-uterina, independentemente de viabilidade do feto, sendo irrelevante a perspectiva temporal de vida do nascituro. Nesse contexto, a legislação brasileira asseguraria o resguardo de seus interesses, de modo que colocá-los à disposição de terceiros – no caso, a mãe – implicaria em coisificá-los, na medida em que somente as coisas se encontram na esfera de disponibilidade jurídica das pessoas. Tais circunstâncias impediriam o reconhecimento de que a pretensão da demandante merece maior proteção que o valor ofendido.

Por outro lado, após discorrer sobre os limites da interpretação conforme à Constituição, considerou o ministro que a pretensão da ação envolvia o reconhecimento de nova hipótese de exclusão de ilicitude “contra clareza do sentido emergente de um conjunto de normas que jamais provocaram, até hoje, dúvida alguma de interpretação, tanto na doutrina, como na da jurisprudência.” Assim, na condição de “contralegislador” – a acepção é de Rui Medeiros -, o Tribunal não teria competência para, “sob pretexto de que certas normas já não seriam adequadas ao tempo e à evolução científica, ler outra coisa onde as normas não deixam nenhuma dúvida quanto ao seu sentido emergente, o que é mais do que mero sentido literal.”

O Min. Gilmar Mendes, após tecer considerações acerca dos efeitos materiais decorrentes da manutenção da liminar, especialmente o risco de insegurança jurídica que causaria, entendeu pela inconveniência política da manutenção da tutela de urgência em face da significativa mutação legislativa do sistema jurídico, à semelhança

da construção pretoriana em torno da cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADin.

Os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie também se manifestaram pelo não referendo da liminar em face das dúvidas que a matéria suscita, sem ingressarem, contudo, em maiores considerações sobre o mérito da demanda. Entenderam, pois, que se deveria prestigiar, em um primeiro juízo, o direito à vida do nascituro. Na mesma trilha caminhou o voto do Min. Nelson Jobim.

A seu turno, o Min. Sepúlveda Pertence votou pela manutenção da liminar em virtude do largo tempo decorrido desde sua concessão, ressaltando que sua decisão era norteadada por um critério de política judiciária.

Em nova sessão do dia 27 de abril de 2005, o STF, por maioria, assentou a admissibilidade da ADPF para a discussão da matéria.

Em seu voto-vista, o Min. Ayres Britto ressaltou que as disposições penais relativas ao aborto no Código Penal poderiam conduzir a três interpretações: uma, a de que a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia caracteriza aborto; duas, que é fato atípico em função da inviabilidade de vida extra-uterina; e três, que é fato típico mas penalmente impunível, uma vez presentes as mesmas circunstâncias que autorizaram o legislador a despenalizar certas condutas nos casos de aborto, já que, se “o abalo psíquico e a dor moral da gestante são bens jurídicos a tutelar para além da potencialidade vital do feto, essa mesma fundamental e definitiva razão pode se fazer presente na gestação anencefálica”.

Em continuidade, após discorrer sobre os limites da interpretação conforme à Constituição, que somente seria permitida quando se trata de desvendar os diversos

sentidos da lei, tendo seus limites na “letra e clara vontade do legislador”, não podendo traduzir-se na reconstrução de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto – assertiva de Canotilho -, afirmou o ministro que o limite do “juiz-intérprete” estaria na pluralidade significativa do texto interpretado, de modo que a interpretação conforme seria inadmissível se da operação hermenêutica resultar a unicidade de entendimento normativo. Com tais considerações, considerou admissível o uso da ADPF para o fim pretendido.

O Min. Cesar Peluso, a seu turno, considerou incabível a ADPF, porque a hipótese tratar-se-ia de mera interpretação da legislação infraconstitucional. Por outro lado, sustentou que “no fundo se trata – e nisso não há dúvida alguma – de criar, à margem da interpretação das normas de caráter penal, mais uma excludente de ilicitude”, tarefa do Legislativo a ser exercida a partir dos valores culturais que considerar determinantes.

Por sua vez, a Min. Ellen Gracie, na mesma linha do Min. Cesar Peluso, manifestou-se pelo não cabimento da ação ao argumento de que se busca manifestação jurisprudencial que acrescente ao ordenamento penal uma nova hipótese de excludente de ilicitude da prática de abortamento. Sustentou, outrossim, que as sentenças com efeitos aditivos somente teriam cabimento nas hipóteses de “decisões preponderantemente ablativas e que, ao declararem a inconstitucionalidade, invalidam a situação de segurança jurídica que se baseara na presunção de legitimidade da norma ou ato administrativo, com base nas quais muitas relações se terão desenvolvido.”

O Min. Carlos Velloso iniciou seu voto discorrendo sobre os limites da interpretação conforme, ressaltando que o uso dessa técnica de controle de constitucionalidade encontra limites na *mens legis*, não sendo admissível o falseamento

ou violação do objetivo legislativo. Nesse contexto, a pretensão autoral resumir-se-ia à busca de inovação legislativa, objetivo este agravado pela possibilidade de autorizar-se nova modalidade de excludente de ilicitude sem o amparo de uma regulamentação legal analítica que discrimine os critérios de realização do procedimento cirúrgico.

Pela admissibilidade da ação, ainda, votaram os Ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

3. A ADPF 54 E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: A SOLUÇÃO CABÍVEL SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA

As questões até agora examinadas pelo STF no âmbito do processo em que se discute a possibilidade de antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia, se não são capazes de definir aprioristicamente qual posição será adotada pela Corte no julgamento de mérito, permitem verificar qual o tom que o debate ganhará, especialmente os argumentos que serão utilizados para o deslinde da questão.

Primeiramente, em parte dos votos proferidos naquele julgamento é possível verificar-se um demasiado apego ao texto legal, estabelecendo-se restrições semânticas que geram, em última instância, uma dificuldade de reconhecimento do papel efetivo que devem desenvolver os juízes no âmbito do debate constitucional marcado por princípios. Para boa parte dos ministros o cerne da questão está em discutir se há previsão legislativa ou não para a modalidade de aborto que se pretende legitimar, tangenciando-se o debate acerca da interpretação adequada dos princípios constitucionais e da dimensão fática de sua aplicação a situações do mundo da vida. Não se pode olvidar, ademais, que a temática encerra séria discussão acerca dos princípios morais vigentes em nossa comunidade política, cabendo ao STF demonstrar,

do ponto de vista argumentativo, quais os critérios que o conduzirão à tomada de posição no que concerne à referida matéria, para, a partir daí, sujeitar-se à esfera pública crítica de sua atuação.

Por outro lado, há também certa preocupação com as possíveis consequências da decisão que eventualmente venha a reconhecer o direito ao aborto nos casos de anencefalia, sem que se reflita se realmente é papel do Judiciário preocupar-se com os desdobramentos das decisões que adota, ainda que tal opção implique em transigir-se com a necessidade de efetivação dos princípios estabelecidos na carta constitucional.

Aqui é possível indagar-se: esses questionamentos trilham a melhor forma de encarar a questão? Haveria como conciliar a preocupação do STF com uma possível usurpação de poderes e a realização de direitos encartados, ainda que implicitamente, no texto constitucional? Qual realmente é a função dos juízes no campo da interpretação das cláusulas abstratas do texto constitucional? Há uma relação entre Direito e Moral ou se tratam de sistemas inteiramente autônomos? Existe um direito ao aborto neste caso ou estamos a falar de uma conduta delituosa? A argumentação abaixo se propõe exatamente a dar respostas a estas indagações.

3.1. Democracia e premissa majoritária: a proteção dos direitos individuais pode violar a própria Constituição?

Ao adotar-se no discurso acerca do aborto de fetos anencefálicos uma linha de argumentação que envolve os limites do Judiciário em virtude da separação dos poderes e de sua feição contramajoritária, inegável se torna o enfrentamento da questão relativa às situações em que, por razões diversas, é possível que a tutela de direitos

subjetivos entre em aparente rota de colisão com a legislação editada pelos chamados representantes do povo, que supostamente atuam em conformidade com os interesses da maioria.

Nesse tema, sabe-se que a convivência entre o constitucionalismo e a democracia nem sempre é algo simples e harmônico. De fato, na medida em que o constitucionalismo impõe que dadas questões sejam excluídas da esfera coletiva de decisão, porque irrenunciáveis, haverá certa tensão entre essa perspectiva e a ideia de que a democracia se consubstancia no respeito à vontade da maioria.

A preocupação exacerbada com uma postura *self restraint* das Cortes Constitucionais é herdeira exatamente dessa concepção da regra da maioria³⁹, que, nas sociedades homogêneas do período pré-moderno⁴⁰, teve grande valor como forma de

³⁹ Sobre a regra da maioria, vide o texto: DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate*. Oxford: Princeton University Press, 2006.

⁴⁰ No paradigma pré-moderno – que vai da Antiguidade até o período anterior à Revolução Francesa - o homem era visto como mero instrumento de realização dos interesses da coletividade, de acordo com a origem de seu nascimento. Como anota Menelick de Carvalho Netto, o direito e a organização política aqui representavam “*um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados e que essencialmente não se discerniam. O direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social, tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas.*” (CARVALHO NETTO, Menelick de. *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*, p. 237-238). No paradigma da modernidade essa concepção será superada, com a diferenciação racional entre o Direito e outras manifestações sociais, passando o homem a ser visto como indivíduo igual em direitos e deveres, uma vez que dotado de razão e vontade. Seu destino não está mais predefinido a partir de seu nascimento, mas sujeito às vicissitudes da vida. Sobre a concepção de individualismo em um ambiente democrático, é de extrema clareza a seguinte passagem de Bobbio: “*Há individualismo e individualismo. Há o individualismo de tradição liberal-libertária e o individualismo da tradição democrática. O primeiro arranca o indivíduo do corpo orgânico da sociedade e o faz viver fora do regaço materno, lançando-o ao mundo desconhecido e cheio de perigos da luta pela sobrevivência, onde cada um deve cuidar de si mesmo, em uma luta perpétua, exemplificada pelo hobbesiano bellum omnium contra omnes. O segundo agrupa-o a outros indivíduos semelhantes a ele, que considera seus semelhantes, para que da sua união a sociedade venha a recompor-se não mais como um todo orgânico do qual saiu, mas como uma associação de indivíduos livres. O primeiro reivindica a liberdade do indivíduo em relação à sociedade. O segundo reconcilia-o com a sociedade fazendo da sociedade o resultado de um livre acordo entre indivíduos inteligentes. O primeiro faz do indivíduo um protagonista absoluto, fora de qualquer vínculo social. O segundo faz dele o protagonista de uma nova sociedade que surge das cinzas da sociedade antiga, na qual as decisões coletivas são tomadas pelos próprios indivíduos ou por seus representantes.*” (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as lições dos clássicos*. São Paulo: Campus, 2000, p. 381-382).

solidificar os fundamentos basilares da democracia⁴¹. Argumenta-se, sob essa ótica, que as construções jurídicas desenvolvidas pelo Poder Judiciário encontram óbice intransponível na estrutura inerente aos países democráticos, em que deve prevalecer a vontade da maioria, no caso representada pelas ações do Legislativo e Executivo, dada a feição contramajoritária do controle jurisdicional (*countermajoritarian difficulty*)⁴².

É importante ressaltar, assim, que, tradicionalmente, o debate acerca dos limites da jurisdição constitucional está focado na legitimidade dos juízes – formalmente entendida - e não na justiça das decisões, à luz da vetusta discussão acerca da “dificuldade contramajoritária”⁴³, o que transfere a solução dessa temática para um aspecto meramente formal, em detrimento do ponto essencial que permitirá reconhecer a legitimidade ou não de uma decisão: a qualidade do argumento utilizado. Ou seja, discute-se quem deve ser o autor da interpretação – se os juízes ou o povo, por meio de seus representantes -, quando o foco principal da questão deve ser o que a Constituição significa, e não quem deve nos dizer o seu significado⁴⁴.

Expõe-se, nesse contexto, uma suposta antítese entre democracia e realização dos direitos fundamentais, como se se tratasse de aspectos antagônicos do próprio Direito Constitucional. Na realidade, a questão está em definir-se como adequadamente se deve compreender a própria democracia. Assim, como logo se verá,

⁴¹ Com efeito, na Idade Média foram engendrados os fundamentos da ideia de soberania popular, a partir de quando o povo passou a ser identificado como autoridade e fonte do poder, distinguindo-se titularidade e exercício do poder (BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 321).

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114-115.

⁴³ Sobre o tema: GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. No tocante à referida expressão e seu uso como mecanismo de preservação da legitimidade das Cortes, vide BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. Indianapolis: Bobbs Merrill, 1962.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 18.

o papel da democracia é permitir o desenvolvimento concomitante da autonomia individual e coletiva, através do diálogo, da participação da sociedade como um todo.

A premissa majoritária pressupõe que, nos procedimentos políticos, a decisão alcançada seja a desejada pela maioria dos cidadãos. Todavia, esse objetivo do procedimento político, embora pareça razoável consistir em parte do ideal democrático e em uma das metas a serem alcançadas, não pode ser confundido com a própria noção de democracia⁴⁵.

Entre outros aspectos, é importante observar como se dá a construção, no ambiente político, da ideia de maioria, a fim de verificar se a elaboração da vontade desta parte de um modelo racional de construção de poder, capaz de assegurar a legitimidade das decisões tomadas, inclusive aquelas que eventualmente afastem interesses individuais em nome do bem comum.

A democracia, identificada como governo do povo, pressupõe, portanto, em uma primeira visão, a participação de todos os envolvidos no processo decisório e que possam por ele ser afetados. A ideia de representação popular rompe com essa noção primária, estabelecendo a diferenciação entre titularidade e exercício do poder. Assim, a própria passagem do “todo” para uma “maioria” que decide através de representantes pode importar em alguma perda de legitimidade no procedimento democrático. Daí, portanto, a necessidade de adoção de medidas acautelatórias que permitam o equilíbrio nas decisões adotadas nas sociedades modernas, viabilizando-se, ademais, a manutenção de mecanismos de participação coletiva de todos os interessados. Entre elas está o respeito pelo procedimento democrático, de forma que o acesso ao poder dê-se de forma regular, permitindo exatamente que uma maioria seja qualificada como maioria, bem

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 24.

com a preservação dos direitos das minorias, para que estas tenham sempre a possibilidade de participação naquele processo⁴⁶.

Habermas, baseado em sua teoria do agir comunicativo, irá conceber como finalidade do princípio democrático a produção legítima de normas jurídicas. Para esse princípio, somente podem pretender validade legítima as normas jurídicas que, a partir de um processo discursivo, encontrem assentimento na comunidade jurídica como um todo, que será composta por membros livres e iguais que se associam voluntariamente⁴⁷.

Por sua vez, a necessidade de constante mudança daquele que exerce o poder abre espaço para que a lógica argumentativa das decisões tomadas seja sempre revisitada, além de permitir-se que as minorias possam eventualmente tornar-se, agora, maiorias.

Seguindo essa linha de raciocínio, ressalta Friedrich Müller:

O sistema deve poder representar-se como se funcionasse com base na soberania popular e na autodeterminação do povo; com base no livre desenvolvimento de cada indivíduo e da igualdade de todos, da igualdade de chances para partidos políticos e do direito à oposição legal, do direito de decidir com base na respectiva maioria. Só que a teoria tradicional da democracia não deixa claro como a ação *ex officio*, o exercício do poder estatal podem ser retroreferidos ao povo nos seus detalhes. Mas a legitimidade pretendida está vinculada, de qualquer modo, à hipótese de que o processo político conducente a maiorias seja um processo do povo *na sua totalidade* e não apenas de uma vertente política, de um grupo popular, uma comunidade religiosa ou camada social majoritárias ou minoritárias que sustentam o Estado. *Em termos políticos*, todos devem ter direitos iguais, do contrário a alternância de maioria e minoria não é mais um mecanismo real. Minorias não devem funcionar como bonecos de papel que de qualquer modo serão novamente vencidos pelo voto; em uma sociedade dividida de forma pluralista, elas devem ter uma chance comprovável de se converterem em maiorias⁴⁸.

⁴⁶ Com efeito, como se verá ao longo do presente trabalho, as minorias demandam especial proteção do Estado, uma vez que a simples participação nos espaços públicos de comunicação e decisão não se afigura capaz de, por si só, garantir a tutela dos interesses desses grupos minoritários. O grande desafio, pois, está em estabelecer-se o limite adequado dessa intervenção a fim de evitar-se, a partir de um paternalismo judicial, uma erosão das decisões políticas legitimamente adotadas.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, p. 175.

⁴⁸ MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? Trad. Peter Naumann. In: *Revista da Procuradoria-geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: Unidade, 2000. Edição especial, p. 23 e ss.

Nesse diapasão, Habermas parte da ideia de que há uma coesão interna entre direitos fundamentais e democracia. Assim, somente será possível falar-se em autonomia política do cidadão – ideia inata à própria regularidade do procedimento democrático – se ele assumir o papel de titular de direitos. Com isso, o equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública será essencial para o regular funcionamento da democracia, já que não há como se conceber a participação política efetiva através dos direitos políticos sem que sejam assegurados os direitos individuais vitais – a co-originariedade ou equiprimordialidade entre a autonomia pública e privada.

Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. De outro lado, os cidadãos só podem gozar simetricamente sua autonomia privada se fizerem uso adequado de sua autonomia política, de forma que os destinatários do direito se vejam, ao mesmo tempo, como seus autores⁴⁹.

Daí este autor alemão defender a ideia de que são categorias essenciais para o regular funcionamento da democracia: (i) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à *maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*; (ii) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (iii) direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (iv) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os

⁴⁹HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 155.

cidadãos exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo; (v) direitos fundamentais às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (i) a (iv)⁵⁰.

Sob outro aspecto, é importante lembrar que a autonomia privada dos cidadãos pressupõe o asseguramento de mínimos existenciais capazes de realizar efetivamente os ideais de igualdade e liberdade. Na medida em que inexistentes garantias básicas de saúde, educação etc., não se pode falar em liberdade individual que permita a participação legítima dos cidadãos nos processos públicos decisórios (autonomia pública). Sem condições básicas de existência digna que garantam a emancipação social, portanto, é impossível conceber-se o adequado funcionamento do processo democrático⁵¹.

Assim, no dizer de Habermas,

as autonomias privada e pública requerem uma à outra. Os dois conceitos são interdependentes; eles estão relacionados um ao outro por implicação material. Os cidadãos podem fazer um uso apropriado de sua autonomia pública, como algo garantido através de direitos políticos, só se eles forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada igualmente protegida em sua conduta de vida⁵².

Em verdade, um suposto vínculo inabalável entre democracia e vontade da maioria trata-se de ideia bastante difundida, mas pouco estudada⁵³. Com efeito, não se pode olvidar que, a par da necessidade de prestigiar-se a vontade da maioria, existem direitos individuais que precisam ser respeitados por esta mesma maioria. Assim,

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, p. 188.

⁵¹ Nesse sentido, entre outros, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro:Renovar, 2003, p. 323 e ss.

⁵² HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 137.

⁵³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 9.

malgrado a democracia caracterize-se como o governo do povo, essa premissa deve ser compreendida em sua exata dimensão.

O fato é que o respeito absoluto pela vontade da maioria – no sentido de adotarem-se decisões que supostamente seriam tomadas pela maioria dos cidadãos – não se caracteriza nem como meta nem como definição da democracia. A essência da democracia, na realidade, está na tomada de decisões coletivas por instituições que, no âmbito de seus procedimentos, adotem um ideal de igual consideração e respeito por todos os indivíduos. Essa perspectiva tem o mérito de permitir o desejado equilíbrio entre a vontade da maioria e os direitos individuais, não a partir de regras apriorísticas que estabeleçam abstratamente uma prevalência de um interesse sobre o outro, mas exclusivamente à luz de cada caso concreto e das circunstâncias que norteiam cada debate específico.

Na democracia não há, assim, qualquer compromisso com uma prevalência das pretensões majoritárias, nem uma defesa intransigente dos interesses individuais. O que há é apenas um vínculo com a materialização do próprio princípio da igualdade, que, em cada situação, poderá pesar ora para um lado, ora para outro. Como ressalta Ferrajoli, a democracia não consiste apenas em sua dimensão política, presente no caráter representativo e majoritário da produção legislativa, essencial para a validade das leis, mas sobretudo numa dimensão substancial imposta pelos princípios constitucionais, que também vinculam o conteúdo das leis, condicionando sua validade à observância dos direitos fundamentais⁵⁴.

⁵⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manoel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 92.

Essa visão da democracia, aliás, não afasta a necessidade de que as decisões políticas em geral sejam adotadas por agentes escolhidos a partir da vontade popular e que atuem, portanto, como representantes da maioria, o que se dá exatamente pela necessidade de observância daquele ideal de isonomia, e não em função de um imprescindível respeito absoluto à vontade geral. Não impede, igualmente, a adoção de decisões contramajoritárias em ocasiões especiais, quando isso se fizer necessário para a mesma defesa daquela igualdade entre os cidadãos⁵⁵.

Nesse mesmo sentido, ressalta Alexy que os direitos fundamentais são compatíveis com a democracia, sem prejuízo de inspirarem certa desconfiança em relação ao processo democrático. Isto porque, ao vincularem o legislador, encontram-se fora do processo decisório da maioria parlamentar, servindo como sustentáculo, em última instância, da própria democracia⁵⁶. Os direitos fundamentais, assim, vão funcionar não apenas como um limite à democracia, mas como condição essencial para seu próprio reconhecimento. Se um tribunal tem fortes motivos jurídicos para negar à maioria a restrição a certas liberdades individuais, essa decisão, antes de prejudicar, fortalece os valores democráticos.

É dizer: a prevalência da vontade da maioria – materializada através das decisões de suas instituições majoritárias - somente é cabível quando essa opção é capaz de, por si só, assegurar a igualdade de consideração e respeito entre todos os indivíduos. Caso contrário legitima-se a adoção de outros procedimentos que, do mesmo modo, assegurem essas condições ideais da democracia, que assegurem, em último caso, a própria Constituição. Como ressalta Jon Elster, a lógica fundamental das democracias

⁵⁵ *Ibidem*, p. 26.

⁵⁶ Cf. ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

modernas é que nem sempre a decisão por maioria é o melhor procedimento para a solução de determinados temas⁵⁷.

A estipulação de direitos, dessa maneira, gera consequências fáticas e jurídicas que não podem ser esquecidas. Significa, entre outras possibilidades, que essa estipulação vai além da determinação de comportamentos desejáveis, como quer o positivismo, fundamentando-se na perspectiva precípua de que os direitos são estabelecidos quer em face de uma maioria opressora, ainda quando esta diz agir sob o pálio do interesse público, quer em face do Estado⁵⁸.

Daí falar Dworkin nos direitos como trunfos políticos que funcionam como limites ao princípio majoritário⁵⁹, de modo que tais direitos não podem ser olvidados em nome de um suposto bem-estar social⁶⁰, como propugnam algumas teorias utilitaristas. Assim, os indivíduos têm direito quando não há razão para que um objetivo comum configure uma justificativa suficiente para negar-lhes sua pretensão em um caso concreto, seja esta uma prestação positiva ou negativa⁶¹.

Nesse contexto, não se deve falar em um conflito entre os direitos individuais e o interesse coletivo, na medida em que ambos devem estar fundamentados num ideal de igualdade. O vínculo da democracia com a vontade majoritária, assim, não equivale a uma carta de alforria voluntarista em favor das maiorias, já que a garantia jurídica segundo a qual é possível fazer-se tudo o que a lei não vede é o núcleo da autonomia privada, e não da pública. No âmbito desta, deve prevalecer a formação

⁵⁷ ELSTER, Jon. Régimen de mayorías e derechos individuales. In: SHUTE, Stephen e HURLEY Susan (Eds.). *De los derechos humanos*. Trad. M. Valencia. Madrid: Trotta, 1998, p. 169.

⁵⁸ Cf. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí: Univali, v. 11, n. 02, p. 265-285, jul. 2006, p. 276.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. XV.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 313.

⁶¹ Cf. *Ibidem*, p. XV.

racional da vontade, no sentido de que os interesses comuns são construídos a partir do debate comunitário, de modo que a liberdade de todos depende da consideração simétrica da vontade de cada um⁶².

Também se deve ponderar que a defesa intransigente da tese segundo a qual questões morais controversas devem ser resolvidas exclusivamente no âmbito da política comum, dadas as posições conflitantes que suscitam no seio da sociedade, pode produzir diversas consequências danosas à democracia. Isto porque a controvérsia sobre determinado tema pode gerar inclusive a própria ausência de deliberação exaustiva da matéria em razão de alguma paralisia legislativa que só os tribunais, imunes às pressões dos grupos que defendem interesses especiais, podem superar⁶³.

⁶² Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? p. 155-156.

⁶³ Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 111. Ressalte-se que essa assertiva, como se verá ao longo do trabalho, não importa em defender a tese de que a simples omissão das classes políticas gera o direito de intervenção jurisdicional como forma de colmatar a inércia legislativa. É que a atuação jurisdicional está jungida ao critério da argumentação com base em princípios, de modo que o julgador não pode partir de considerações de natureza eminentemente política a fim de suprir a ausência de atuação do legislador. No julgamento dos Mandados de Segurança n.ºs. 26.602, 26.603 e 26.604 (Rel. Min. Eros Grau, DJU de 17.10.2008.), que tratavam da fidelidade partidária, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, manteve o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que a troca de partidos configurava hipótese de perda de mandato, em que pese não haja previsão expressa na Constituição. No caso, a simples existência de divergência sobre o mandato pertencer ou não ao partido – premissa para a vedação alegada no feito – justificava, em nosso sentir, uma decisão minimalista da corte, no sentido de que a decisão sobre os efeitos da troca de partido deveria decorrer de manifestação expressa do legislador constituinte. E isto porque não havia como adotar-se uma solução baseada exclusivamente em princípios, sem considerações que se voltassem à melhoria ou otimização da legislação brasileira. Na ocasião o Min. Eros Grau, especificamente, ponderou que as hipóteses de perda de mandato estão taxativamente enumeradas na Constituição. Assim, embora do ponto de vista da moral e da ética a decisão do Tribunal pareça correta, o fato é que aquela corte recorreu a argumentos metajurídicos para chegar à conclusão final, imiscuindo-se em matéria que dependia de decisão do legislador, após o devido debate democrático nos foros políticos. O mesmo parece ter ocorrido por ocasião da edição das Súmulas Vinculantes 11 (uso de algemas) e 13 (nepotismo). Na primeira, ao determinar-se a justificação por escrito quando da utilização do instrumento e a nulidade do ato em decorrência do uso abusivo das algemas sem que haja norma jurídica criando respectivamente a obrigação e o efeito processual concebido na decisão judicial. Na segunda, porque a exclusão da aplicação da súmula à nomeação de parentes para cargos de secretários municipais, de Estado e Ministros do Executivo Federal também não possui previsão legislativa. Ao nosso ver, no primeiro caso, eventuais abusos deveriam ter como efeito a apuração com base na Lei n.º 4.898/65 (abuso de autoridade). No segundo, o Tribunal deveria ter-se limitado a considerar que a vedação do nepotismo é consectário lógico do princípio da moralidade, sem enveredar sobre considerações relativas à conveniência de contratação de parentes para cargos estratégicos, valoração típica da atividade legislativa.

É que, no âmbito da política, há compromissos que podem gerar certa imobilidade, dadas as resistências às diversas soluções que podem ser adotadas, na medida que a opção por determinada diretriz importa em indesejado desgaste perante a opinião pública ou perante os diretamente afetados. Essa noção, ademais, não importa em sufocar a política pelo Direito; ao revés, trazer o debate de temas complexos como o aborto para o âmbito do Judiciário pode permitir uma discussão mais democrática, igualitária e racional entre os diversos grupos afetados pela decisão em potencial, evitando-se uma prevalência irrestrita do discurso das maiorias.

Há de se superar, pois, a concepção majoritária de democracia para atingirmos uma concepção comunitária, como define Dworkin: a democracia não é o governo da maioria, pela maioria e para a maioria, mas sim o governo do povo, pelo povo e para o povo como um todo⁶⁴. Nela exige-se que cada cidadão não só tenha uma participação igual no governo, mas também dele receba o mesmo respeito e seja objeto da mesma consideração que os demais cidadãos⁶⁵. A democracia, pois, não é enfraquecida pelo sistema de direitos individuais, que garante a integridade dos interesses básicos de cada pessoa. Ao contrário, tal sistema é essencial para que se possa falar em democracia⁶⁶.

⁶⁴ Resumidamente, Friedrich Müller classifica o povo em três aspectos distintos: como "povo ativo", como "instância global de atribuição de legitimidade" e como "destinatário de prestações civilizatórias do Estado". O autor considera o povo ativo a totalidade dos eleitores e os elegíveis. O povo como instância global de atribuição de legitimidade seriam os cidadãos do país, os titulares da nacionalidade, os destinatários dos textos normativos oriundos da atuação do povo ativo ao eleger os seus representantes. Por fim, o povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado seriam os habitantes de um território do Estado, mesmo que sejam estrangeiros ou apátridas, sem qualquer critério de exclusão. (Vide a obra: Müller, Friederich. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 2001)

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 112.

⁶⁶ Daí afirmar Dieter Grimm que "*parece difícil adotar um conceito de democracia que seja puramente formal. Primeiro, um conceito de democracia baseado somente no princípio majoritário é incapaz de assegurar eficazmente um governo democrático. Ele não previne a maioria de abolir a regra da maioria. Foi isso que ocorreu na Alemanha em 1933 – uma experiência que teve grande impacto na história legislativa da Lei Básica. Segundo, a democracia, ainda que identificada com a regra da maioria, fica difícil de ser concebida sem umas garantias adicionais para o funcionamento do processo democrático. Liberdade de expressão e informação são, indiscutivelmente, as mais importantes. A proteção da minoria*

A liberdade coletiva, portanto, não pode ser assegurada quando seu reconhecimento importa em asfixia dos interesses individuais, quando sua observância cega pode ganhar inclusive características totalitárias. Aliás, especialmente em tempos de pluralismo cultural e social, como ocorre na era contemporânea, a centralização do debate democrático em uma perspectiva majoritária pode importar em sufocamento das aspirações das minorias precariamente representadas nos foros políticos.

Por outro lado, não pode essa mesma liberdade ser negada quando ocorre exatamente o contrário. Isto é, quando serve de instrumento para a garantia da sobrevivência dos grupos com menor representatividade popular. A igualdade servirá exatamente como marco delimitador da liberdade coletiva. Assim, o preço da liberdade individual é o afastamento, quando necessário for, da premissa majoritária, sempre que isso se impuser em virtude da proteção de direitos subjetivos.

Aliás, a proteção das minorias políticas em face das manifestações majoritárias deve ser vista como algo positivo, pois as deliberações nessa seara não podem servir de instrumento para a erosão das bases da democracia, infringindo direitos das minorias políticas isoladas⁶⁷.

Nesse contexto, apenas de modo aparente é possível falar-se na existência de um paradoxo entre os direitos fundamentais e a democracia, que, uma vez unidos, formariam o denominado Estado Democrático de Direito.

Em verdade, como já dito alhures, a garantia dos direitos fundamentais, essenciais para o asseguramento das liberdades públicas, torna possível a existência da

é outra garantia cuja ausência diminui sensivelmente as chances de uma mudança democrática.”(GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 01, n. 4, p. 03-22, out./dez. 2006, p. 8-9).

⁶⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: em ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 243.

própria democracia. A uma, em virtude de sua função viabilizadora do exercício dos direitos políticos, já que a formação livre da opinião e da vontade depende da existência de direitos básicos, como a liberdade, igualdade e todos os demais direitos essenciais para uma formação autônoma da vida e persecução do bem-estar. A duas, em razão da própria existência *per si* destes direitos, já que não é possível conceber-se um ambiente democrático em que os direitos individuais não são respeitados. Desse modo, os direitos humanos possuem um valor intrínseco, que não se esgota num valor instrumental em prol da formação democrática da vontade⁶⁸.

Conclui-se, assim, que há umnexo interno entre democracia e direitos fundamentais, de modo que o constitucionalismo e a democracia não podem ser considerados como concepções contraditórias. O Direito só se legitima como um meio para a garantia equânime da autonomia privada e da autonomia pública, isto é, dos direitos individuais e dos direitos políticos simultaneamente. Os direitos, pois, não podem ser simplesmente impostos ao legislador político como uma restrição externa, como queria a tradição liberal, nem podem ser instrumentalizados para o alcance de fins político-legislativos, como era o desejo do republicanismo comunitarista⁶⁹.

Desse modo, o constitucionalismo - e, portanto, a própria Constituição de um Estado Democrático de Direito - não pode mais ser compreendido sob o prisma da defesa de uma esfera privada e do exercício da autonomia enquanto “liberdade

⁶⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito de Jürgen Habermas. *Virtuajus*. Belo Horizonte, 2003, p. 08. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2011.

⁶⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Minorias e Democracia no Brasil. *Virtuajus*. Belo Horizonte, ano 04, n. 02, dez. 2005, p. 12. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/Minorias%20e%20Democracia%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 23 set. 2010.

negativa”⁷⁰. Da mesma forma, não pode ser compreendido como a defesa de uma estabilidade ético-política a qualquer preço⁷¹.

Por seu turno, a democracia não pode ser concebida na perspectiva liberal, como uma mera disputa de mercado regulada por regras que legitimam a escolha de um governo comprometido com os interesses majoritários daqueles que supostamente representa, ou mesmo em termos republicanos⁷², como um processo através do qual a identidade ética presumidamente homogênea de uma comunidade se realiza⁷³.

⁷⁰No modelo liberal a autonomia individual é protegida pelos direitos fundamentais, que são imanentes à condição humana e, portanto, anteriores à vida em sociedade. A cidadania, a seu turno, possui um caráter passivo, no sentido de que “*determina-se o status dos cidadãos conforme a medida dos direitos individuais de que eles dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos*” (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*, p. 279). A política, assim, passa a ter um caráter instrumental, de modo que o arranjo entre os interesses individuais é que irá formar a vontade da maioria. Assim, nas palavras de Habermas, “*direitos subjetivos são direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo em cujos limites as pessoas do direito se vêem livres de coações externas. Direitos políticos têm a mesma estrutura: eles oferecem aos cidadãos a possibilidade de conferir validação a seus interesses particulares, de maneira que esses possam ser agregados a outros interesses privados (por meio de votações, formação de corporações parlamentares e composições de governos) e afinal transformados em uma vontade política que exerça influência sobre a administração. Dessa maneira, os cidadãos, como membros do Estado, podem controlar se o poder estatal está sendo exercido em favor do interesse dos cidadãos na própria sociedade.*” (*Ibidem*, p. 280).

⁷¹O republicanismo ressalta o caráter coletivo da sociedade. É o exercício da soberania popular, dos direitos políticos que transformará o indivíduo em sujeito de direitos. A política, aqui, constituirá não um modelo instrumental, mas um processo de construção do próprio sujeito, que só existe quando participa da vida comunitária. O valor supremo é o da solidariedade social. Assim, “*segundo a concepção ‘republicana’, a política não se confunde com essa função mediadora; mais do que isso, ela é constitutiva do processo de coletivização social como um todo. Concebe-se a política como forma de reflexão sobre um contexto de vida ético. Ela constitui o medium em que os integrantes de comunidades solidárias surgidas de forma natural se conscientizam de sua interdependência mútua e, como cidadãos, dão forma e prosseguimento às relações preexistentes de reconhecimento mútuo, transformando-as de forma voluntária e consciente em uma associação de jurisconsortes livres e iguais. Com isso, a arquitetura liberal do Estado e da sociedade sofre uma mudança importante. Ao lado da instância hierárquica reguladora do poder soberano estatal e da instância reguladora descentralizada do mercado, surge também a solidariedade como terceira fonte de integração social.*” (HABERMAS, *Op. cit.*, p. 278).

⁷²Críticas podem ser dirigidas a ambos os modelos. O modelo republicano, ao pressupor a existência de uma comunidade homogênea, afasta-se da realidade pluralista do mundo contemporâneo. Para Habermas, trata-se de modelo bastante idealista e que transforma o projeto democrático em algo dependente das virtudes dos cidadãos, que presumivelmente se conduzem sempre em vista do bem comum (*Ibidem*, p. 284). A corrente liberal, a seu turno, recebe críticas por abstrair qualquer perspectiva de coesão social, prendendo-se a uma visão estática da política ao defender que a união de esforços dos indivíduos somente se dá de forma coercitiva pela atuação do Estado de Direito.

⁷³OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Minorias e Democracia no Brasil*, p. 13. Para ilustrar essa perspectiva Cattoni se vale do julgamento do MS 24.831-9 no Supremo Tribunal Federal. Naquele precedente discutiu-se possível omissão da Mesa Diretora do Senado Federal, na pessoa do seu Presidente, por faltar com o seu dever de agir, não nomeando parlamentares, a fim de completar a composição de Comissão Parlamentar de Inquérito, regularmente aprovada, cujo exercício estava sendo

Em assim sendo, a relação entre direitos humanos e soberania popular irá conduzir à compreensão de que o Estado de Direito não pode sobreviver sem democracia participativa. A relação entre autonomia privada e autonomia pública é que garante a legitimidade do Estado, já que os destinatários do Direito precisam sentir-se também como seus elaboradores, numa sincronia capaz de gerar a aceitação racional das consequências e efeitos das normas estabelecidas⁷⁴.

As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviço dessa convicção que se põe a idéia de que as pessoas do direito só podem ser autônomas na medida em que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles. (...)

A autonomia política dos cidadãos deve tomar corpo na auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos, por outro lado, deve afigurar-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis. Quando é esse o caminho traçado, então uma das idéias só pode ser validada à custa de outra. E a equiprimordialidade de ambas, intuitivamente elucidativa, não segue adiante⁷⁵.

Os direitos fundamentais são, nesses termos, condição essencial da formação democrática da opinião e da vontade, não devendo ser somente impostos como limites ao exercício do poder político, nem meramente instrumentalizados politicamente. Maiorias e minorias, pois, formam-se dinamicamente no exercício desses direitos, ao longo do processo político-democrático.

Assim, embora na democracia a vontade da maioria possua acentuada ênfase nos processos decisórios, não se pode olvidar a importância da proteção dos

inviabilizado pela não indicação de membros pela bancada majoritária governista. Tratava-se, no caso, de uma discussão sobre o que seria um direito das minorias parlamentares à instalação de procedimento de inquérito, tendo prevalecido a tese do relator, Min. Celso de Mello, no sentido de que os direitos lesados pela omissão do Presidente do Senado Federal são, antes de tudo, mais do que meros direitos individuais negativos, de defesa de minorias em face do risco permanente de abuso de poder por parte de maiorias, mas direitos constitutivos do processo democrático, não estando à disposição, por isso, da vontade majoritária. Para o autor do ensaio, esse foi um caso típico em que o Judiciário se houve bem, já que viabilizou uma tentativa de se reconstruir a relação entre Direito e Política a partir de uma perspectiva que não mais trata os princípios do Estado de Direito e da democracia como contraditórios.

⁷⁴ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. Jonh Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 251.

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*, p. 298-299.

direitos individuais, inclusive das minorias, na formação legítima dessa vontade coletiva.

Veja-se, aqui, que a própria noção equivocada de internacionalização dos direitos humanos pode contribuir para o fenômeno da desconsideração dos direitos individuais em prol de uma suposta vontade coletiva⁷⁶. É que a busca por uma homogeneidade cultural, social e política no plano internacional tem seus reflexos também no plano interno da constituição política dos países, especialmente no que concerne à importância que se deve atribuir aos direitos das minorias. Pensar-se hoje a teoria do poder constituinte, por exemplo, é sobretudo verificar se, nessa seara, são respeitadas as diferenças e individualidades ou se aqui também estamos a buscar um modelo de formatação social uniforme, em que todos cidadãos são vistos apenas como peças de uma engrenagem política complexa.

Em verdade, se no plano internacional há a necessidade de se respeitar as diferenças sócio-culturais, o que vai ter reflexos diretos na manutenção da autonomia das ordens constitucionais, no plano interno esse mesmo respeito é medida essencial para a existência de um constitucionalismo democrático. Trata-se de prestigiar uma visão adequada da democracia, que precisa conviver harmonicamente com o

⁷⁶ Segundo Marramao, essa tendência tem como marco histórico a segunda metade do século XX, a partir de quando se passou a considerar que o conteúdo dos direitos deveria ser subtraído da competência dos Estados soberanos por meio de seu reconhecimento no plano internacional. Para o referido autor, esse fenômeno caracteriza-se por uma “desterritorialização” e “(re)territorialização” do Direito. Isto é, ele é desterritorializado a partir de seu reconhecimento nos documentos internacionais e reterritorializado a partir da absorção dos direitos humanos nos ordenamentos democráticos nacionais. Todavia, se por um lado essa diretriz encontra-se norteadas por sentimentos de certo modo positivos no sentido da homogeneização dos direitos, por outro decorre de uma ideologia de superioridade na qual se considera o Ocidente como o “berço da liberdade” quando feita a comparação com culturas particularizadas (MARRAMAIO, Giacomo. Dall “ordine hobbesiano” al cosmopolitismo della differenza (cap. 9); Civitas. Europa delle nazioni ed Europa delle città (cap.10); In: *La passione del presente*. Breve lessico della modernità-mondo. Bollati Boringhieri: Torino, 2008, p. 169-205.). A antítese Ocidente e Oriente passa, assim, a ser definitiva pela lógica semântica de “europeus” e “bárbaros” e a partir do universalismo decorrente do mundo globalizado. Como um dos conseqüentes desse sentimento, para muitos eventos como o 11 de setembro são vistos como uma luta entre uma civilização livre e evoluída e uma retrógrada e reacionária (SONTAG, Susan. *Ao mesmo tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 118-157).

constitucionalismo: a democracia sem constitucionalismo, hodiernamente, é a pior das ditaduras, assim como o constitucionalismo sem democracia caracteriza os governos totalitários⁷⁷.

Para Chalmers, a intolerância e o autoritarismo surgem onde uma dessas dimensões não é respeitada (*e.g.*, o fascismo, que buscou identificar o poder constituinte com o Estado, ignorando o poder constituinte enquanto estrutura autônoma dentro de uma ordem política voltada à reflexão, crítica e mudança interna a partir de uma ênfase excessiva no sujeito coletivo – nação – em detrimento do individual)⁷⁸.

Assim, na perspectiva schmittiana – que se transformou no paradigma jurídico-constitucional das ditaduras ocidentais do século XX⁷⁹ - a ideia de que o povo se identificava com o soberano conduziu à perda das individualidades, com a sociedade sendo conduzida apenas a partir das “razões de Estado” e sob a visão de um “sistema político forte”⁸⁰. Fundava-se Schmitt em um ataque às instituições liberais, especialmente o modelo de Weimar, preconizando a representação como relação de identidade entre um determinado povo e seu líder, à base da dicotomia “amigo/inimigo”, e tornando a lei um ato de vontade do líder⁸¹.

Veja-se que na mesma esteira segue o discurso do “Estado-nação” presente desde o constitucionalismo do século XIX, em que se considera que o Estado, como

⁷⁷ COSTA, Alexandre Bernardino da. *Desafios da Teoria do Poder Constituinte no Estado Democrático*. Belo Horizonte: UFMG, 2005. 279 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005, p. 12.

⁷⁸ CHALMERS, Damian. Constituent Power and the Pluralistic Ethic; *In*, LOUGHLIN Martin; WALKER Neil (ed.). *The Paradox of Constitutionalism*. Constituent Power and Constitutional Form. Oxford University Press, 2007, p. 292.

⁷⁹ SANTOS, Rogério Dutra. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 283.

⁸⁰ CHALMERS, Damian. *Op. cit.*, p. 300.

⁸¹ SANTOS, Rogério Dutra. *Op. cit.*, p. 283.

uma possível fonte de direitos, precede à Constituição⁸². Esse sentimento, ao negligenciar a participação da sociedade nos processos políticos deliberativos, pode conduzir também à desconsideração das necessidades de ordem subjetiva dos cidadãos e, conseqüentemente, de seus direitos individuais.

Aliás, como ressalta Cristiano Paixão, o pensamento constitucional autoritário deita raízes exatamente na ideia de que a Constituição existe em função do Estado, cujos agentes estariam autorizados a definir o conteúdo do interesse público⁸³. No constitucionalismo contemporâneo, portanto, impõe-se a busca pela realização dos desejos universais da sociedade, sem que se aniquile, porém, a autonomia individual e a capacidade do cidadão de, criticamente, conduzir sua vida em busca de uma felicidade que não necessariamente se confunde com os sentimentos coletivos.

Assim, ainda que se reconheça a existência de um “mínimo ético comum” construído criticamente por cada geração que precisa ser respeitado nas mais diversas ordens sociais, é necessário que se admita também que o homem possui discernimento e recursos suficientes para reconhecer e realizar sua liberdade. A autodeterminação seria a fonte da própria liberdade, consistindo em elemento essencial para o asseguramento da emancipação legal e política. Ademais, essa característica é parâmetro de análise da

⁸²PINTO, Cristiano Paixão Araujo. A Constituição subtraída. *Constituição & Democracia*, Brasília, 4 - 5, 05 fev. 2006, p. 05.

⁸³PINTO, Cristiano Paixão Araujo; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Cidadania, democracia e constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. In: Flávio Henrique Unes Pereira; Maria Tereza Fonseca Dias. (Org.). *Cidadania e Inclusão Social: Estudos em Homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 130. Note-se, ademais, que esse modelo viria, no Brasil, a influenciar fortemente a elaboração da Constituição de 37, especialmente a partir da formação doutrinária do castilhismo no Rio Grande do Sul, por obra de Júlio Prates de Castilho, e do modelo de Estado corporativo de Oliveira Vianna. O primeiro pregava a ordenação social do Estado de forma ditatorial, enquanto que o segundo defendia que a representação política e a relação entre o Estado e a sociedade se desse a partir de representações de classes perante o Poder Público, que seria mais legítima que a representação parlamentar de feição liberal. Tais ideias, posteriormente, viriam a influenciar a carta constitucional mencionada, cunhada sob a pena do jurista Francisco Campos, que prestigiou a assunção das massas como um elemento central na organização do poder político, de forma semelhante à perspectiva schmittiana. (SANTOS, Rogério Dutra. *Op. cit.*, p. 284).

ordem jurídica, que deve respeitar essa liberdade para que o homem busque seu próprio desenvolvimento⁸⁴.

A par de tudo o que foi dito, obviamente que, ao tomar para si a competência para decidir questões sobre direitos, os tribunais encontram-se suscetíveis de erros, consubstanciados na possibilidade de invasão da esfera legítima de deliberação da sociedade, apropriando-se de forma indevida, inclusive, da definição do que seja vontade geral e interesse coletivo. Mas essa possibilidade de erro é simétrica⁸⁵. É dizer, nada obsta que a legislação majoritariamente adotada viole as condições democráticas, frustrando direitos e expectativas daqueles representados nos foros políticos. Daí poder-se concluir, com Dworkin, que a premissa majoritária é confusa e deve ser abandonada⁸⁶.

3.2. *Originalismo x ativismo judicial: o constitucionalismo atual permite a sobrevivência do dogma do legislador negativo?*

A superação do Originalismo é perspectiva presente desde o reconhecimento, pela Suprema Corte americana, da possibilidade de enfrentamento, no âmbito judicial, de temas sensíveis à moral pública.

Assim, o período que vai de 1937 até meados da década de oitenta – quando se passa a assistir, no âmbito da doutrina americana, a uma tentativa de redução do papel das cortes no âmbito da interpretação constitucional⁸⁷ - caracterizou-se pela

⁸⁴ CHALMERS, Damian. *Op. cit.*, p. 298.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 50.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 50. Entendida a premissa majoritária aqui no sentido de um óbice ao funcionamento da jurisdição constitucional, já que, no ambiente democrático, não se pode abstrair por completo a vontade da maioria, embora não se possa elevá-la também à condição de critério absoluto para a definição dos destinos da sociedade, como restou dito ao longo do texto.

⁸⁷ Sobre o tema, vide a coletânea de artigos intitulada “The great debate: interpreting our written Constitution”, publicada em 1986. Disponível em: <<http://www.fed-soc.org/resources/id.47/default.asp>>. Acesso em: 29 dez. 2010.

formação de uma jurisprudência progressista voltada à implementação de direitos fundamentais. O marco dessa mudança de postura encontra-se no período em que a Suprema Corte fora presidida por Earl Warren (1953/1969) e por Warren Burger (1969/1986), quando foram decididos casos importantes que implicaram no reconhecimento de uma interpretação construtiva do *Bill of Rights* e das 13^a e 14^a Emendas Constitucionais⁸⁸.

Nesse contexto, a decisão proferida em *Brown v. Board of Education* (1954) é paradigmática no sentido de que inaugurou a ideia de ser impossível evitar a leitura moral da Constituição, superando a histórica discriminação racial contra os negros, verificada especialmente em *Dred Scott v. Sanford* (1856) – quando a Suprema Corte, a partir de uma interpretação histórica segundo a qual quando a Constituição foi promulgada a palavra “cidadão” não incluía os negros, sustentou que estes não eram cidadãos americanos – e *Plessy v. Ferguson* (1896) – onde, a partir da doutrina “separados, mas iguais”, considerou-se que a segregação em locais públicos não violava a cláusula da *equal protection*.

Essa compreensão foi ratificada no julgamento de *Griswold v. Connecticut* (1965), quando se reconheceu que, implicitamente, a Constituição tutelava o direito à privacidade, de modo que o Estado não pode regular excessivamente a vida privada ao ponto de invadir a esfera de liberdade do cidadão.

A credibilidade do ativismo judicial, nesse contexto, surgiu da superação dos erros cometidos na Era Lochner, recheada de decisões tidas como conservadoras, viabilizando, assim, a ampliação dos direitos das minorias a partir da concretização dos

⁸⁸ Para um resumo entre nós dessa evolução jurisprudencial, vide BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p 112. e ss.

princípios da liberdade e privacidade. Portanto, muito embora seja indiscutível que o ativismo possa ser utilizado para fins conservadores, parece ser possível fugir dessa pretensão se a postura aberta do Judiciário estiver vinculada exclusivamente à tutela de princípios constitucionais, como será visto ao longo de presente trabalho.

O apogeu dessa tendência liberal, ao que parece, ocorreu com *Roe v. Wade* (1973)⁸⁹, que é considerada uma das decisões mais polêmicas da Suprema Corte dos Estados Unidos em todos os tempos. Naquele precedente se permitiu o aborto no período anterior à viabilidade do feto, dividindo-se as opiniões a partir da influência dos movimentos liberais feministas, favoráveis ao aborto, ou dos grupos religiosos, contrários a essa possibilidade. Na realidade, pode-se dizer que, nos Estados Unidos, toda a discussão contemporânea acerca da teoria constitucional perpassa o tema do aborto, em razão das controvérsias que aquele precedente suscita, sobretudo no campo da hermenêutica constitucional⁹⁰.

De todo modo, a partir daquela decisão a Suprema Corte americana assumiu verdadeiramente o papel de declarar direitos que se encontram implícitos na Constituição e que são considerados vigentes na comunidade política, aquecendo o debate acerca de sua legitimidade e os eventuais limites impostos pela vontade da maioria⁹¹, gerando novos questionamentos acerca da conveniência de uma postura considerada ativista.

⁸⁹ As decisões citadas estão disponíveis em: <<http://www.oyez.org/cases>>. Acesso em: 28 Dez. 2010.

⁹⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 64.

⁹¹ No âmbito da doutrina americana referida decisão é consensualmente considerada acertada. Bruce Ackerman chega a considerá-la visionária na medida em que proferida quando toda a comunidade exigia uma mudança de postura social em relação ao racismo, buscando-se uma verdadeira justiça racial (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 186 e ss). Muito mais que impor uma verdade acadêmica, restrita ao mundo dos pensadores do Direito, aquele precedente trouxe para a realidade cotidiana sentimentos de equidade fixados ao longo da história e que se encontravam esquecidos na prática social, tornando a interpretação constitucional um componente do mundo real das pessoas comuns.

Referido precedente, na realidade, acabou por romper com a ideia simplista de que democracia confunde-se com a vontade da maioria, de modo que a proteção judicial das minorias fortalece a atividade do Judiciário, em vez de infirmá-la. Assim, embora não eleitos, o compromisso dos juízes com a proteção das minorias não pode ser solapado por um suposto compromisso maior com a representatividade popular.

Contudo, embora pareça evidente que o constitucionalismo moderno não se contenta com a ideia de um juiz ventríloquo, limitado semanticamente em sua atividade por um texto normativo que se pretende capaz de dar cabo de todos os problemas emergentes em uma sociedade complexa, a definição dos limites da atividade jurisdicional no campo da interpretação é tema que continua a atormentar a doutrina e os tribunais.

Nesse campo, embora essa afirmativa possa apresentar-se como surpreendente, o modelo de sistema jurídico proposta por Kelsen continua se apresentando como atual, pelo menos na visão de boa parte das cortes judiciais, notadamente no Brasil⁹². É que, ao assumir-se uma postura segundo a qual o papel do Direito é o de prover certeza e regulação, acolhe-se uma tendência positivista exatamente em virtude de uma visão ontológica do Direito caracterizado como decisões explícitas do passado, tomadas pelas autoridades então competentes, e que podem ser facilmente lidas e conhecidas.

Daí asseverar Menelick de Carvalho Netto que ainda não conseguimos superar o paradigma da modernidade, já que, a partir do uso da razão como ferramenta

⁹²“Considerada na sua totalidade, a bibliografia científica também opera num nível de método que ainda não encontrou uma concepção superadora do positivismo legalista, mas que ao mesmo tempo descobre como multiplamente insuficientes na práxis as possibilidades de interpretação ou concretização da constituição, próprias do positivismo legalista, transcendendo-as sem a fundamentação que se deveria esperar.” (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*, p. 21).

pretensamente capaz de dar cabo das diversas demandas sociais, continuamos a buscar uma segurança jurídica que não é dado ao Direito assegurar:

Ainda é de se registrar que a prevalência do positivismo jurídico instrumentalizador do paradigma do Estado Social se verifica não só como marco teórico explícito mas muito mais como pano-de-fundo tacitamente acolhido que chegou e ainda continua a conformar difusa e eficazmente não apenas a prática dos vários operadores jurídicos, mas a própria reprodução desta prática ao determinar decisivamente o caldo de cultura em que se dão o processo de aprendizagem e de formação do profissional do Direito⁹³.

Veja-se que a leitura dos votos até aqui apresentados no precedente que ora se pretende examinar – ADPF 54 – fala por si só.

Primeiramente, é importante ressaltar que um suposto óbice decorrente da necessidade de assegurar-se a preservação do papel jurisdicional como “legislador negativo” não tem razão de ser no constitucionalismo moderno.

Com efeito, para Kelsen, a necessidade de se restringir o poder dos tribunais e, assim, o caráter político de sua função, impunha o dever de limitar o máximo possível a margem de “discrecionabilidade” na interpretação das leis, de modo que as normas deveriam ser editadas evitando-se fórmulas demasiado vagas, como “liberdade”, “igualdade” e “justiça”⁹⁴. É dizer: embora os tribunais constitucionais exerçam efetiva função política – na medida em que a anulação de uma lei produz efeitos gerais tanto quanto a edição prévia do ato normativo -, essa atividade deveria ser realizada apenas em caráter negativo, afastando-se qualquer possibilidade de violação à separação de

⁹³ Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito, p. 49.

⁹⁴ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 262.

poderes, já que a exclusão jurisdicional de normas jurídicas do ordenamento é absolutamente determinada pela própria Constituição⁹⁵.

A premissa de que partia Kelsen, todavia, é completamente diversa dos anseios que embalam o constitucionalismo contemporâneo. Isto porque o modelo kelseniano do “legislador negativo” somente fazia sentido no contexto do controle de constitucionalidade europeu, no qual, segundo a concepção do referido autor, não deveria existir espaço para decisões fundamentadas em princípios.

Cabia à jurisdição constitucional proceder à defesa da Constituição e mesmo dos interesses das minorias, desde que expressamente albergados naquele texto. Porém, na medida em que a norma constitucional tinha o papel de apenas traçar as linhas mestras do sistema jurídico, com o estabelecimento de um conteúdo incipiente de direitos individuais que atuariam na condição de verdadeiros limites de atuação negativa do Estado, essa função protetiva das minorias afigurava-se extremamente reduzida. Na verdade, sob o pálio do dogma do legislador negativo impunha-se a vedação de uma atuação proativa capaz de, a partir de uma contextualização histórica e social, reconhecer direitos implícitos e inerentes ao sistema como um todo.

Ora, diante de uma Constituição recheada de normas abertas, que assumem verdadeiros compromissos positivos com a implementação de direitos individuais e sociais e com a materialização dos princípios que regem o convívio na sociedade contemporânea, uma pretensão restritiva da atividade dos tribunais, ao contrário de

⁹⁵ KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151-153.

preservar normativamente o conteúdo do texto constitucional, teria exatamente o efeito inverso: o de tornar a Constituição a simples folha de papel de que falava Lassale⁹⁶.

Daí afirmar-se que a ideia do legislador negativo surgiu, no constitucionalismo europeu, como um argumento formal contra a possibilidade do ativismo judicial, relacionando-se à ideia de “constituição-moldura”, a qual teria o papel de apenas definir os limites em que é permitida a atuação do Poder Legislativo. Nesse contexto, caberia ao tribunal constitucional, sob uma perspectiva estritamente formal, verificar tão-somente se o legislador obedece os limites da moldura estabelecida pela norma constituinte, sem qualquer consideração acerca do conteúdo através do qual é preenchida a moldura⁹⁷. Trata-se, pois, de uma ideia própria do constitucionalismo liberal e das constituições denominadas de “sintéticas”, especialmente aquelas que se limitavam ao estabelecimento dos direitos fundamentais “clássicos”, isto é, aqueles com nítida feição negativa e que serviam de defesa do indivíduo contra a ingerência estatal em sua esfera privada.

A perspectiva originalista, a seu turno, também está vivamente presente em diversos votos proferidos na ADPF 54. Deles se extrai a visão de que o reconhecimento da legitimidade do aborto de fetos anencefálicos encontra óbice na literalidade do texto normativo, que não contemplou expressamente essa possibilidade. Para essa visão, diante de cláusulas abertas os juízes devem se portar de forma cautelosa, para que a essência da interpretação permaneça no âmbito da expectativa daqueles que a sancionaram.

⁹⁶ Sobre o tema, vide LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁹⁷ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____ (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 129.

Assim, embora o STF em diversas questões tenha se mostrado extremamente “ativista” – utilizando-se esse termo na acepção vulgarmente mencionada para ilustrar a visão que se tem dos tribunais quando atuam na esfera da elucidação de direitos não expressamente previstos -, ultrapassando, muitas vezes, o campo da mera interpretação literal para criar direitos fora de uma argumentação principiológica, o fato é que, por mais incoerente que isso pareça, as premissas do Originalismo parecem realmente ainda transitar no imaginário de diversos membros daquela corte.

Portanto, o exame da presente questão exigirá que tomemos uma decisão sobre se a Constituição deve ser entendida como uma relação limitada dos direitos individuais específicos que estadistas já mortos consideravam importantes ou como um compromisso com ideais abstratos de moral política que deve ser explorado e reinterpretado em conjunto a cada nova geração de cidadãos, juristas e juízes⁹⁸.

Ademais, antes de definir-se se há um direito, ainda que implícito, à interrupção terapêutica da gravidez de fetos anencefálicos, ou se esse direito não pode ser extraído da linguagem e estrutura de nossa Constituição, é preciso que se faça escolhas, escolhas estas acerca da teoria que devemos adotar no que se refere ao modo de interpretar essa mesma Constituição, notadamente seus dispositivos mais abstratos.

Assim sendo, é a partir da noção de legitimidade da norma fundada exclusivamente na regra majoritária que surge a ideia segundo a qual o intérprete autêntico da norma é aquele que a editou. Advém dessa perspectiva, assim, o literalismo

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. Dworkin, Ronald. *Domínio da vida*. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 35.

ou textualismo, segundo o qual fora dos quatro cantos (*four corners*) da Constituição não há solução para o caso constitucional apresentado⁹⁹.

Em diretriz semelhante, o Originalismo defende que os juízes, ao decidirem casos constitucionais, devem buscar soluções somente a partir dos padrões expressos na Constituição. Para eles, até é possível que se busque respostas fora do texto constitucional, quando se tratar de padrões claramente implícitos e desde que a investigação se limite à suposta intenção dos fundadores da Constituição. Presente eventual lacuna, no entanto, a solução deve permanecer nos foros políticos.

Na ótica dessa corrente, os dispositivos constitucionais gerais não devem ser interpretados como exposições dos princípios morais abstratos que eles descrevem de fato, mas como referências aos pressupostos e expectativas que os próprios autores tinham acerca da correta aplicação daqueles princípios¹⁰⁰. Assim, um determinado princípio constitucional não deve ser compreendido à luz dos valores sociais atuais, mas sim em função do que os elaboradores, no contexto em que viveram, pensaram ser aquele princípio.

Para os originalistas, ademais, existem dois níveis de política¹⁰¹. Primeiramente, há que se falar na política ordinária, onde seria cabível uma atuação do *judicial review* voltada à atualização da norma a partir dos princípios. Em um segundo plano, todavia, que se refere aos grandes interesses da nação, o intérprete deve ter uma

⁹⁹ Essa corrente também pode ser identificada como originalismo estrito, da qual seria adepto o Juiz Antonin Scalia, membro da Suprema Corte Americana. Para ele a interpretação deve estar adstrita ao texto da Constituição. Em direção sutilmente distinta, os originalistas moderados propõem que a interpretação se volte aos propósitos almejados pelo texto constitucional. (Vide SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. New Jersey: Princeton, 1997).

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 20.

¹⁰¹ Embora não se caracterize como originalista, Bruce Ackerman discorre bem acerca da concepção dualista de democracia. Para ele, enquanto a produção ordinária do direito pode ser objeto de ampla revisão judicial, as grandes decisões políticas equiparam-se, no sistema americano, a emendas à Constituição, cuja mudança dependeria de novo processo decisório no âmbito exclusivo das classes políticas (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, p. 03 e ss).

postura de deferência para com os condicionamentos políticos dos pais da Constituição, de modo que a justiça deve ser guiada pela “mão morta”, porém legítima do passado, evitando o encanto claramente ilícito do progresso¹⁰².

Autores como John Hart Ely, por exemplo, asseveram que até é possível adotar-se uma postura não-originalista, desde que essa hipótese esteja baseada na busca por procedimentos justos para a resolução de disputas individuais ou por uma participação mais ampla nos processos de distribuição do poder estatal, uma vez que o papel dos juízes é o de reforçar os princípios de representação popular¹⁰³.

Para Ely, ainda, caracterizavam-se como “não-interpretativistas” aqueles que consideravam que a Constituição é um documento “vivo”, sujeito a novas circunstâncias e sensibilidades, dando a entender que não se tratava de mero processo de interpretação, mas da criação de um novo regramento¹⁰⁴.

Essa posição, no entanto, será criticada por outros juristas como Dworkin, para quem o “passivismo” – corrente idealizada a partir da obra de Ely -, enquanto uma busca pela deferência judicial em favor dos demais ramos de governo, deixa sem resposta as discussões acerca do conteúdo da interpretação, focando sua análise exclusivamente na questão formal relativa à legitimidade das cortes¹⁰⁵. Assim, uma “concepção dependente de democracia” terá que apelar para os resultados efetivos do processo democrático, já que a melhor forma de democracia é a que tiver mais probabilidade de produzir as decisões substantivas que tratem todos os membros da

¹⁰² DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, p. 416.

¹⁰³ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 5 e ss.

¹⁰⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 6.

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, p. 445.

comunidade com igual consideração¹⁰⁶. Portanto, não há como distinguir-se Estado de Direito e justiça substantiva. Ao contrário, a realização daquele impõe que o texto legal retrate determinados direitos morais e os aplique efetivamente¹⁰⁷.

Nesse contexto, é importante ressaltar que as constituições contemporâneas estabelecem o catálogo de direitos fundamentais a partir de uma linguagem ampla e abstrata, cuja interpretação pressupõe sua compreensão como princípios de justiça sujeitos a uma leitura moral¹⁰⁸. Não há, pois, como considerar-se a Constituição como uma lista de regras isoladas e limitadas, hauridas no passado político e que devem ser interpretadas com a força que seus elaboradores esperavam que possuísem. Ao contrário, devem ser definidas como veiculadoras de um compromisso geral com a liberdade e a justiça¹⁰⁹.

Aliás, entender-se a Constituição como um sistema de regras importaria em um completo esvaziamento de conteúdo da grande quantidade de princípios expostos em seu texto. Isto porque, em função de seu amplo grau de generalização, a aplicabilidade destes princípios sugere invariavelmente sua contextualização com os fatos concretos sobre os quais pretendem incidir. Assim, entender-se que o princípio da liberdade, por exemplo, não se relaciona com uma ampla discussão acerca dos limites do Estado no que tange ao estabelecimento de restrições ao comportamento individual seria o mesmo que dizer que aquele princípio nada significa, a não ser uma ideia excessivamente restritiva de liberdade física.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 255.

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 7.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 2.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 194.

Trata-se a Constituição, portanto, de uma carta de princípios que deve ser lida como um sistema coerente que impõe duas responsabilidades essenciais aos juízes: uma, que os juízes estão obrigados a decidir de acordo com princípios gerais que obrigatoriamente possam ser associados aos textos abstratos contidos na Constituição; duas, que esses princípios devem ser respeitados mesmo que a solução imposta seja controversa e não goze de prestígio popular¹¹⁰.

A leitura moral da Constituição, portanto, traduz-se na necessidade de compatibilização da legislação e das decisões judiciais com os princípios morais e direitos fundamentais encartados na Carta Magna. Esta, a seu turno, conduz a uma inserção da moralidade política no âmbito do Direito Constitucional, cujo poder de interpretação, na maior parte dos sistemas modernos, está nas mãos dos juízes, a par da carga de incerteza que essa atribuição implique¹¹¹, uma vez que não há como fugir das possíveis discordâncias sobre a maneira correta pela qual esses princípios devem ser incorporados às controvérsias políticas concretas.

Sob outra perspectiva, como ressalta Dworkin, essa visão da Constituição, notadamente sua submissão a uma leitura moral, é considerada por alguns como razão de enfraquecimento da própria noção de comunidade, já que as decisões políticas mais fundamentais ficariam a cargo de uma elite de profissionais do direito¹¹².

Olvidam-se, porém, que, embora se trate de questão empírica complexa, o debate público que precede ou sucede determinada decisão judicial pode ensejar uma maior contribuição do cidadão individualmente considerado do que as lutas de forças antagônicas que culminam com a votação no Legislativo, como já ressaltado antes. Isto

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 202.

¹¹¹ Cf. *Ibidem*, p. 202.

¹¹² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 44 e ss.

porque, em dadas circunstâncias, os cidadãos podem exercer melhor sua cidadania diante de decisões jurídicas baseadas em princípios do que em face de decisões políticas baseadas em votação numérica, as quais, muitas vezes, levam em conta posições conciliatórias incompatíveis com questões de princípio¹¹³.

Aqui é importante registrar que, embora a leitura moral costume ser relacionada a uma perspectiva denominada de ativista, o fato é essa estratégia de interpretação não pode ser adjetivada nem de liberal ou conservadora. É que os juízes cujas convicções políticas são conservadoras tendem a interpretar os princípios constitucionais da mesma maneira. A seu turno, aqueles inclinados para concepções mais liberais tendem, no processo interpretativo, a atuar também de maneira liberal.

Nesse contexto, o medo que toma conta dos originalistas quanto à possibilidade de formulação de juízos de valor pelos magistrados não se justifica. Ora, as decisões tidas por originalistas também refletem juízos morais, pois esse julgamento também importa em escolhas de tradições que devem ser compreendidas como fatores de definição do conteúdo dos direitos constitucionais¹¹⁴. Portanto, os juízes precisam fazer juízos dessa natureza em qualquer compreensão que se tenha do Direito. A visão da Constituição como um regramento semanticamente limitado, assim, nada mais é do que um disfarce para uma postura judicial que se baseia em convicções políticas e

¹¹³ Cf. *Ibidem*, p. 46-47. Exemplificativamente, veja-se o atual debate, entre nós, acerca da constitucionalidade da denominada “Lei da Ficha Limpa”. Embora o clamor social propugne manifestamente pela manutenção da referida lei, diversas questões constitucionais suscitam o debate acerca de sua validade, questões estas relevantes principalmente para as minorias por ela atingidas – no caso, os políticos considerados enquadrados em seus dispositivos. Independente de qualquer compromisso com as teses jurídicas subjacentes a este tema, somente a discussão nos foros judiciais é capaz de dar voz àqueles que se sentem prejudicados pela edição da norma.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 206.

morais do julgador, que não se admite adstrito às restrições impostas pela compreensão da Constituição como um conjunto de princípios¹¹⁵.

Assim, há que se reconhecer que, na realidade, a leitura moral não tem nada de revolucionária¹¹⁶. Em seu trabalho cotidiano todos os que atuam no campo da interpretação das leis reconhecem – ainda que implicitamente – a existência de cláusulas abstratas que somente podem ser examinadas a partir de juízos morais. Apenas a partir de uma tentativa artificial de se limitar o papel da interpretação pode-se afirmar que, ao invés de se deixar influenciar por suas concepções de moralidade política, os juízes devem, na verdade, buscar intenções históricas, sem reconhecer-se, assim, o papel decisivo do intérprete no processo hermenêutico.

Essa perspectiva, em verdade, consiste apenas em fingir-se que os casos constitucionais difíceis podem ser decididos de maneira moralmente neutra, desde que o intérprete se mantenha limitado pelo texto normativo.

Não se trata, por outro lado, de eliminarem-se os limites que separam o Direito e a Moral, mas apenas de reconhecer-se a interconexão existente entre ambos, já que o Direito, em seu processo de justificação, estará sempre aberto a argumentações morais. Habermas, nesse contexto, irá propugnar por uma relação de complementariedade ou cooriginariedade entre o Direito e a Moral¹¹⁷, na medida em

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 206.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 4.

¹¹⁷ Isto a partir da publicação de *Faticidade e validade*. Até a elaboração de suas *Tanner Lectures*, Habermas defendeu uma espécie relação de subordinação entre o direito e a moral. Aliás, quando da elaboração de sua Teoria do Agir Comunicativo, Habermas considerava o Direito um caso especial de argumentação da moral, o que vem a ser mitigado na segunda fase de sua obra, quando passa à ideia de uma justificação moral do Direito. Nesse sentido, CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 04 e ss.

que, através do processo legislativo, penetram no Direito razões morais, de modo que não se pode falar em uma neutralidade moral do Direito¹¹⁸.

Assim, embora não vivamos em um mundo sacramente blindado, não se deve abandonar, em nome de uma racionalidade instrumental, o ideal de uma racionalidade prático-moral, capaz de ser resgatada continuamente e problematizada no mundo dos fatos¹¹⁹. Na verdade,

somente quando o Direito for constantemente alimentado por razões morais no processo legislativo é que não teremos sua corrupção a ponto de ser vislumbrado como projeto ético de um determinado grupo. Isto porque se ao Direito razões morais forem legislativamente indiferentes, significaria dizer que os valores particulares de uma determinada minoria política poderiam sequer ser tomados em conta no processo político, uma vez que existiria um *ethos* ‘oficial’ e a partir do qual aquilo que se desvia não teria qualquer voz¹²⁰.

Por outro lado, essa tese não implica em se pregar a irrelevância do texto e ou da intenção de seus elaboradores. É que a história é um elemento essencial no processo interpretativo, porque o exame do contexto em que elaborada determinada norma é imprescindível para que se perceba sua extensão e destinatários. A história, todavia, somente é importante para se saber o que os elaboradores pretendiam dizer, e não quais *outras* intenções possuíam, o que é uma questão muito diferente¹²¹. Não se deve buscar, portanto, o que eles previam ou desejavam que acontecesse em função das palavras enunciadas – que, em verdade, ganham vida própria após seu emprego.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, p. 651.

¹¹⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade*, p. 05.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 33.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 15. Segundo o próprio Dworkin, a Oitava Emenda proibia castigos cruéis e incomuns, mas, ao tempo em que promulgada, não se proibia a flagelação pública. Nesse contexto, seria admissível defender-se hodiernamente esse tipo de punição sob o argumento de que os autores da Constituição desejavam excluir do âmbito da norma que editaram essa modalidade específica de pena, embora não o tenham feito expressamente? (*Ibidem*, p. 19, nota de rodapé n. 10).

Ademais, é importante ter-se em conta a indagação acerca da necessidade de dar-se prioridade aos princípios abstratos enunciados pelos elaboradores da Constituição e todos os desdobramentos daí decorrentes, à luz dos problemas atuais da sociedade moderna, ou às consequências que, à época da edição do texto, eram previsíveis e desejadas pelos autores. Nessa última hipótese, estaríamos a substituir um princípio abstrato por um catálogo de soluções prontas para alguns poucos casos imaginados pelos autores do texto.

Assim, é preciso que se reconheça que o significado da obra é diferente do que ela significa para seu criador¹²². Superada a dicotomia rigorosa entre sujeito e objeto – premissa essencial da noção de neutralidade no procedimento interpretativo -, a partir do surgimento de uma hermenêutica fundada em bases filosóficas, a compreensão do objeto – no caso sob exame, a Constituição e o Código Penal – depende de escolhas do intérprete, que atua construindo sentidos específicos. Assim, ao contrário de revelar uma verdade intrínseca ao objeto, a interpretação consiste em construir uma narrativa coerente a partir das experiências e interesses da comunidade. Não há, portanto, como se falar em sentido “unívoco” do texto, sempre sujeito às vicissitudes da vida e às pluralidades interpretativas¹²³.

¹²² RAZ, Joseph. Interpretação sem restabelecimento. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 239. Interessante a ilustração de Dworkin segundo a qual se um pai recomenda ao filho que seja “justo” está ele a transmitir um *conceito* e não uma *concepção* pessoal de justiça. É que o significado de ser “justo” depende de sua contextualização num dado momento histórico e a partir dos valores culturais dessa época. Assim, no tocante às cláusulas abertas da Constituição, impõe-se uma leitura moral a partir de argumentos judiciais extremamente francos, que permitam o debate no seio da comunidade. (Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, p. 445).

¹²³ Aliás, desde o pensamento kelseniano revelado a partir da edição de 1960 da Teoria Pura do Direito – que se notabilizou como o giro para o “decisionismo” - já se sabe que não se pode falar em sentido unívoco do texto. Com efeito, Kelsen defendia que o Direito consiste em “*uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível*” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390). Assim, haveria, a partir da leitura do texto, uma variada possibilidade de interpretações cabíveis, incumbindo ao intérprete a escolha de uma delas a partir de um ato de vontade. Embora no paradigma do pós-positivismo essa atividade intelectual não se considere como um ato de vontade, revestido de uma condição político-subjetiva, já que

Ademais, não há efetivamente um vínculo democrático entre as gerações atuais e as vozes do passado, de modo que estas não podem guiar o futuro através de uma espécie de testamento coletivo¹²⁴. Assim, a relevância da ordem jurídica perante a sociedade está em considerar-se a mútua e indissolúvel interdependência. A ciência jurídica não é pura expressão do ser, mas contém também um dever ser. Nesse contexto, a Constituição é capaz de moldar a sociedade, mas também deve refletir as circunstâncias históricas e políticas de um determinado momento. Sua efetividade decorrerá desse reflexo da sociedade, capaz de gerar a “vontade de Constituição”, no dizer de Hesse¹²⁵.

Deve-se lembrar também, como ressalta Jeremy Waldron, invocando para tanto Hannah Arendt, que a circunstância elementar da política moderna é a pluralidade, razão pela qual não há como se querer privilegiar os estados mentais de qualquer facção como canônicos, de forma a excluir-se a variedade de direções¹²⁶ e, portanto, viabilizar-se a descoberta de uma intenção única do legislador. Aliás, buscar-se a vontade dos pais da Constituição pode levar ao reconhecimento de que eles, na verdade, desejaram transferir aos juízes a tarefa de interpretar os textos a partir da realidade vigente, dada a utilização de fórmulas muitas vezes vagas, que devem ter seu sentido desvendado a partir da inserção, em seu contexto, de princípios políticos¹²⁷.

a interpretação está jungida à demonstração de suas razões a partir de argumentos fundados em princípios, a assertiva kelseniana continua válida para fins de demonstração das diversas perspectivas que um texto normativo suscita.

¹²⁴ ELY, John Hart. *Democracy and distrust*, p. 12. Cabe ressaltar aqui que a própria natureza da Constituição, voltada à organização do poder e estabelecimento dos direitos fundamentais, parece impor um pacto intergeracional, na medida em que as gerações atuais, em verdade, emprestam legitimidade aos representantes atuais do poder, e não aos fundadores da Constituição.

¹²⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 19-20.

¹²⁶ WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 533-534.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 377 e ss.

A isto se soma a circunstância de que a elaboração de uma Constituição pressupõe um pacto entre correntes políticas diversificadas, tornando-se praticamente inviável desvendar-se uma possível voz comum em um ambiente plural. Nesse sentido, seria de se indagar: que intenções devem consultar os juízes atuais? As intenções dos congressistas que debateram e recomendaram o texto normativo ou do público em geral, a cujos desejos esses políticos estavam supostamente dando forma?¹²⁸

O fato é que, como assevera Dworkin, há grande dificuldade em “desvendar” as intenções do legislador – começando pelo fato de que existe uma grande distância entre aquilo que se quis dizer e aquilo que se pretende seja o resultado do que foi dito¹²⁹, o que pode variar dependendo de inúmeras circunstâncias. Só é possível pressupor-se, assim, que os autores da Constituição queriam dizer o que realmente disseram, notadamente nos casos de utilização de linguagem abstrata¹³⁰. O conteúdo do que seja “moral”, “eficiente”, “correto” etc. é mutável ao longo da história, a partir da própria mudança dos paradigmas sociais. Assim, não há como defender-se uma definição apriorística do conteúdo essencial dos direitos fundamentais¹³¹.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 186.

¹²⁹ Assim, proibir-se a direção “perigosa” depende de condições de tráfego, características das estradas, tecnologia dos veículos etc. Dirigir-se a oitenta quilômetros por hora hoje pode não parecer perigoso, diferentemente do que ocorria quando da invenção do veículo automotor.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 189-190.

¹³¹ Sobre o tema vide o seguinte texto: SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: FGV, n. 4, 2006. Na mesma esteira, segundo abalizada doutrina, “a interpretação de acordo com a intenção dos constituintes é, ao mesmo tempo, uma autodepreciação e uma depreciação da constituição. O efeito depreciativo resulta da incomensurável dificuldade em estabelecer qual era a intenção dos constituintes e ainda qual seria a sua intenção se a eles fosse submetido o caso que está perante a corte. A depreciação reside no fato de que as cortes, se aplicado o método no seu sentido estrito, teriam que se recusar a resolver todos os problemas que não foram lobrigados pelos constituintes. A adaptação das normas constitucionais às novas tecnologias – televisão, energia atômica, processamento de dados eletrônicos – seria relegada a emendas constitucionais, mesmo nos casos em que valores constitucionalmente protegidos são afetados. A teoria, dessa forma, acaba por reduzir a importância da constituição. Consequentemente, ela não tem nenhum seguidor na Alemanha dentro ou fora da Corte Constitucional.” (GRIMM, Dieter. *Op. cit.*, p. 09 e ss).

Por outro lado, uma opção reducionista implicaria em presumir que os autores da Constituição decidiriam questões que não lhes ocorreram naquele tempo, segundo a visão que acreditamos que eles possuiriam do tema e, ainda assim, sem modificarem seus pontos de vista sobre política e moral¹³².

Assim, a busca da intenção originária somente parece ser uma tese útil se estiver focada nos objetivos primários que o legislador buscava alcançar, e não nas consequências e extensão que a interpretação podia ter ao longo da história. Porém, mesmo nesse terreno há grande dificuldade de definirem-se, entre várias intenções possíveis, quais devem ser consideradas decisivas. É dizer: em face de uma constituição principiológica, carregada, portanto, de conceitos fluidos, há grande dificuldade de se descobrir os tais objetivos do legislador, em razão até mesmo da contínua atualização da vida e do mundo.

Por outro lado, a partir da ideia de uma Constituição viva, a identidade constitucional é produto de um processo dinâmico sempre sujeito à reelaboração¹³³. Não cabe ao Judiciário, assim, proteger a qualquer custo as decisões de natureza política, mas antes tutelar os princípios e direitos fundamentais sempre que necessário e à luz de um construtivismo sensível à coerência do sistema como um todo.

O fato é que a Constituição escrita não tem sido capaz de revelar todas as declarações essenciais da lei fundamental. A solução para a diversidade de questões complexas que nos são apresentadas deve decorrer não de uma busca por uma solução “matemática” prevista no texto, mas sim do debate e da argumentação imanentes ao processo interpretativo hodierno, até mesmo a fim de evitar que a Constituição se

¹³² DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 196.

¹³³ Sobre o tema, vide ROSENFELD, Michel. *Law an the Post Modern Mind: The indetidy of the constitutional subject*. *Cardozo Law Review*, 16 Cardozo L. Rev. 1049, 1995.

transforme em uma colcha de retalhos, um regramento casuístico¹³⁴, em razão de eventuais reformas sucessivas que visem “atualizá-la”. Assim, o grande desafio do constitucionalismo atual é desenvolver historicamente categorias sensitivas para compreender a evolução dos fenômenos sociais e seus reflexos sobre o texto constitucional.

Dessarte, a Constituição dos países democráticos deve ser vista como um projeto aberto para o futuro, que deve ser relido e reafirmado pelas novas gerações, como um elemento falível e, conseqüentemente, sujeito a um processo de aprendizagem que em si mesmo busca a correção¹³⁵. Desse modo, o projeto da Constituição somente pode ganhar viabilidade e consistência a partir da interpretação constitucional. Daí afirmar Rosenfeld que o discurso constitucional deve ser construído a partir de um texto que se localiza em seu próprio contexto, que, por sua vez, é aberto a finalidades e está sujeito a transformações ao longo do tempo, de modo que o sujeito constitucional deve inventar e reinventar a sua identidade a partir de fragmentos que precisam ser projetados em um passado e futuro incertos¹³⁶.

Essa perspectiva, logicamente, importará em um esvaziamento semântico dos direitos fundamentais, que não podem mais ser compreendidos como um conjunto finito de direitos positivados¹³⁷, devendo ser absorvidos a partir de sua total complexidade e potencialidade, que extrapola em muito o texto normativo. A inserção dos chamados conceitos indeterminados no ordenamento jurídico, aliás, nos conduzirá à

¹³⁴ ACKERMAN, Bruce Ackerman. The living constitution. In: *Harvard Law Review*, New York, v. 120, n° 7, mai 2007, p. 1738 e ss. Prática, aliás, comum no parlamento brasileiro, dada a “inflação legislativa” que nos atinge mesmo em nível constitucional, o que reforça o entendimento de que ainda estamos seriamente vinculados ao paradigma positivista e a uma leitura tímida do que seja a Constituição.

¹³⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 165.

¹³⁶ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 39.

¹³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, p. 245.

necessidade de reconhecimento de sua tessitura aberta ou principiológica, na perspectiva dworkiniana, de modo que ele – o ordenamento – somente pode ser conhecido em sua plenitude a partir da mediação entre os textos normativos e a singularidade das situações de aplicação – casos concretos.

Como ressalta Menelick de Carvalho Netto:

Esse hercúleo esforço de reconstrução jurídico-doutrinária permite-nos, hoje, buscar assegurar a imparcialidade na aplicação do Direito de modo muito mais complexo e, portanto, muito mais capaz de lidar com o risco de arbitrariedade sempre presente nesta atividade. É claro que *imparcialidade*, nesse novo contexto, cobra o sentido oposto daquele que era anteriormente atribuído ao vocábulo. Imparcialidade não mais pode ser compreendida como a cegueira do aplicador às especificidades das situações concretas de aplicação do Direito, como se a tarefa constitucionalmente a ele encomendada fosse a mesma do legislador. Essa postura era muito bem sintetizada na idéia de que o administrador e o juiz deveriam aplicar a lei doesse em quem doesse, ou ainda, na recorrente frase autopiedosa: ‘apenas aplico a lei, se ela é injusta, o legislador que a altere’. Sabemos agora que a obra genérica e abstrata do legislador jamais o fará defrontar-se com as situações concretas únicas em sua singularidade, por definição. É somente mediante a visualização do embate das normas gerais e abstratas, concorrendo entre si em toda a amplitude normativa do ordenamento para regerem situações, que poderemos encontrar a norma adequada àquela situação específica. A imparcialidade do aplicador cobra agora o sentido oposto de que este esteja aberto e sensível às pretensões jurídicas levantadas por todos e cada um dos envolvidos, buscando, no ordenamento, a norma capaz de reger aquela dada situação, de modo a não produzir resíduos de injustiça. A tessitura aberta do Direito não é mais um problema, mas um ponto de partida¹³⁸.

Os direitos fundamentais, ainda, são promessas que tentam evitar o passado, corrigindo os erros de épocas pretéritas, e sua manutenção no futuro pressupõe sua abertura e o desnaturamento, muitas vezes, de uma concepção inicial¹³⁹. Tal perspectiva

¹³⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Disponível em: <www.cead.unb.br/agu>. Acesso em: 28 set. 2010.

¹³⁹ Sobre essa perspectiva, veja-se LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996; CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad. Juliana N. Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, MG, n. 39, jan./ jun. 2001.

abre um grande espaço de atuação para os mais variados intérpretes, especialmente os tribunais – ainda que isso não seja do agrado de todos¹⁴⁰.

O ativismo judicial, portanto, trata-se de fenômeno inevitável, já que a verdadeira materialização da Constituição, em face de sua acentuada carga principiológica, depende da existência de juízes capazes de buscar, no consenso e dissenso da sociedade, respostas para os mais variados e complexos conflitos, ainda que as soluções apontadas estejam sujeitas a constantes críticas e reformulações.

Ainda, não há qualquer relação direta entre originalismo e autocontenção judicial, já que aquele pode inclusive servir como mecanismo de descumprimento da vontade constitucional compreendida em seu todo. Afasta-se, portanto, a pretensão de uma verdade formal propugnada por parcela dos autores adeptos do positivismo, que viam na legalidade o único instrumento idôneo para a eficiência do sistema.

Ademais, na sociedade contemporânea, caracterizada pela rapidez das mudanças sociais, uma interpretação rígida da Constituição poderia, ao invés de preservar a autoridade daquela norma, levar à sua asfixia. Nesse contexto, propõem Laurence Tribe e Michael Dorf que a interpretação decorra de um “diálogo constitucional”, segundo o qual os juízes devem buscar os valores integrados à tradição e história de uma dada comunidade, os quais espelhem os anseios desta e que podem, inclusive, encontrar-se fora do texto constitucional. Não se trata, entretanto, de

¹⁴⁰ Pertinente registrar, nesse contexto, que mesmo Kelsen, após o giro decisionista ocorrido após a 2ª edição de Teoria Pura do Direito, na década de 60, passou a reconhecer que as relações entre norma geral e sua aplicação individual constituem partes distintas do mesmo ordenamento. Para o autor positivista, assim, há uma parte indeterminada no direito, que caberá ao intérprete – e em especial ao magistrado – preencher a partir da moldura estabelecida pelo legislador – as interpretações possíveis. Embora a tese do autor não possa ser acolhida como forma de compreender que a atividade do julgador é, em um primeiro momento, um ato cognoscitivo, mas, em um segundo momento, um ato de vontade, incontrolável pelo direito e norteado por elementos morais ou políticos, a visão kelseniana serve para demonstrar a incompletude do texto como mecanismo de revelação do direito.

imposição de uma pauta moral do próprio julgador, o qual está jungido à demonstração das razões invocadas e de sua coerência com os objetivos maiores da Constituição¹⁴¹.

Assim, parafraseando Robert Bork¹⁴², em passagem que segundo Dworkin poderia ser perfeitamente atribuída aos pretensos desafetos intelectuais do referido autor originalista¹⁴³, tudo que um juiz comprometido com a interpretação original exige é que o texto, a estrutura e a história da Constituição lhe ofereçam não uma conclusão, mas uma premissa maior, sem prejuízo da possibilidade de que juízes igualmente dedicados à proteção do referido princípio cheguem a conclusões distintas quando à forma e ao conteúdo dessa tutela.

Em verdade, o ponto nevrálgico da questão está no foco a ser atribuído à Constituição enquanto sistema de princípios, e não à uniformidade de pensamento. É que, na medida em que reconhecemos que somos governados por um ideal e não por uma coleção de mandamentos detalhados, a controvérsia passa a ser algo imanente à nossa história, à própria diversidade humana¹⁴⁴.

Nesse sentido, partindo-se da ideia, por exemplo, de que a Constituição estabelece apenas um princípio geral de não discriminação e não uma coleção de selos – para dizermos com Dworkin¹⁴⁵ –, seria possível sustentar-se que uma vedação ao tratamento discriminatório se aplicaria aos negros, mas não às mulheres ou aos homossexuais, com base no simplório argumento de que não houve previsão expressa quanto à proteção desses grupos minoritários? Ou, para nos referirmos ao debate central

¹⁴¹ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 23 e ss. Assim, não há que se falar em livre criação judicial do Direito, no sentido proposto por Hart, como mecanismo de solução dos denominados *hard cases*, para os quais não há uma regra clara de incidência e caberia ao magistrado decidir a partir de razões morais, éticas etc., exercendo nítida competência legislativa (HART, Herbert L.A. *Conceito de Direito*, p. 593.).

¹⁴² BORK, Robert H. *The Tempting of America*. New York: The Free Press, 1990, p. 162-163.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 198.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 205.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 200.

do presente trabalho, que a Constituição protege a integridade psicológica da mulher nos casos de gravidez decorrente de crime sexual, mas não o faz nas hipóteses de fetos fadados ao óbito?

Assim, considerar-se que a Constituição não significa aquilo que ela mesma diz importa em dizer que ela nada significa. Importa em atribuir ao juiz um julgamento com base em seu simples instinto político – aqui compreendendo suas íntimas convicções morais, religiosas etc. O objetivo de tentar limitar o arbítrio judicial através da concepção do Originalismo acaba, por assim dizer, em conceder aos juízes um poder não disciplinado, à semelhança da arbitrariedade. Portanto, ao tentar reduzir o poder judicial, o Originalismo termina por intensificá-lo¹⁴⁶.

E veja-se que, como propõem alguns, não é possível imaginar-se uma posição intermediária, no sentido de que a leitura moral da Constituição deve ser evitada, porque atribui um poder demasiado aos juízes, assim como o Originalismo extremo, que defende a visão da Constituição como um mero espelho do passado, buscando-se um justo equilíbrio entre a vontade popular e a proteção dos direitos fundamentais. E isto simplesmente porque os defensores dessa ideia não apontam qual o caminho para essa via intermediária, embora mencionem que o texto e a história, ao lado da filosofia moral e política, devem ser levadas em conta. Na verdade, como já asseverado alhures, tal construção nada mais é do que pressuposto da própria leitura moral¹⁴⁷.

Essa visão do processo de interpretação constitucional, aliada a uma argumentação que se volte à proteção de princípios encartados na Constituição, parece ser suficiente para evitar-se uma livre criação do Direito a partir de escolhas arbitrárias,

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 200.

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 22.

à luz de uma espécie de niilismo constitucional¹⁴⁸, na medida em que se exige do intérprete que esteja atento às tradições e à moralidade pública vigente, à luz dos princípios constitucionais, buscando resultados coerentes com o Direito como um todo¹⁴⁹. Assim, embora haja um desafio a ser enfrentado no que tange à demonstração de que a decisão judicial não está fundada em pautas arbitrárias de valores, derivadas de singulares preferências do julgador, a dificuldade de se provar a validade de um argumento não o coloca em pé de igualdade com qualquer outro, de modo a dizer-se que todos eles são defensáveis¹⁵⁰.

Em verdade, a melhor interpretação deve ser capaz de demonstrar que agrega valores expressos e não expressos na Constituição. Nesse contexto, defendemos a ideia de que até é possível, em tese, que não se reconheça o direito ao aborto nos casos de fetos inviáveis, desde que a Suprema Corte encontre fundamentos claros e plausíveis no sentido que a Constituição não assegura esse direito. Porém, sustentar-se o não reconhecimento do referido direito sob o simples argumento de que ele não está mencionado na Constituição obrigaria o Supremo Tribunal Federal, por coerência, a “revogar”¹⁵¹ um sem número de direitos historicamente reconhecidos a partir da Carta

¹⁴⁸ O niilismo constitui-se em uma perspectiva filosófica que prega a desvalorização do sentido e das buscas por respostas precisas. No âmbito da interpretação, consiste numa espécie de resignação diante das múltiplas possibilidades interpretativas do texto. Isto porque o niilista, ao considerar que diversas opções interpretativas são válidas, conclui que qualquer uma delas é legítima, tratando-se, pois, de mera escolha do intérprete ao sabor de suas preferências pessoais. Desse modo, qualquer esforço argumentativo carece de maior validade (vide PECORARO, Rossano. *Niilismo e pós-modernidade*. Rio/São Paulo: PUC/Loyola, 2005). Pode-se ressaltar, assim, que o niilismo irá desaguar no decisionismo judicial.

¹⁴⁹ Sobre o tema, vide especificamente DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 127 e ss; *O império do Direito*, p. 55 e ss. Essa visão, aliás, parece suplantar a preocupação de autores como Cass Sunstein (vide SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009), para quem transformações sociais e mudanças estruturais da sociedade devem ser realizadas pelas classes políticas, na medida em que o Judiciário não possui condições técnicas de imiscuir-se nessa seara.

¹⁵⁰ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁵¹ A expressão utilizada, típica da atividade legislativa, é proposital, uma vez que, como se verá em outras passagens, o STF em diversos momentos de sua história institucional extrapolou o campo interpretativo para reconhecer direitos não amparados na Constituição.

Magna, posto que também não se encontram previstos expressamente na linguagem do texto constitucional¹⁵².

Na verdade, os juízes devem buscar identificar os princípios latentes na Constituição e nas decisões judiciais anteriores que interpretaram a linguagem abstrata do referido texto, de modo a ratificar a existência desses mesmos princípios em outras situações equivalentes e, em consequência, tornar o direito como um todo cada vez mais coerente¹⁵³.

Portanto, não se trata de defender uma visão da Constituição como um navio com uma grande vela, mas sem âncora¹⁵⁴, a ser conduzido por juízes equiparados a reis-filósofos. Ao contrário, o caráter normativo da Constituição assegura que sua interpretação deve estar vinculada à história, à prática judicial e ao ideal de integridade do Direito¹⁵⁵.

Obviamente que, na interpretação desses direitos controversos, juízes diferentes poderão chegar a resultados diferentes sobre quais são os princípios que conduzem à melhor compreensão da Constituição. A ausência de neutralidade nesse campo levará estes juízes, aliás, a se apoiarem, sobretudo, em suas próprias convicções sobre qual é o melhor argumento. Mas essa controvérsia e insegurança são iminentes ao exame de uma Constituição concebida como uma carta recheada de princípios e não como uma coletânea de normas casuísticas¹⁵⁶. Somente a exposição transparente dos argumentos pode permitir o controle e a evolução do Direito a partir do debate público.

¹⁵² Em sentido semelhante, DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 83.

¹⁵³ Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 84.

¹⁵⁴ A ilustração é de Lorde Macaulay em carta endereçada a H. S. Randall (Cf. *Ibidem*, p. 17).

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 17.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 85.

Aliás, nesse momento é pertinente trazer a lume a lembrança de Cristiano Paixão acerca da falência do Estado Social a partir da impossibilidade de cumprimento, pelo Poder Público, das promessas elencadas nas cartas constitucionais e do surgimento do novo paradigma relativo ao Estado Democrático de Direito. Com efeito, no âmbito deste o foco da realização dos direitos não se encontra mais apenas no Estado – onde se inclui obviamente o Poder Judiciário -, mas na participação ativa da sociedade como um todo, a quem cabe, inclusive, discutir as decisões tomadas no ambiente público e que afetam diretamente a população, tudo como forma de contribuir verdadeiramente para a construção de relações jurídicas democraticamente sólidas.

Lembra, pois, referido autor:

É com a crise do Estado Social que se viabiliza a construção – ainda em pleno andamento – de um novo paradigma: o Estado Democrático de Direito. Ele decorre da constatação da crise do Estado Social e da emergência – a partir da complexidade das relações sociais – de novas manifestações de direitos. Desde manifestações ligadas à tutela do meio ambiente, até reivindicações de setores antes ausentes do processo de debate interno (minorias raciais, grupos ligados por vínculos de gênero ou orientação sexual), passando ainda pela crescente preocupação com lesões a direitos cuja titularidade é de difícil determinação (os chamados interesses difusos), setores das sociedades ocidentais, a partir do pós-guerra e especialmente da década de 1960, passam a questionar o papel e a racionalidade do Estado-interventor.

A ênfase conferida ao paradigma emergente concentra-se na idéia de cidadania, compreendida em sentido procedimental, de participação ativa. Como seria de se esperar na mudança paradigmática, os direitos consagrados nos modelos anteriores de constitucionalismo são redimensionados. Verificam-se, no interior da sociedade, novas formas de associação: organizações não-governamentais, sociedades civis de interesse público, redes de serviços não-verticalizadas¹⁵⁷.

Daí a advertência de Boaventura de Souza Santos no sentido de que “as exigências práticas da regulação estão, assim, subordinadas à experiência racional, que, por sua vez, longe de ser um produto técnico com fins instrumentais, constitui a procura

¹⁵⁷ PINTO, Cristiano Paixão Araujo. Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito, p. 10.

por uma nova ética política e social ajustada aos novos tempos e aos novos ideais de autonomia e liberdade”¹⁵⁸.

3.3. *O direito como prática (re)construtiva: é possível uma Constituição de princípios efetiva sem riscos?*

A necessidade de dar-se ao Direito um caráter científico levou o positivismo a identificá-lo com proposições descritivas moralmente neutras. O Direito era então visto como um catálogo de regras que permitia a enunciação de juízos de fato cuja veracidade poderia ser atestada pela verificação da equivalência entre o resultado dessa interpretação e a norma-objeto descrita. Tratava-se de um sistema fechado, segundo o qual as decisões jurídicas podiam ser inferidas por meios lógicos a partir das regras predeterminadas. Qualquer decisão fora desses parâmetros baseava-se em padrões extrajurídicos, oriundos da política ou moral¹⁵⁹.

O objeto do Direito, assim, foi isolado do objeto das demais ciências. Com isso buscou-se dar pureza científica ao Direito, que passaria a ter objeto próprio e independente, buscando-se, ademais, a segurança jurídica no processo de interpretação através de recurso a categorias semânticas.

Nesse contexto, o positivismo rejeita a ideia de que direitos possam existir independentemente de qualquer forma legislativa. Noutras palavras, rejeita a ideia de que direitos possam ser reconhecidos judicialmente para além do conjunto de regras

¹⁵⁸ SANTOS, Boaventura De Sousa. *A crítica da razão indolente*. Para um novo senso comum. v. 1, São Paulo: Editora Cortez, 2000, p. 123.

¹⁵⁹ Como já asseverado alhures, essa descrição do positivismo baseia-se nos argumentos expostos na 1ª edição da Teoria Pura do Direito. Como se sabe, a partir da 2ª edição propôs-se uma teoria bifásica da interpretação. Primeiramente, haveria um *ato de conhecimento*, através do qual o jurista descreve as possibilidades interpretativas do texto. Num segundo momento, haveria um *ato de vontade*, segundo o qual o jurista faz opção por uma das interpretações cabíveis, ao sabor de suas preferências pessoais, de modo a não existir, nesse momento, qualquer mecanismo de controle do ato judicial, que, por isso mesmo, caracteriza-se como decisionismo. De forma semelhante, Hart irá defender a ideia da existência de uma discricionariedade judicial (HART, Herbert L.A. *Conceito de Direito*, p. 139).

explícitas presentes em uma dada comunidade, o qual constituiria, assim, a totalidade dos direitos dessa mesma comunidade¹⁶⁰. Diante da ausência de uma regra clara, estabelecida previamente pelo Estado, a possibilidade de reconhecimento de direitos preexistentes nada mais é do que uma ficção. Nesses casos, o juiz legisla novos direitos, a partir do uso de um suposto poder discricionário, aplicando-os retroativamente¹⁶¹.

Subjacente a esse discurso está a ideia de segurança jurídica que o positivismo jurídico poderia pretensamente garantir. Haveria segurança jurídica apenas quando o direito oferecesse certeza, o que seria possível através da positividade. É dizer, o direito deve estar previamente fixado. As características da lei devem se determinar do modo mais exato possível, sem recurso ao arbítrio.

Mas a busca por essa segurança no processo interpretativo, no entanto, irá sucumbir historicamente diante do reconhecimento atual, no campo das ciências sociais e jurídicas, da impossibilidade de completa apreensão científica dos fatos. Assim, as incertezas e os riscos em relação ao futuro passam a ser a pedra de toque na evolução da ciência, especialmente em razão da impossibilidade de obtermos respostas universalizantes para os problemas humanos diante do pluralismo dos modos de vida. Hoje, sabe-se que a ciência é um conhecimento precário e provisório, que necessita de fundamentação contínua¹⁶².

Ainda quando uma lei pretenda esgotar a situação de aplicação, não há situação de aplicação no mundo que não seja única, que não requeira do aplicador imenso trabalho para que uma injustiça não seja cometida. O ordenamento é necessariamente complexo porque se existe o princípio da publicidade há o da privacidade. E tenho de estar sempre muito preocupado com o oposto daquilo com que estou trabalhando, porque é assim que a situação poderá me dizer o que vou regulamentar, como vou proceder. Princípios opostos, dada a sua abertura para a vida, não apenas se excluem

¹⁶⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. XIV.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 128.

¹⁶² COSTA, Alexandre Bernardino. *Desafios da Teoria do Poder Constituinte no Estado Democrático*, p. 36-37.

mutuamente como concorrem entre si para a regência das situações concretas e, assim, são, na verdade, normativamente constitutivos um do outro, são intrinsecamente complementares no terreno da aplicação.

A ideia central é precisamente não abrimos mão do conhecimento que podemos ter agora em razão da nossa própria experiência prática e da vivência histórica acumulada. É óbvio que pode ser recomendável uma racionalização principiológica das leis, mas é preciso que abduquemos do excesso de pretensão racional que marcou a experiência da codificação clássica. Nunca iremos esgotar a complexidade da vida mediante a elaboração de leis detalhadas e que busquem nos liberar da tarefa árdua de aplicá-las.(...) Nossa racionalidade é limitada e é profundamente contrária ao atual conceito de ciência a pretensão de um saber que se queira absoluto¹⁶³.

Daí afirmar-se que não podemos mais ser vítimas de uma pretensão da ciência como mecanismo de descoberta da verdade. A lei geral e abstrata não integra um ordenamento harmônico, lógico, acabado e fechado, mas, ao contrário, pressupõe sempre uma densificação dos princípios da liberdade e igualdade, que, em tese, podem se encontrar em tensão com outras normas igualmente válidas. Tudo isso ocorre no âmbito de um ordenamento que exige complementaridade e não antagonismo, uma vez que tais normas estão dirigidas à regulação de hipóteses concretas, necessariamente mais intrincadas que as previsões abstratas, não dispensando, pois, a atividade própria e específica daquele incumbido de aplicá-las¹⁶⁴.

Na perspectiva do pós-positivismo, pois, o Direito deve ser reconhecido como uma prática construtiva, calcada em argumentos racionais e, por consequência, controláveis. Nesse contexto, a simples ausência de uma regra clara não impede o reconhecimento de direitos. Mesmo nos denominados casos difíceis, pois, o magistrado continua a possuir o ônus de descobrir os direitos das partes.

Ademais, embora reconhecendo que o Direito não se esgota nas regras claramente estabelecidas, essa visão pretende apresentar-se como uma ferramenta capaz de evitar um subjetivismo que deságue no próprio autoritarismo.

¹⁶³CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, MG, v. 88, p. 81-108, dez. 2003, p. 104-105.

¹⁶⁴HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a factidade e a validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 23.

Reconhecido o Direito como um sistema de princípios, é possível separarem-se as escolhas jurídicas das escolhas propriamente políticas. Dworkin não propõe, como poderia parecer em uma primeira leitura, a substituição do catálogo de regras por um rol exaustivo de princípios. Na verdade, os princípios não se encontram dados no sistema, sendo controversos e modificáveis ao longo da história da humanidade, dependendo sua afirmação de interpretações da prática jurídica cotidiana.

Nesse campo, aliás, como visto alhures, em nome de princípios de moralidade política a sociedade clama inclusive por soluções contramajoritárias. Com efeito, na medida em que os princípios não se constituem em padrões metajurídicos, como queria o positivismo, sua aplicação torna-se obrigatória no âmbito do sistema jurídico, de modo que os juízes estão jungidos à elaboração da melhor interpretação do caso, devendo aferir a existência dos direitos mesmo diante das lacunas que as regras estabelecidas possam impor.

O Direito, assim, revela-se como uma teia inconsútil¹⁶⁵, um sistema capaz de dar resposta a todos os casos a partir de sua interpretação coerente.

Em uma comunidade de princípios, por outro lado, afasta-se a rígida separação entre Direito e Moral, como se registrou há pouco, já que o sistema jurídico extrapola o âmbito das regras para buscar solução em cláusulas abertas que impõem ao intérprete um maior esforço hermenêutico. Nesta comunidade, assim, os indivíduos atuam como agentes morais, sempre sensíveis aos princípios compartilhados por esta mesma comunidade e não apenas a regras previamente fixadas em uma dada carta política.

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 180.

Dworkin chama essa concepção de integridade do Direito, para a qual o sistema é visto como um todo harmônico e coerente¹⁶⁶. Para o autor, essa perspectiva assume um papel decisivo no controle do arbítrio judicial, especialmente pela importância que se deve atribuir aos precedentes, os quais exercem força gravitacional em relação a decisões futuras que envolvam os denominados *hard cases*.

Ao afirmar a existência de um direito fundamental, portanto, deve o juiz demonstrar a coerência dessa afirmação com precedentes anteriores, bem assim com os princípios constitucionais, que funcionam como “barreiras de fogo”, revelando os direitos das partes, e não os inventando, como num passe de mágica, com efeitos retroativos a um fato passado¹⁶⁷. Aliás, a adoção de um princípio em um dado caso impõe a atribuição de importância idêntica a ele em situações análogas¹⁶⁸.

Afasta-se, assim, a busca incessante do positivismo por uma solução segura capaz de eliminar os problemas de interpretação. Em vez de eliminá-los, o pós-positivismo assume o fato de que esses problemas são inerentes à vida em sociedade e busca, portanto, apenas formas de lidar com eles. Assim, a teoria da integridade do direito parte da premissa que não existem procedimentos mecânicos capazes de demonstrar os direitos das pessoas. Ao contrário, os casos difíceis são inerentes ao

¹⁶⁶ Como ressalta Menelick de Carvalho Netto, “*essas reflexões de Dworkin marcam o emergir de um novo paradigma que vem, enquanto tal, de forma cada vez mais difundida e internalizada se afirmando através da constituição de um novo senso comum social, de um novo pano-de-fundo para a comunicação social, no qual são gestadas pretensões e expectativas muito mais complexas, profundas e rigorosas no que respeita ao Direito, seja como ordenamento ou esfera própria da ação comunicativa, do reconhecimento e do entendimento mútuo dos cidadãos para o estabelecimento e a implementação da normativa que deve reger sua vida em comum, seja como simples âmbito específico de conhecimento e exercício profissionais. E esse novo paradigma que tem sido denominado pela Doutrina “Estado Democrático de Direito” e que, no Brasil, foi inclusive constitucionalmente consagrado.*” (CARVALHO NETTO, Menelick de Carvalho. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito, p. 55).

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 127.

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 204.

mundo em que vivemos, tanto no âmbito da política quanto do Direito, sendo certo que juristas criteriosos divergirão acerca desses direitos¹⁶⁹.

Nesse contexto, afigura-se possível que inclusive uma regra deva ceder passo para um princípio. Nessa hipótese, todavia, nem todo princípio pode ser invocado para justificar a mudança. É preciso que existam princípios com maior importância e cuja definição não pode ficar a cargo dos juízes, sob pena de todas as regras perderem sua obrigatoriedade. A modificação da perspectiva jurídica acerca de dado tema deve, assim, levar os magistrados a considerarem padrões jurídicos relevantes, como uma deferência limitada ao Poder Legislativo e a própria observância dos precedentes, que, em dados casos, poderá conduzir a uma inclinação em favor do *status quo*¹⁷⁰.

Por outro lado, é essa construção teórica que permitirá ao julgador encontrar a chamada resposta correta¹⁷¹, considerada como a melhor resposta possível obtida a partir de um processo argumentativo racional. Essa opção, por óbvio, não impede que diferentes magistrados cheguem a conclusões distintas sobre as mesmas questões morais ou políticas, a partir de suas próprias visões de mundo, mas os tornam mais responsáveis pelos juízos que emitem¹⁷². Torna, outrossim, reprovável a tomada de decisões que pareçam certas isoladamente, mas que não se apresentam capazes de ser

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. XIX.

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 60.

¹⁷¹ A tese da resposta correta comumente é mal interpretada. Veja-se que, com essa visão, Dworkin não defende a ideia de consenso entre os juristas acerca de um dado tema, nem a possibilidade de encontrar-se uma resposta “matemática” e objetiva para casos controversos. A tese do autor pauta-se no chamado ponto de vista interno do intérprete, isto é, na circunstância de que os participantes da prática interpretativa – inclusive o juiz – defendem seus pontos de vista considerando que, de fato, estes são os mais corretos. Daí a necessidade de que o jurista se esforce ao máximo para demonstrar a validade de seus argumentos. A vitória, portanto, estará reservada para a tese que se mostrar mais convincente no âmbito do debate jurídico. Em conclusão, uma proposição jurídica será verdadeira na medida em que fornecer melhores argumentos que a proposição contrária (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 211).

¹⁷² DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 197.

inseridas em uma teoria abrangente de princípios compatível com outras decisões igualmente consideradas corretas¹⁷³.

Portanto, a solução para os problemas jurídicos nos casos em que ausente uma regra clara não está na adoção de procedimentos mecânicos de interpretação, os quais seriam capazes de supostamente levar a uma resposta quase automática. Em verdade, os juízes irão divergir sobre quais os direitos efetivamente existem e qual a extensão de cada um deles, do mesmo modo que os cidadãos divergem sobre política, moral ou religião.

Assim, é preciso fugir de uma visão clássica segundo a qual a compreensão do Direito é serva dos textos normativos estabelecidos, funcionando sempre à sombra da legislação, de forma que os juízes devem se limitar a aplicar a norma evidente criada por outras instituições.

Em verdade, essa pretensão, embora ideal, revela-se utópica na prática. Diversas questões impedem sua implementação no mundo fenomênico, entre as quais está a vagueza dos textos normativos, que impõem um esforço de interpretação para viabilizarem sua aplicação a casos concretos, bem como a existência de problemas novos na sociedade, os quais não eram previsíveis ao tempo da edição dos textos que se pretendem aplicáveis a estes casos.

Se assim ocorre, é forçoso reconhecer que, dadas certas circunstâncias, os juízes devem sim criar direitos novos, seja essa criação dissimulada ou explícita¹⁷⁴. Essa assertiva, todavia, não prejudica a ideia de que os juízes devem uma deferência limitada às instituições legislativas, já que o processo de interpretação tem seu início – embora

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 137.

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 128.

nem sempre tenha o seu fim – no labor daqueles eleitos pela população para dirigir seu destino e editar as leis a que ela se subordinará.

Por outro lado, mesmo partindo dessas premissas não é possível imaginar-se uma imunidade judicial ao erro. Por óbvio, os tribunais podem extrair conclusões equivocadas sobre os direitos implícitos que reconhecem. Mas essa possibilidade está longe de ser um defeito exclusivo de uma atividade tida por original dos tribunais. Ao contrário, a possibilidade de erro é imanente à tarefa interpretativa, mesmo para aqueles que se consideram tolhidos de qualquer competência inovadora¹⁷⁵.

Mas qual o limite dessa função judicial, preocupação essa essencial para que a atividade dos magistrados não se confunda com a dos legisladores?

Nesse ponto, Dworkin trabalha com uma importante distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política¹⁷⁶.

Assim, para fugirem à pretensão de atuar como legisladores, os juízes devem evitar a argumentação própria da seara política, adotando como razões de decidir questões que envolvam o bem-estar social e a realização de interesses coletivos, debate este próprio da arena dos representantes do povo¹⁷⁷. Ao contrário, diante de um caso a solucionar, devem os juízes investigar se existem direitos a ser tutelados exclusivamente à luz dos princípios inseridos explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico. Na

¹⁷⁵ No mesmo sentido, DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 135.

¹⁷⁶ “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.” (*Ibidem*, p. 129).

¹⁷⁷ Sobre a inclusão de questões políticas no discurso judicial, ressalta Dworkin também que a corte deve tomar decisões acerca de princípios e não de políticas, decisões sobre quais direitos as pessoas possuem no âmbito do sistema constitucional ao invés de decisões acerca de como o bem-estar geral é promovido (sobre o tema, vide o texto: DWORKIN, Ronald. *The Forum of Principle*. In *New York University Law Review*, n. 56, 1981).

hipótese de conclusão negativa caberá ao Judiciário relegar ao plano político a solução do problema a ele apresentado¹⁷⁸.

Nesse contexto, os argumentos de princípios se dirigem à tutela de direitos individuais, já que os próprios princípios estão voltados à descrição de direitos; os argumentos de política estão destinados a estabelecer um objetivo coletivo, porque a política descreve exatamente objetivos desta natureza e se liga a metas coletivas que estimulam as trocas de benefícios e encargos no seio de uma sociedade.

Mas essa distinção nem sempre é clara e fácil de ser percebida na realidade concreta, de modo que uma decisão, muitas vezes, pode estar baseada tanto em um fundamento como em outro. A legitimidade da decisão estará exatamente na possibilidade de sustentar-se à luz de direitos que possam ser reconhecidos como pertencentes a pessoas ou grupos numa dada hipótese concreta.

Exemplificativamente, é possível, em tese, sustentar-se que um benefício fiscal deve ser assegurado a uma categoria econômica por exigência do princípio da isonomia. De outro giro, é possível afirmar-se que esse benefício deve ser estendido a outras categorias porque isso assegura uma política mais eficaz na medida em que

¹⁷⁸ Este signatário, na condição de magistrado, teve oportunidade de indeferir petição inicial de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal exatamente em função dos limites acima expostos. Tratava-se, no caso, de pretensão que, entre outros aspectos, objetivava a melhoria do programa de merenda escolar do governo federal. Naquela ação, argumentava o representante do Ministério Público que os mecanismos de controle da utilização da verba pública eram deficientes na medida em que as prefeituras municipais não elegiam adequadamente os membros dos conselhos municipais de merenda escolar. Assim, buscava-se, através da ação, que as aquisições da merenda fossem realizadas diretamente pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento para a Educação – FNDE. Entendeu-se, na oportunidade, que, embora extremamente louvável a preocupação do representante ministerial, essa questão deveria ser resolvida na arena política, já que a pretensão objetivava alterar a legislação em vigor – que concebe a figura dos conselhos municipais – em razão de fundamentos políticos, especialmente a melhoria do sistema em prol do interesse dos alunos da rede municipal. Não se vislumbrou, no caso, qualquer inconstitucionalidade no sistema concebido normativamente, mas apenas a pretensão de aprimorar-se a legislação em vigor, de modo que não havia argumentos de princípio que justificassem a intervenção jurisdicional. Reconheceu-se, assim, que o pedido importava em invasão do Judiciário em seara que não lhe era própria, com sério comprometimento do princípio da separação de poderes (Proc. 2008.37.00.006353-9, Justiça Federal, 6ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão).

fomenta a produção de dados produtos no mercado nacional. Uma decisão judicial, nos termos da diretriz aqui acolhida, somente será legítima se, diante do caso concreto, puder sustentar-se em argumentos da primeira natureza mencionada.

Examinado o debate sob esta luz, pode-se concluir que o argumento da ausência de representatividade popular dos juízes se aplica bem à primeira hipótese – decisão baseada em argumentos de política – mas não à segunda – quando o ato judicial encontra-se sediado na tutela de princípios.

Com efeito, pensado o direito como política - como um compromisso de pessoas em busca do bem-estar geral, que passa exatamente pela delimitação dos mecanismos que serão preferencialmente utilizados a fim de se alcançarem aqueles objetivos -, não se pode fugir à conclusão de que as decisões devem estar submetidas a um processo político capaz de constituir-se no espelho fidedigno dos diferentes interesses que devem ser levados em conta no momento da definição das estratégias governamentais.

Mas, diante do caso que deve ser solucionado à vista de argumentos de princípio, o magistrado encontra-se em melhor posição para dar a devida definição da matéria, já que não está ele sujeito às pressões da maioria política, devendo basear sua decisão tão-somente na investigação da existência do direito vindicado, o qual não estará adstrito aos interesses e necessidades distribuídos pela comunidade como um todo.

Relevante, aqui, também recordamos a dicotomia elaborada por Klaus Günther, que distingue os discursos de justificação dos discursos de aplicação a partir da ideia de separação entre questões referentes à validade da norma (*dimensão da*

validade) e questões referentes ao seu âmbito de aplicação (*dimensão da adequabilidade*)¹⁷⁹.

Parte-se da premissa de que nenhuma norma é perfeita, no sentido de ser capaz de aprioristicamente regular suas condições de aplicação¹⁸⁰, de forma que, por ocasião da materialização da norma, há de se considerar os sinais característicos da hipótese concreta.

Num primeiro momento, cuida-se de verificar se determinada norma é válida, partindo-se da premissa de que se trata de norma construída num ambiente de decisão em que todos os possíveis destinatários do regramento possam a ele assentir na qualidade de participantes de discursos racionais, segundo a lógica habermasiana¹⁸¹. É dizer, a validade da norma estará condicionada ao fato de serem levados em consideração, nos debates que precedem a elaboração do regramento, os interesses de todos os envolvidos. É nessa seara que se fala em discurso de justificação, no qual cabe definir, a partir de uma ação comunicativa com a participação dos possíveis afetados, quais os interesses que devem ser protegidos na via estatal por ação do Poder Legislativo. Nesse âmbito, aliás, cabem argumentos pragmáticos, éticos, políticos e morais que possam influenciar a decisão tomada.

Num segundo momento, é possível falar-se no discurso de aplicação, no âmbito do qual cabe definir qual a norma adequada que deve ser aplicada a uma dada hipótese concreta – única e irrepetível - dentre as diversas normas válidas elaboradas a partir dos discursos de justificação.

¹⁷⁹ Sobre o tema, vide GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*, p. 11 e ss.

¹⁸⁰ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cardenos de filosofia alemã*. São Paulo, nº 6, 2000, p. 87.

¹⁸¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 67.

Aqui, cabe lembrar que, diante de um caso concreto, diversas normas apresentam-se como aplicáveis *a priori*. No momento da aplicação efetiva, porém, é preciso considerar todas as circunstâncias que individualizam o caso concreto, de modo a encontrar a fundamentação que melhor justifique a resposta apresentada. Assim, a validade de uma norma abstrata não significa sua aplicação generalizada, porque no plano da justificação e fundamentação as normas concorrem outras normas igualmente válidas. No campo da materialização da norma, pois, deve-se considerar todas as variáveis que, a partir de uma argumentação consistente, justifiquem determinada solução concreta.

O discurso de aplicação é proposto como forma de complementar a norma válida com considerações sobre os efeitos colaterais não antecipados ou desconsiderados no discurso de justificação, porque somente diante da singularidade do caso é que se pode, e ainda com reservas, determinar todos os possíveis efeitos de uma norma. Uma norma válida descreve os fatos a partir de condições iguais e previsíveis. Esta noção, no entanto, não garante sua aplicação sob quaisquer circunstâncias. Assim, a situação de aplicação, antecipada pela norma válida em condições normais, deve ser suplementada por uma completa descrição da situação que considere também as circunstâncias variáveis não antecipadas pela descrição normativa.

O discurso de aplicação parte da existência de normas válidas e aplicáveis *prima facie* que deverão ser adequadas a um determinado caso. Uma norma aplicável *prima facie* é aquela cuja aplicação não deve ser determinada, exclusivamente, pela identidade semântica entre os fatos hipoteticamente descritos na disposição normativa e aqueles utilizados na descrição do caso concreto e singular. É também necessário considerar os fatos não previstos¹⁸².

Não se trata, pois, de discutir no plano abstrato a validade de normas aparentemente conflitantes – o que deve ser feito no âmbito do discurso de justificação. Em verdade, o conflito entre normas *prima facie* aplicáveis é apenas aparente exatamente porque a incidência de uma norma válida em dado caso concreto dotado de singularidade afasta a aplicação de outras normas também válidas, não segundo uma lógica do que é “melhor” no caso – como é a pretensão da técnica de

¹⁸² MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 3, jan./jun. 2006, p. 245.

ponderação de valores -, mas segundo o que é normativamente devido¹⁸³ a partir de uma argumentação exauriente dos aspectos factuais relevantes para a decisão num caso concreto.

Essa perspectiva, de outro giro, afasta a noção de segurança jurídica presente no ideal positivista, que se centrava numa possível previsibilidade de resultados baseada na expectativa de comportamentos já definidos no ordenamento formal, para compreender-se, hoje, como uma garantia do direito de participação nos processos decisórios do Estado¹⁸⁴ e – por que não dizer – de soluções judiciais alcançadas por uma argumentação exaustiva que leve em consideração os diversos interesses em jogo.

Com efeito,

Se uma norma válida requer um complemento coerente com todas as outras normas que podem ser aplicadas *prima facie* à situação, então o significado da norma está se alterando em cada uma das situações. Desta maneira, dependemos da *história*, cada momento encaramos uma situação que não poderíamos prever e que nos força a alterar nossa interpretação de todas as normas que aceitamos como válidas¹⁸⁵.

Assim, voltando à concepção dworkiniana, é possível falar-se em várias dimensões da integridade do direito. Primeiro, a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político – como ocorre quando se utiliza, de forma banalizada, a denominada ponderação de interesses¹⁸⁶. Segundo, a

¹⁸³ *Ibidem*, p. 247.

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, p. 291.

¹⁸⁵ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, p. 97.

¹⁸⁶ Alexy, ao considerar os princípios como mandados de otimização, na ótica da Constituição como “ordem objetiva de valores”, não distingue princípios e políticas. Daí a possibilidade de inclusão de argumentos políticos no discurso judicial. Para isso contribui também a ideia do autor de que os princípios, como mandados de otimização, devem ser realizados da melhor maneira fática e juridicamente possível, com concessões mútuas no juízo de ponderação. Mais racional, portanto, a definição de Dworkin que separa argumentos de política e de princípio, como antes se viu. Isto porque não há, no plano concreto, colisão de princípios, sendo eles autoexcludentes quando da obtenção da resposta correta. Assim, impõe-se reconhecer a dimensão deontológica dos direitos, no sentido de que eles expressam

integridade possui uma perspectiva vertical: ao reconhecer um dado direito, o juiz deve mostrar a compatibilidade de sua afirmação com princípios incrustados em precedentes do Supremo Tribunal e na própria estrutura constitucional. Por último, há uma perspectiva horizontal: a adoção de um princípio em um caso obriga à mesma atribuição de importância em outros casos, mesmo em áreas do direito aparentemente distintas¹⁸⁷.

Desse modo, na medida em que as cláusulas abertas estipulam princípios morais que juristas e juízes devem aplicar exatamente como princípios morais, sua limitação interpretativa está no sentimento geral de coerência e integridade com as decisões judiciais e a tradição política do passado, mas nunca nas expectativas concretas – ou talvez fosse melhor dizer presumidas - dos seus autores¹⁸⁸.

Os juízes, nesse contexto, estão, como qualquer autoridade pública, sujeitos à responsabilidade política. Assim, devem tomar decisões apenas quando estas possam se justificar no âmbito de uma teoria que também justifique outras decisões que venham a tomar. Inadmissível, pois, as decisões que pareçam certas isoladamente, mas que não se coadunam com os princípios gerais que norteiam a prática judicial do prolator da decisão¹⁸⁹.

Por outro lado, impõe-se que o juiz tenha em mente que a estrutura constitucional somente deixa a seus cuidados certos direitos políticos básicos e estruturais. Assim, embora o juiz possa considerar que a igualdade assegurada

ordens imperativas e obrigações incondicionais extensivas a todos os cidadãos. Daí a crítica de Habermas à jurisprudência de valores do Tribunal Constitucional alemão, que veio a encontrar sofisticação teórica na obra de Robert Alexy, na medida em que os direitos devem ter uma pretensão de validade binária – válidos ou inválidos -, não sendo admissível sua satisfação gradual. Assim, a confusão de direitos com valores, decorrente do exame axiológico do fenômeno jurídico, reduz o caráter obrigatório desses direitos, submetendo-os a um juízo de ponderação fundado nas consequências fáticas de sua realização (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a factidade e a validade*, v. I, p. 314-323).

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 129.

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. Prefácio, p. XI. Essa, com efeito, é uma das pretensões do originalismo, que já tivemos oportunidade de abordar neste trabalho.

¹⁸⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 137.

constitucionalmente deva importar em fornecimento de recursos que facilitem a vida dos deficientes, como a garantia de lazer etc., não é possível daí se extraírem direitos subjetivos sem considerar os diversos aspectos de cada caso particularizado e os direitos materializados no texto constitucional, sob pena de enveredarmos para o campo das convicções pessoais.

Não há margem, portanto, para a discricionariedade judicial¹⁹⁰, que conduziria o magistrado – aqui sim – a atuar como legislador, ferindo a separação de poderes e a autonomia pública, uma vez que a criação de regras casuísticas usurpa a função legislativa do próprio cidadão, a ser exercida direta ou indiretamente por seus representantes eleitos.

Daí a afirmação de Oscar Vilhena Vieira no sentido de que, ao trazer os princípios para o sistema jurídico, Dworkin demonstra que não há a liberdade para o magistrado tão temida pelos positivistas, já que estão eles limitados pelos próprios elementos estruturantes do sistema jurídico, que não se confundem com seus próprios valores¹⁹¹.

Do mesmo modo, afasta-se a ideia de que os juízes poderiam usar estratégias de interpretação politicamente neutras. Com efeito, implicitamente a este discurso está a possibilidade de que os juízes ocultem até de si próprios a inevitável

¹⁹⁰ Dworkin diferencia a discricionariedade judicial em sentidos forte e fraco do termo. Na primeira hipótese, refere-se à possibilidade de que os juízes não estejam vinculados a padrões de nenhuma autoridade para decidir casos difíceis, possuindo a liberdade de escolha a partir de critérios políticos, morais etc. Na segunda hipótese, refere-se à capacidade do sujeito de interpretar o direito segundo suas próprias convicções. Embora o autor rechace a primeira situação, já que não há uma discricionariedade nesse sentido à vista da completude do sistema jurídico, compreendido como um conjunto de regras e princípios, a segunda abrange tão-somente a noção de que o ato de decidir depende do próprio discernimento daquele que julga, definição que é inerente a essa atividade intelectual. Assim, nessa última concepção a discricionariedade nada mais é do que a capacidade de julgar, já que a aplicação dos padrões estabelecidos nem sempre se dá mecanicamente, especialmente quando o contexto não é por si só esclarecedor (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 51-55.)

¹⁹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, p. 198.

influência de suas convicções. Na perspectiva da leitura moral da Constituição, ao contrário, exige-se que os juízes exponham seus juízos de moralidade política e estimula-se a efetiva demonstração dessas bases decisórias, na esperança que as decisões sejam construídas a partir de argumentos sinceros, fundamentados em princípios, permitindo-se à comunidade política participar de modo mais eficaz do debate¹⁹².

Nesse sentido, uma teoria interpretativa que venha a ser utilizada como forma de negar direitos que estão definitivamente arraigados a nossa cultura, como a necessidade de reconhecimento das uniões homoafetivas¹⁹³, a partir de uma interpretação presa à literalidade do texto¹⁹⁴ – se a Constituição não previu expressamente é porque assim não desejou – não atende aos reclamos da sociedade moderna, colidindo frontalmente com a busca da equidade e a noção de um sistema coerente de princípios que deve nortear a hermenêutica.

Aqui é importante ressaltar, como mencionado alhures, que eventual postura de deferência excessiva do STF para com o Legislativo importará em manifesta incompatibilidade com a tendência ativista que aquela Corte vem demonstrando nos

¹⁹² Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 57.

¹⁹³ Durante a elaboração deste trabalho, mais precisamente em 23 de fevereiro de 2011, o Superior Tribunal de Justiça interrompeu o julgamento de recurso relativo à possibilidade de reconhecimento de união estável entre um casal homossexual. A relatora, Ministra Nancy Andrighi, já havia votado a favor da tese, sendo seguida por outros três ministros. Segundo a relatora, “*a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade da pessoa humana*”. Ademais, “*a negação aos casais homossexuais dos efeitos inerentes ao reconhecimento da união estável impossibilita a realização de dois dos objetivos fundamentais de nossa ordem jurídica, que é a erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. Houve também dois votos contrários. O julgamento fora suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Raul Araújo. Há, portanto, pelo menos o prenúncio de uma decisão fundada em princípios capaz de prestigiar a coerência do sistema jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 fev. 2011.

¹⁹⁴ Nesse sentido parece caminhar a doutrina de Lênio Streck, em que pese o autor se considere um substancialista, que propugna pela necessidade de edição de uma emenda constitucional com vistas ao reconhecimento do referido direito. Vide, para tanto, STRECK, Lênio. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

últimos anos, inclusive em hipóteses que não se justificam do ponto de vista da democracia, porque não se baseiam na simples tutela de direitos e princípios¹⁹⁵.

Registre-se, também, que o argumento segundo o qual o direito ao aborto não fora previsto na Constituição e nas leis pelos criadores da norma, bem como que legitimar-se essa pretensão fora das hipóteses positivamente previstas seria inventar direitos não previstos, deve passar pelo seguinte filtro interpretativo: o legislador intencionou prever esse direito? A resposta a essa pergunta depende do que se compreende por “intencionar”. Nesse caso, a resposta pode ser positiva se ultrapassarmos os fatos meramente linguísticos e históricos para chegarmos a uma outra indagação: que tipo de Constituição nosso país deveria ter?¹⁹⁶

Nesse contexto, a Constituição – e o que ela constitui, no dizer de Menelick de Carvalho Netto¹⁹⁷ - pode ser interpretada de várias maneiras. Primeiro, é possível imaginar-se a Constituição como ordens abstratas dirigidas ao governo para que respeite os princípios mais fundamentais de liberdade e igual consideração e respeito por todos os cidadãos. Assim, é possível vislumbrar-se uma Constituição de *princípios* de grande alcance geral, que devem ser desvendados pelos estadistas e juízes à vista dos mais variados casos concretos e a partir da melhor e mais exata compreensão da liberdade e da igualdade. Ou, por outro lado, é possível conceber-se a Constituição como se apenas

¹⁹⁵ Exemplificativamente, no julgamento da ADIn 3510/DF, referente ao uso em pesquisas de células-tronco, diversos votos proferidos naquela instância foram no sentido de acrescer condições relativas à possibilidade de utilização dos embriões. Tais adições justificam-se-iam como forma de aprimorar a lei, tornando-a compatível com o sistema constitucional. Por seu turno, no RE 91.707/MG o STF, mesmo sem um parâmetro constitucional objetivo, procedeu à alteração de percentual de multa tributária (de 100 para 30%) em face de seu caráter confiscatório. Desses casos tratei em RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 3, 2009/2010. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/255/211>>. Acesso em: 24 fev. 2011.

¹⁹⁶ O argumento está em analogia com a posição de Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 165).

¹⁹⁷ Assertiva largamente utilizada nas saudosas aulas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

exprimissem as expectativas muito específicas e concretas dos estadistas que participaram de sua elaboração, ou melhor dizendo, uma Constituição de *detalhes* – um conjunto de pontos de vistas históricos e independentes sem unidade ou coerência geral¹⁹⁸.

A primeira visão do texto constitucional é atraente. Traz consigo, porém, o símbolo da incerteza e da insegurança, já que suas sutis abstrações, quando examinadas sob a perspectiva de fatos concretos, gerarão sempre respostas controversas a partir do ponto de vista de cada um dos intérpretes e dos destinatários da norma. Essa visão, na verdade, atribui aos juízes o grande poder de decidir difíceis questões de moralidade política que os filósofos, políticos e cidadãos, depois de séculos de disputas, ainda não conseguiram resolver.

Parece mais cômodo, assim – e mais democrático, para alguns, do que deixar que juízes não eleitos imponham suas convicções sobre filosofia política -, pensar na Constituição como aquilo que seus elaboradores imaginaram quando de sua redação. Questões como o aborto, nesse contexto, seriam simplesmente resolvidas ao se responder à pergunta se os “pais fundadores” desejaram prever esse direito dentro do contexto histórico em que viviam. Mas essa posição, por outro lado, a par de oferecer uma visão bem menos nobre da Constituição, conduz ao risco da perda de legitimidade do texto constitucional, na medida em que é possível questionar-se por que somos obrigados a observar o que pessoas muito diferentes de nós pensaram em outro momento do mundo¹⁹⁹.

Ademais, conceitos como “liberdade” e “igualdade” não podem estar remetidos apenas ao contexto em que promulgada a cláusula, mas devem se referir ao que realmente é fundamental. Os juízes, assim, não devem fugir à responsabilidade de

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 166-167.

¹⁹⁹ Cf. Dworkin, Ronald. *Domínio da vida*, p. 170-171.

emitir opinião sobre o tema, ainda que se trate de questões controversas sobre as quais ainda não se vislumbra qualquer perspectiva de consenso.

Mas as resistências à Constituição de princípios derivam mais das insatisfações de determinadas classes com o resultado da interpretação do que em razão de argumentos juridicamente válidos sobre o poder que ela atribui aos juízes. Como ressalta Dworkin, uma Constituição colocada em prática pelos juízes independentes não é antidemocrática, na medida em que uma das precondições da democracia legítima encontra-se na imposição de que os governos tratem seus cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais. Sem isso não é possível falar-se em verdadeira democracia. O grande anseio da sociedade moderna mundial, assim, parece ser não o de reger-se por homens e mulheres, mas sobretudo por um governo guiado por princípios²⁰⁰.

Nesse contexto, a segurança que a Constituição de detalhes traria nada mais é do que uma falsa segurança, já que nada mais sugere do que a ilusão de um controle absoluto sobre as decisões judiciais. É óbvio que deve haver controle sobre as ações dos juízes. Mas esse controle se encontra muito mais na exigência de justificativa das decisões adotadas a partir de argumentos de princípio e integridade, expondo essas decisões à crítica da opinião pública, do que buscar-se a solução numa concepção estreita do texto constitucional²⁰¹.

A Constituição, pois, exige que os juízes deem o melhor de si para, ao longo do tempo e da história, reinterpretar o conteúdo da liberdade e da igualdade, impondo-se o abandono de restrições semânticas e buscando o limite da atividade interpretativa no

²⁰⁰ DWORKIN, *Domínio da vida*, p. 172.

²⁰¹ Cf. *Ibidem*, p. 173.

único lugar cabível: a própria argumentação²⁰². Deve-se aceitar o fato de que os juristas, mesmo quando atuam de boa-fé, irão discordar profundamente acerca das exigências da igualdade e liberdade e de quais direitos são consectários lógicos daqueles princípios. O erro das más decisões, portanto – das quais não podemos nos livrar diante da própria abertura constitucional e da falibilidade humana –, está nas argumentações e convicções equivocadas, de modo que o único mecanismo de controle adequado do poder judicial está no debate nas mais variadas instâncias em torno dessas decisões. Elas – as más decisões –, por si mesmas, são inevitáveis, não havendo fórmulas mecânicas que impeçam sua ocorrência. Desse modo seremos capazes de estar em um contínuo processo de aprendizado, buscando a tão desejada maturidade constitucional.

A Constituição, conclusivamente, deve ser vista como um sistema de princípios abrangente, que ordena tanto a igualdade de consideração quanto as liberdades básicas, que irão constituir-se nos pilares da afirmação dos direitos individuais. A garantia desses direitos, em toda a extensão que se apresentar necessária, já está contida na própria Constituição, salvo algum aspecto que tenha sido rejeitado de forma decisiva pela própria história constitucional²⁰³. E caberá aos juízes, em nossa democracia, declarar quais são as exigências concretas para o asseguramento efetivo da liberdade e da igualdade de consideração, embora isso implique em atribuir a eles um grande poder de responder a perguntas controversas e profundas sobre moralidade política que muitas vezes não encontram solução na própria filosofia ou mesmo na política.

Os riscos, portanto, são evidentes. Mas a busca por uma sensação de segurança jurídica aparente não nos autoriza a ver a questão de outra forma. Na verdade,

²⁰² DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, p. 202.

²⁰³ No mesmo sentido, DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 117.

a busca pela verdade não exclui a contradição e o dissenso, que são inerentes ao sistema da ciência. Os questionamentos estão exatamente a serviço da busca cooperativa dessa verdade, já que todo saber é precário. A correção pressupõe apenas aceitação racional a partir de bons argumentos, isto é, o resultado produzido a partir de condições adequadas de comunicação e debate²⁰⁴.

O controle desse poder atribuído as juízes – liberais e conservadores, diga-se de passagem - somente cabe à própria história. Mas daí não é possível dizer-se, como querem alguns, que os juízes que insistem em ver a Constituição como uma carta de princípios abstratos são, em verdade, seus usurpadores, que buscam decidir a partir do “direito natural”. A usurpação estaria realmente em apegar-se nela, caso considerássemos que ela se limita a uma lista antiquada de direitos que foram concebidos noutro momento da própria história, que, como vimos, haverá de certificar o acerto ou o erro das decisões judiciais.

Por outro lado, afirma-se, como expõe Dworkin, que a decodificação dos textos abstratos presentes na Constituição passa pela indagação acerca das pretensões daqueles que redigiram ou votaram a favor de dada cláusula constitucional. Insiste-se, aqui, numa distinção que se revelará inócua entre direitos enumerados e direitos não enumerados²⁰⁵, posto constituir-se em mero esquema semântico mal compreendido²⁰⁶. A distinção baseia-se no critério da expressa catalogação dos direitos individuais pelo legislador constituinte, gerando o questionamento relativo à possibilidade dos juízes

²⁰⁴ Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. Apêndice a facticidade e validação: réplica às comunicações em um simpósio da Cardozo Law School. In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 299-384.

²⁰⁵ Sobre a irrelevância da distinção, vide DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: Whether and How Roe Should be Overruled. In: *University of Chicago Law Review*, Chicago, n. 59, 1992.

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 122.

reconhecerem a existência de outros direitos que não aqueles expressamente mencionados no texto constitucional.

Para os que defendem que a interpretação deve limitar-se ao exame dos denominados direitos enumerados, permitir-se aos juízes que atuem fora dos “quatro cantos” da Constituição significaria inviabilizar qualquer possibilidade de controle dos atos judiciais. Nesse contexto, ao discutir o pretense direito a uniões homoafetivas nos Estados Unidos, Justice White asseverou expressamente que tal hipótese importaria em inventarem-se direitos, já que essa ideia tinha “pouca ou nenhuma raiz identificável na linguagem ou desenho da Constituição” (*Bowers vs. Hardwick*, 1986)²⁰⁷.

A distinção parece relevante quando se trata de interpretar regras casuísticas, onde cabe indagar, a partir de um pressuposto semântico, por exemplo, se uma determinada lei ou regulamento abrangeu hipóteses que ali não foram expressamente previstas²⁰⁸.

Todavia, em matéria de direitos constitucionais consubstanciados através de princípios amplos e abstratos de moral política, como é próprio das cartas de direitos modernas, essa distinção não se justifica, posto que a correta interpretação destes princípios depende mais da percepção moral do intérprete do que de fatos linguísticos²⁰⁹. Realmente, essas declarações de direitos abarcam, sob uma forma extremamente abstrata, todas as dimensões da moralidade política que singularizam nossa cultura jurídica e política ao longo dos tempos e que são capazes de justificar os direitos individuais, de modo que, em sua aplicação, o que está em jogo não é uma

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 181.

²⁰⁸ Imaginemos que uma lei, por exemplo, proíba o consumo de uma lista específica de substâncias psicotrópicas. No caso, haveria razão para indagar-se se a proibição abarca outras substâncias que, a par de causarem os mesmos efeitos alucinógenos, por assim dizer, não foram expressamente enumeradas pelo legislador. Em sentido análogo, DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 123-124.

²⁰⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 181.

referência textual, mas uma compreensão adequada, do ponto de vista histórico e cultural, desses catálogos de direitos²¹⁰.

Não se pode confundir, assim, leitura do texto com sua interpretação:

Quando juristas falam e escrevem sobre ‘a’ constituição, referem-se ao texto da constituição; quando falam ‘da’ lei, referem-se ao seu teor literal. Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos de uma não-identidade de texto da norma e norma. Entre dois aspectos principais o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ‘ponta do iceberg’. Por um lado, o teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o *âmbito da norma* normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Por outro lado a *normatividade*, pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência. (...) Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fáctica – sempre conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares de concretização²¹¹.

Assim, apesar de toda a construção teórica que objetiva reduzir o papel dos juízes na democracia sob o pálio de uma suposta necessidade de segurança jurídica e proteção da separação de poderes, é forçoso reconhecer que não há como fugirmos da controvérsia na interpretação da Constituição e na definição do que ela realmente diz. Acaso podemos evitar as controvérsias que giram em torno da extensão da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa? Das controvérsias acerca do que exatamente significa o princípio da não discriminação? Das dúvidas que suscita a ideia de liberdade de crença? É possível, assim, termos uma visão simplista da Constituição, quando seu

²¹⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 124.

²¹¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*, p. 38-39.

destinatário é uma sociedade complexa e em constante evolução? Haveria como salvar-nos de nós mesmos?²¹²

Ao intérprete, portanto, cabe buscar a coerência interna do sistema. Isto é, a decisão judicial deve sempre refletir os principais princípios e direitos tutelados na Constituição, notadamente a liberdade e a igualdade. A interpretação seguirá, assim, um trabalho de reconstrução da realidade, ao que se adicionarão as tradições culturais e os vínculos mentais que o juiz estabelece entre o caso, a norma e o mundo que o envolve. Não há, portanto, como abstrair-se essas condicionantes a partir de um pensamento formalista que privilegie o procedimento, já que o resultado da jurisdição será, sempre, um impacto sobre o mundo fenomênico. Qual na literatura, caberá ao juiz reconstruir o texto à luz de uma interpretação consentânea com a trama, tendo como norte o conteúdo moral transmitido a partir da Constituição, qual seja, o tratamento igual entre os cidadãos.²¹³ A legitimidade da decisão decorrerá exatamente de sua coerência, que, acaso existente, conduzirá à consistência dos argumentos invocados.

Trata-se, portanto, de uma incessante busca pelo necessário equilíbrio entre a igualdade e a liberdade. Como ressalta Dworkin, a melhor forma de democracia é aquela que tem mais probabilidade de produzir as decisões substantivas que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração.²¹⁴ Esse princípio, denominado de igual relevância, bem como o princípio da responsabilidade especial, constituem a base do “individualismo ético.”²¹⁵

²¹² Parafrazeando aqui, uma vez mais, o Prof. Menelick de Carvalho Netto.

²¹³ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 581.

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*, p. 255.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 15. Segundo o princípio da responsabilidade especial, a pessoa deve ser responsável por suas próprias escolhas, não endossando o princípio nenhum valor ético, uma vez que valoriza apenas o fato de que as opções humanas não devem ser impostas por terceiro a partir de padrões abstratos concebidos comunitariamente.

Por outro lado, importa perceber-se que não há um real conflito entre estes dois núcleos essenciais do constitucionalismo moderno – igualdade e liberdade²¹⁶ -, mas uma necessidade de identificação do valor que deve ser defendido no caso concreto. Como visto alhures, não se trata, por certo, de “ponderar” interesses, recurso muito utilizado na jurisprudência pátria, mas que se revela incapaz de, racionalmente, dar resposta à complexidade das demandas sociais exatamente por relativizar direitos²¹⁷, trazendo consigo o risco de substituir juízos deontológicos por juízos axiológicos, não raras vezes marcados por sentimentos pessoais.

Assim, a intervenção jurisdicional está autorizada sempre que estejamos diante de leis e atos do Poder Público que, mediante tratamento discriminatório, violem a igualdade assegurada constitucionalmente. Nesses casos, deve prevalecer a igualdade sobre a liberdade, uma vez que aquela se encontra situada num espaço público que exige a materialização das opções coletivas. É que não se pode falar em liberdade individual quando se trata de deliberar acerca de questões que atingem a coletividade.

Ao contrário, no âmbito de questões que envolvam a necessidade de prestígio à liberdade individual, identificada como um conteúdo moral reservado e, por

²¹⁶ Sobre o tema, vide DWORKIN, Ronald. What is Equality? Part 3: The Place of Liberty. *Iowa Law Review*, vol. 73, p. 1-54, 1987, p. 1-54.

²¹⁷ “A tentação a uma valoração e ponderação subjetivamente irracionais de ‘valores’, paralela ao uso do conceito de ‘valor’ – juridicamente dispensável, com ônus negativo herdado da história da filosofia, e de resto carente de nitidez – revela-se claramente quando o tribunal denomina em seguida a ‘ordem valorativa’ dos direitos fundamentais como ‘ordem hierárquica de valores’, em meio à qual se deveria efetuar uma ponderação.(...) Tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfactíveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com a ajuda de pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuem no fundo uma reserva de juízo em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas.” (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*, p. 17-18).

isso mesmo, individual, a autodeterminação da pessoa humana deve prevalecer. Isso ocorre, em verdade, sempre que a restrição à liberdade individual não se encontra amparada em interesse coletivo relevante. É o caso, por exemplo, das uniões homoafetivas aqui já mencionadas. Subjacente a essa discussão não há, por certo, qualquer interesse legítimo sob a perspectiva coletiva que justifique uma restrição estatal, já que tradições culturais, religiosas etc., ainda que prevaletes em um dado corpo social, não podem aniquilar a liberdade legítima do indivíduo, na medida em que não há substrato jurídico para a prevalência dos interesses de um grupo pelo simples fato de constituir-se em uma maioria histórica, como já ressaltado antes.

Assim, se os interesses, valores e crenças dos grupos majoritários pudessem prevalecer sobre a liberdade individual em qualquer circunstância, sem necessidade de submeter-se esse desejo da maioria ao exame da legitimidade da justificativa para a imposição às minorias de seus anseios, seria perfeitamente possível imaginar-se que, caso a maioria começasse a pensar que a manutenção da gravidez em casos de deformação fetal ofende a santidade da vida, o Estado estaria legitimado a exigir das mulheres o aborto, mesmo que isso contrariasse as convicções de ordem pessoal dessas mulheres²¹⁸.

Portanto, estabelecidas essas premissas, para responder-se à indagação se existe ou não um direito ao aborto nos casos de fetos anencefálicos cabe identificar qual o interesse deve ser protegido, especialmente se há um direito à vida do feto ou se há uma liberdade de escolha da mulher gestante.

4. A IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA: QUAL O DIREITO A SER TUTELADO?

²¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 222.

O tema do aborto, eutanásia e outros que tangenciam a discussão relativa ao direito à vida ganha ares de maior complexidade quando se observa a superação de uma era religiosa presente até o início do século XVIII. É que, sob a perspectiva religiosa, a condução da vida ou da formação desta é algo a ser resolvido de forma naturalística, sem intervenção humana, segundo os desígnios divinos. Nesse prisma, o aborto em razão de anencefalia seria uma questão de fácil deslinde, já que caberia à natureza escolher o desfecho a partir da evolução da gravidez. Com o advento da visão do Estado sob uma feição laica, porém, somos chamados a enfrentar questões de grande envergadura a partir de uma dicotomia entre questões religiosas, a cargo das convicções individuais, e questões seculares, que devem ser decididas no terreno da política e do Direito²¹⁹. O tema sob exame, assim, torna-se complexo na medida em que cabe ao Estado tutelar outros interesses com a mesma envergadura do direito à vida, como é a dignidade da pessoa humana, especialmente, no caso, a integridade física e psíquica da mulher.

O processo de modernização da sociedade, nesse contexto, implicou uma especialização dos juízos de racionalidade à luz da secularização dos problemas sociais, passando-se a exigir uma fundamentação mais sofisticada nas decisões adotadas, especialmente a partir da assunção da linguagem como meio de construção e evolução sociais²²⁰.

No tocante à questão do aborto de fetos anencefálicos, poder-se-ia indagar, em um primeiro plano, se a pretensão deduzida na inicial deve encontrar solução sob a técnica de interpretação conforme ou declaração parcial de nulidade sem redução de

²¹⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. VIII.

²²⁰ Em sentido semelhante, CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade*, p. 03.

texto, uma preocupação que se extrai dos votos iniciais prolatados na ADPF 54 e que, por pertinente, deve ser enfrentada neste momento.

Segundo a doutrina tradicional, na primeira, ao pretender-se dar um significado ao texto normativo compatível com a Constituição, a decisão se localizaria no âmbito da *interpretação* da lei. Não haveria aqui, portanto, a extensão da norma examinada para situações que foram *intencionalmente* excluídas do raio de ação do texto normativo, como ocorre nas decisões com efeitos aditivos. Na declaração de nulidade parcial sem redução de texto, por sua vez, o conteúdo decisório se situaria no âmbito da *aplicação* da lei, pretendendo excluir de sua esfera de incidência algumas situações ou pessoas.

Poder-se-ia dizer, em outra diretriz, que a solução deve ser encontrada adotando-se o modelo de sentenças aditivas. Nestas há uma censura ao silêncio inconstitucional do legislador, com a junção de uma norma obtida mediante construção jurisprudencial²²¹, exprimindo, portanto, “*poderes tendencialmente normativos*”.²²² Reconhece-se, pois, a inconstitucionalidade da norma, nos termos originariamente veiculados, juntando-se, porém, um *quid* normativo extraído do ordenamento que permite à norma sobreviver a partir de sua reconstrução em termos constitucionalmente válidos. A inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição, o que justificaria o acréscimo feito pelo órgão jurisdicional²²³.

Assim, enquanto a inconstitucionalidade parcial reduziria o âmbito subjetivo ou objetivo da norma impugnada, mediante a inserção de cláusula restritiva, a sentença

²²¹ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*, p. 110.

²²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1017.

²²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Tomo VI. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 88.

aditiva trilharia exatamente o caminho oposto, ampliando o âmbito de aplicação do preceito, incluindo sujeitos ou situações.

O fato, porém, é que do ponto de vista prático tais distinções não se tem afigurado de maior relevo. Em verdade, tais classificações foram concebidas ainda no início da segunda metade do século XX e resultaram de um apego semântico ao texto normativo e do formalismo característico de uma concepção positivista de formação do Direito – sempre preocupada com modelos aprioristicamente concebidos. Essa perspectiva, entretanto, não parece fazer muito sentido a partir da virada hermenêutica, quando se passa ao reconhecimento de que vivemos em uma comunidade de princípios, cuja interpretação pode conduzir a algum afastamento do texto nas mais variadas formas²²⁴, sempre em razão da necessidade de reconstruir-se o Direito à luz dos fatos sociais a ele subjacentes.

É dizer: não se trata de sustentar-se a decisão em verdadeiros eufemismos, a partir de “técnicas de decisão” que buscam suavizar o choque de uma nova concepção da interpretação constitucional perante um modelo positivista, especialmente o papel do intérprete em uma comunidade de princípios, sob o argumento de que não se está a inovar no ordenamento, mas apenas a descobrir sentidos “ocultos” no texto. Antes de tudo, para alcançar-se a coerência e harmonia do sistema o intérprete está autorizado a ir efetivamente além do texto, sem máscaras ou roupagens semânticas, desde que – e este

²²⁴ Pode-se dizer, aliás, que a mitigação do binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade, que deu ensejo à concepção das denominadas sentenças intermediárias de inconstitucionalidade, tem como um dos fatores de sua gênese o protagonismo que se passou a atribuir ao Judiciário a partir da passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. Como visto na introdução ao presente trabalho, essa mudança de paradigma, associada ao descumprimento contínuo das promessas estabelecidas nas constituições modernas, criou um fenômeno de centralização da solução dos problemas sociais no Judiciário. Pragmaticamente, modelos de sentença que atribuissem maior liberdade ao julgador no processo de interferência nas políticas públicas estatais passou a ser medida bastante conveniente, o que não quer dizer que sua utilização acrítica se compatibilize com o Estado Democrático de Direito.

é um ponto essencial - o resultado encontrado esteja fundado nos princípios vigentes na comunidade política.

Portanto, muito embora a própria petição inicial busque a tutela jurisdicional sob a ótica da denominada “interpretação conforme à Constituição”, muito mais importante do que classificar-se possíveis técnicas de decisão - a partir de critérios formais cuja preocupação essencial é a possibilidade ou não de extrapolamento do texto normativo - é o exame das características dos argumentos capazes de dar legitimidade a determinada diretriz judicial.

Ultrapassada a possibilidade de exame da matéria sob essa ótica, outro ponto que parece importante registrar, numa perspectiva inicial, é que a discussão na ADPF 54 é completamente diferente do debate realizado em *Roe vs. Wade*.

No caso analisado no âmbito da Suprema Corte americana a temática envolvia a proteção da privacidade da mulher, especialmente se essa tutela abrangia um direito de escolha à maternidade a partir de parâmetros relacionados ao período de gestação do feto. A pergunta a ser feita ali era se a mulher tinha a liberdade ou não de ser mãe, cuja decisão deveria ser tomada num período em que se podia considerar que, ante a ausência de uma rede neural desenvolvida, o feto não podia ainda ser considerado viável (até três meses de gestação). É dizer: tratava-se ali de reconhecer um princípio de autonomia procriadora e, portanto, o direito das mulheres de decidir, por si mesmas, não apenas se vão conceber uma criança, mas também tê-la²²⁵.

Para Dworkin, as resistências ao aborto levantadas em *Roe v. Wade* podem ser examinadas sob o prisma de dois tipos de objeções. Em primeiro lugar, sob o ângulo

²²⁵ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 222.

de uma objeção *derivativa*, segundo a qual os fetos são criaturas que possuem interesses próprios desde sua concepção, de modo que o aborto seria errado na medida em que viola o direito de alguém de não ser morto (argumentação presente no voto do Min. César Peluso na ADPF 54). Em segundo lugar, à luz de uma objeção *independente*, o equívoco do aborto estaria no fato de que cabe ao Estado assegurar o valor intrínseco, o caráter sagrado da vida, o que surge com o simples advento do ser sob a perspectiva biológica, independentemente da existência de interesses e direitos²²⁶.

No tocante à primeira objeção, embora haja divergências científicas quanto ao marco inicial da vida biológica, parece inegável que um embrião humano é um organismo vivo após sua implantação no útero. Desses fatos não se segue, todavia, que um feto tenha interesses ou direitos próprios que devam ser tutelados pelo Estado²²⁷. Realmente, se o feto fosse considerado um ser titular de direitos, ajustando-se à definição de pessoa segundo a legislação em vigor, não haveria razão para que o ordenamento permitisse o aborto em casos de crimes sexuais ou quando em risco a vida da mãe. Nesses casos, estariam em confronto os interesses de dois sujeitos de direitos em igualdade de condições – o feto, de um lado, e a mãe, de outro.

A argumentação em favor desta tese, na verdade, trata-se de questão muito mais moral do que biológica²²⁸. Afinal, qual a decisão mais correta quando se trata de tutelar o valor da vida? A que protege a integridade moral e psicológica da mãe diante de uma vida improvável ou a que defende o nascimento independente dos resultados naturalísticos posteriores, já que não caberia ao homem interferir nesse processo? A

²²⁶ *Ibidem*, p. 12-13.

²²⁷ Veja-se que a legislação brasileira resguarda os direitos do nascituro desde a concepção. Mas, nesse caso, trata-se apenas de resguardar expectativas de direitos, que somente se materializarão a partir do nascimento com vida.

²²⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 29.

resposta a essas perguntas é complexa, e, no campo moral, varia conforme a história, a experiência, a formação religiosa e filosófica de cada um.

Assim, Dworkin ressalta que se pudermos entender a controvérsia sobre o aborto nessa perspectiva entenderemos melhor nossas divergências. Aliás, estaremos em melhores condições de enfatizar os pontos em que concordamos e de perceber de que modo nossas divisões, por mais profundas que sejam, estão arraigadas em uma unidade de convicção humanitária. O que compartilhamos, nesse contexto, é mais fundamental do que nossas divergências²²⁹.

Sob a última perspectiva, acreditamos que há certa identidade entre a discussão travada na Suprema Corte Americana e na ADPF 54, já que os argumentos aduzidos contra o aborto em ambos os casos estão impregnados de influxos religiosos e morais, como visto alhures, baseados exatamente no valor sagrado da vida, ainda que eventualmente esta argumentação esteja camuflada pela roupagem do argumento da existência de interesses e direitos desde a fixação da vida biológica.

Curioso notar, ademais, que o debate entre nós parece ter um viés muito mais positivista que nos Estados Unidos. É que ali, até mesmo pela tradição da *common law* ou sistema de precedentes, a discussão passa inclusive pelas hipóteses em que o aborto deve efetivamente ser assegurado – *e.g.*, quando houver risco de vida para a mãe e em casos de estupro -, enquanto que, entre nós, a discussão centra-se na possibilidade de extensão da previsão legislativa para os casos de fetos anencefálicos, revelando, portanto, um maior apego semântico ao texto.

²²⁹*Ibidem*, p. 99.

Essa temática, assim, irá relacionar-se também com a discussão acerca da liberdade religiosa, especialmente porque referida liberdade também abrange as mulheres²³⁰. Se compreendidas as objeções ao aborto como uma tendência religiosa, obviamente que teremos de aceitar sua legitimidade como decorrência da liberdade de convicção da mulher gestante.

Com efeito, a verdade é que a grande maioria dos que defendem a impossibilidade do aborto não se baseiam numa crença real de que o feto possui direitos e interesses próprios. A sua defesa parte, realmente, de uma crença do valor da vida como algo sagrado²³¹, ideia que pode ser considerada inclusive como imanente ao constitucionalismo moderno, por iniciativa de filósofos como John Locke, que, no século XVII, exerceu grande influência sobre os elaboradores da Constituição norte-americana²³².

Contra estes argumentos o Direito não tem como exercer uma força convincente, já que se trata de concepções inatas, decorrentes da formação moral e religiosa dos adeptos desta corrente. Mas o papel do Direito é o de tutelar posições jurídicas, não morais ou religiosas, não podendo os juízes, numa comunidade regida por princípios, adotar estratégias políticas que se voltem à satisfação cega dos interesses daqueles que se pretendem maioria. E ao Estado não compete prescrever o que as pessoas deveriam pensar sobre o significado e o valor último da vida humana, sobre por que a vida tem importância intrínseca e sobre como esse valor é respeitado ou desonrado em diferentes circunstâncias²³³. No direito norte-americano essa ideia estaria calcada nas restrições impostas pela Primeira Emenda no campo da liberdade

²³⁰ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 35.

²³¹ *Ibidem*, p. 15.

²³² *Ibidem*, p. 275.

²³³ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 230.

religiosa²³⁴ e, entre nós, no art. 5º da Constituição brasileira, especialmente seu incisos VI e VIII²³⁵.

Essa perspectiva, aliás, impede que, do ponto de vista jurídico, o debate possa partir da análise de questões como o início da vida, uma vez que, ausente consenso científico em torno do tema, a visão individual sobre a matéria obviamente parte de convicções morais e/ou religiosas. E não cabe ao Estado, mesmo na figura dos juízes, impor uma compreensão sobre temática tão polêmica, na medida em que essa possibilidade importaria exatamente em restringir a liberdade ao impor uma postura essencialmente religiosa em detrimento de outras²³⁶.

De todo modo, importa reconhecer que a centralização do debate acerca do aborto na questão atinente ao feto ser ou não uma pessoa com direito à vida reforça a necessidade de proteção da liberdade individual. Com efeito, não cabe ao Estado impor uma interpretação oficial do que seja a vida. Se assim ocorresse, o Estado, como já dito antes, poderia obrigar as mulheres a proceder ao aborto de fetos com má formação, se esse fosse o desejo de uma dada maioria, o que parece intolerável no âmbito de uma democracia. Da mesma forma, há igual violência à dignidade da mulher quando se

²³⁴ "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances." Em livre tradução: O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.

²³⁵ "VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...) VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;"

²³⁶ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 231. Com essa assertiva não se quer dizer que, por presunção, não possa o Estado definir o início ou o fim da vida, para questões como, por exemplo, regime de herança. Essa definição, todavia, estará sempre sujeita ao crivo de constitucionalidade, no sentido de se verificar se a determinação legislativa ofende algum direito fundamental. Em sentido semelhante, DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 145.

impõe a escolha inversa, baseando-se tão-somente numa possível aprovação da maioria²³⁷.

No que diz respeito mais especificamente à ADPF 54, veja-se que a pretensão relativa à interrupção da gravidez em casos de fetos anencefálicos parte de um direito de escolha oriundo da liberdade de autodeterminação do indivíduo, a partir de uma decisão moral individual que não pode ser espezinhada por supostos padrões morais coletivos não relacionados a nenhuma finalidade pública.

Nesse contexto, polarizar-se a questão em torno do debate se o feto, desde a concepção, é ou não sujeito de direitos ou expectativas impede a elaboração de argumentos capazes de convencer qualquer uma das visões que se antagonizam em torno do tema – os grupos favoráveis ao aborto ou os grupos “pró-vida” -, na medida em que ambos possuem convicções próprias e inatas sobre a matéria. Na verdade, é preciso aqui desvendar qual o direito deve ser realmente tutelado: se o de escolha da mulher em virtude da pressão psicológica que uma gravidez dessa natureza pode lhe impor ou a expectativa de nascimento de um feto fadado ao óbito segundo os critérios médicos. É dizer: num sistema coerente de princípios, qual pretensão deve o Direito resguardar?

A seu turno, a liberdade que se fala aqui não é aquela compreendida em seu sentido absoluto. Em verdade, a pretensão refere-se a um direito de proteção da integridade da mulher, em seus sentidos físico e psicológico, e na liberdade de escolha quanto à melhor forma de resguardar-se essa incolumidade.

No que tange ao aborto de fetos anencefálicos, a discussão não se encontra sob a ótica de um direito de escolha fundado na privacidade do cidadão, no

²³⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 223.

direito deste de escolher os rumos de sua vida sob o ângulo prospectivo²³⁸. É que, cientificamente, a morte do feto anencefálico trata-se de fenômeno anunciado e inevitável. Não há escolha quanto à maternidade, mas tão-somente uma preocupação quanto à conveniência ou não de se impor à mulher o ônus físico e psicológico de suportar a gestação de um feto que se sabe inviável. A liberdade que se discute aqui é a atual. Em *Roe* discutia-se uma liberdade futura²³⁹.

Mas ainda que o debate estivesse fundado na extensão do direito constitucional à privacidade, a apreciação devida dessa diretriz normativa favoreceria, de igual modo, o acolhimento da tese sustentada na ADPF 54.

Isto porque, como ressalta Dworkin, o direito à privacidade limita a atuação estatal, no sentido de impedir a redução da liberdade individual quando essa atuação se dirija não à tutela de direitos e interesses de outras pessoas – no caso, os fetos –, mas somente à salvaguarda de um valor intrínseco – a santidade da vida –, se não há acordo dentro da comunidade acerca de qual é a melhor maneira de proteger o valor em questão²⁴⁰.

²³⁸ No direito americano também se questiona se a temática do aborto deve ser examinada sob à luz do direito à privacidade. Para os movimentos feministas, essa opção traria o risco de questões como a vida sexual da mulher e eventuais abusos aí ocorrentes serem vistas como problemas privados, nos quais não caberia ao Estado intervir. Ademais, para o referido movimento a subordinação sexual no ambiente privado pode contribuir para a subordinação política e econômica na esfera pública. Daí que o aborto deve ser debatido sob a ótica da isonomia entre os sexos, de modo que cabe ao Estado, para além de respeitar a liberdade da mulher à luz do direito à privacidade, adotar providências voltadas à efetiva igualdade de tratamento entre homens e mulheres, inclusive com o fornecimento dos meios necessários à realização do aborto (Cf. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 71-73).

²³⁹ Realmente, em *Roe* o debate envolvia questões constitucionais concernentes à liberdade da mulher quanto a suas opções futuras no campo profissional e pessoal, inclusive no que se refere à obrigação de criar filhos indesejados, em condições econômicas desfavoráveis, ou mesmo por conta das restrições de trabalho que a opção de ser mãe possa implicar (Cf. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 143). No caso brasileiro, a discussão não envolve questões futuras relativas às consequências materiais da gravidez em relação à gestante, mas sim os efeitos imediatos decorrentes dos possíveis danos físicos e psicológicos que a gravidez pode acarretar.

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 165.

Aliás, também em *Roe vs. Wade* – onde, como já dito, a discussão era manifestamente mais ampla, já que ali se examinava a possibilidade do aborto em condições gerais -, firmou-se o entendimento de que os Estados somente poderiam vedar em caráter total o aborto quando o feto já estiver transformado em um ser viável, isto é, nos últimos três meses de gestação²⁴¹. *Contrario sensu*, admitiu-se a liberdade para o aborto no período em que o feto ainda não é considerado viável, aspecto este essencial no debate que se realiza no âmbito de nossa Corte Suprema.

Nesse sentido, a tutela que se busca na ADPF 54 é a proteção da integridade moral da mulher, presente em um direito de liberdade de optar pela continuidade ou não da gestação, na medida em que ela não pode ser punida por sua condição originária, nem mesmo sob o pretexto de resguardar-se uma possível “divindade” da vida humana. Não caberia ao Direito, nessa ótica, acobertar um raciocínio que importe em submeter dada categoria humana à constante opressão das demais, que se consideram maioria e, nessa condição, supostas vozes autorizadas da moral pública.

De fato, do ponto de vista de uma moral interna é perfeitamente aceitável que alguém considere o aborto reprovável. As mais diferentes convicções podem levar o indivíduo a crer na necessidade de se prestigiar a evolução natural da gravidez dos fetos anencefálicos. Razões religiosas, aqui, poderiam acreditar até mesmo na possibilidade de reversão do prognóstico médico quanto à morte. Mas ao Direito cabe apenas a tutela de direitos, e não de convicções morais, salvo quando estas se encontram no âmbito da liberdade religiosa, que, obviamente, não pode invadir a esfera de liberdade de terceiros.

Daí porque há de considerar-se que, abstraídas todas as expectativas morais e religiosas, deve-se assegurar à mulher o direito de escolha quanto à continuidade ou

²⁴¹ Embora o critério da viabilidade estabelecido pela Suprema Corte americana seja objeto de sérias divergências no âmbito da doutrina daquele país. Cf. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 235.

não de uma gravidez que, tecnicamente, não tem condições de vingar. Desse modo, torna-se viável uma solução coletiva para a controvérsia política que considera as diversas opiniões sobre o tema: sob o enfoque moral de determinadas convicções, o aborto continua condenável para alguns, sem prejuízo de respeitar-se a liberdade das mulheres de tomar uma decisão diferente a partir de suas próprias convicções²⁴².

Com efeito, o desenvolvimento de nossa sociedade demonstra que há profundas controvérsias sobre o valor intrínseco da vida humana, especialmente no que concerne à extensão da proteção que o Estado deve a ela reservar. Diante da controvérsia, não parece legítimo que esse mesmo Estado possa impor às pessoas atitudes que lhes pareçam desvantajosas e eticamente inadmissíveis em relação a seus direitos pessoais. Assim, impor-se à mulher uma gravidez manifestamente inviável seria não apenas obrigá-la a sacrificar-se em função de um valor que não compartilha, mas sobretudo obrigá-la a ir de encontro a suas próprias crenças sobre o que é respeito pela vida humana²⁴³. Pode-se aqui indagar: quem tem a razão quanto à tutela que deve ser reservada ao direito à vida? Não havendo consenso em torno do tema – ou pelo menos uma opinião majoritária que juridicamente justifique o afastamento das opiniões pessoais – é legítima uma imposição estatal negativa às pretensões da mulher?

Há de se ressaltar, aqui, que o Estado somente pode limitar a liberdade do cidadão quando busca promover algum objetivo que venha legitimamente a perseguir. Mas, para tanto, não basta alegar abstratamente a existência de razão de interesse público, sob pena de tornar extremamente frágil a tutela da liberdade. Por essa razão, o afastamento do direito à liberdade pressupõe uma razão de Estado suficientemente forte. Tendo em mente esta ideia, a Suprema Corte americana considerou que, em *Brown vs.*

²⁴² DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. Prefácio, p. IX.

²⁴³ No mesmo sentido, DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 160.

Board of Education, o argumento de que as raças podem ser educadas com mais eficiência uma vez segregadas não se apresentava como argumentação suficientemente convincente ou importante para permitir a violação do direito à igual proteção previsto na Décima Quarta Emenda²⁴⁴.

Assim sendo, não se vislumbra presente, no discurso de proteção dos fetos anencefálicos, qualquer argumento forte o bastante para afastar o direito da mulher à sua integridade moral e psíquica. Obviamente que, com essa argumentação, não se está a dizer que os fetos sejam seres destituídos da possibilidade de tutela do Estado. Na realidade, essa tutela é perfeitamente possível, desde que a proteção estatal não entre em rota de colisão com interesses prioritários, de base constitucional, que deva esse mesmo Estado defender²⁴⁵. No caso dos fetos anencefálicos, aliás, é perfeitamente viável se questionar a possibilidade jurídica da existência de interesses de um corpo destituído de vida mental, salvo se partimos para esta análise à luz de outros critérios alheios ao Direito, como o religioso, onde seria possível sustentar-se que toda forma humana é dotada de alma.

A ideia sustentada pelo Ministério Público Federal de que, por si só, havendo normal processo de gestação é possível falar-se em vida intrauterina, não sendo possível relativizar-se o direito à vida em razão de questões futuras, como é o caso da viabilidade do feto após o parto, não convence. Isto porque, a prevalecer este entendimento, que traz subjacente uma concepção radical de interesse do Estado pela vida em potencial, eliminada estaria qualquer possibilidade de controle das gestações.

Justificar-se-ia, assim, a proibição de métodos anticoncepcionais com manifesto caráter abortivo, já que atuam após a fecundação do óvulo, ou mesmo as

²⁴⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 144-145.

²⁴⁵ Em diretriz semelhante, DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 146.

fertilizações *in vitro*, nas quais óvulos são fecundados e a grande maioria é descartada²⁴⁶. Deixaria de haver fundamento, por outro lado, para o aborto em casos de estupro, sendo forçoso defender-se, a partir desta ideia, a revogação do dispositivo do Código Penal correspondente por sua incompatibilidade com o texto constitucional atualmente em vigor, já que, como ponderou o representante ministerial, a dor de algumas gestantes não é compartilhada por todas. Igualmente, o próprio instituto jurídico-penal do “estado de necessidade” (art. 24 do Código Penal) – que permite o sacrifício da vida alheia em prol da salvaguarda da vida de terceiro – restaria sem sentido em um ordenamento que preserva a vida às cegas e acima de qualquer consideração sobre a situação fática a ser examinada.

Aliás, essa leitura do direito à vida como um valor absoluto implicaria em desconsiderar outros bens jurídicos igualmente tutelados pelo sistema constitucional. Essa pretensão absoluta do bem jurídico “vida” se enquadra melhor em um ambiente de valoração religiosa, mas não no âmbito de um sistema de direitos, onde há necessidade de se contextualizar cada pretensão jurídica com outras pretensões também tuteladas pelo ordenamento em perspectiva abstrata, em razão do caráter pluralista e democrático de nossa ordem jurídico-constitucional.

Da mesma forma, não se apresenta como democraticamente legítimo o argumento do representante ministerial no sentido de que a antecipação do parto impediria a doação de órgãos saudáveis para outras crianças. É que essa perspectiva pragmatista, aqui revelada por um exame especulativo das consequências sociais oriundas dos atos jurisdicionais, afasta a imposição de que tais decisões estejam norteadas pela proteção de princípios, e não por compromissos com determinada

²⁴⁶ No mesmo sentido, DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 104.

acomodação política. Isso, em verdade, é o que ocorreria caso renunciássemos ao necessário exame da efetiva existência do direito ao aborto em razão de hipótéticas expectativas de terceiros não integrantes do conflito de interesses concretamente estabelecido – no caso, os destinatários, em tese, dos órgãos a serem doados.

Nesse contexto, importa ressaltar que o magistrado não possui liberdade para negar direitos a partir de uma argumentação política voltada ao exame dos impactos de sua decisão²⁴⁷, como também para manter os efeitos de uma tutela emergencial pela simples consideração do tempo decorrido desde sua concessão²⁴⁸.

Na verdade, a ideia de integridade do Direito sustentada por Dworkin rejeita a possibilidade de *discrímen* na questão sob enfoque. A integridade exige que os princípios que embasam decisões capazes de funcionar como precedentes devem ser aplicados de forma análoga em outros contextos²⁴⁹. Essa noção de integridade, aliás, se faz presente desde o momento da edição dos textos legislativos. Assim, pressupõe que o Direito posto expressa um conjunto coerente de princípios, de forma que não se pode

²⁴⁷ Essa preocupação também está presente, como visto antes, na argumentação desenvolvida no voto do Ministro Gilmar Mendes, para quem é preciso ter-se cuidado com o risco de insegurança jurídica que a manutenção da liminar poderia causar, em razão de uma possível “mutação legislativa” que a decisão autorizando o aborto de fetos anencefálicos encerra. Para um exame aprofundado dos argumentos que afastam essa perspectiva pragmática, vide DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, p. 141 e ss.

²⁴⁸ No caso da ADFP 54, malgrado a manutenção da liminar seja medida que se impõe diante dos princípios a serem tutelados no caso concreto – hipótese do presente trabalho -, discordamos dos fundamentos utilizados pelo Min. Sepúlveda Pertence para acolher essa diretriz exatamente por tangenciarem a discussão acerca dos direitos existentes, enverando por considerações relativas à conveniência ou não do referendo da decisão monocrática em razão do tempo de duração do processo. Aliás, essa é a mesma motivação que norteia a denominada “teoria do fato consumado”. Segundo Odim Brandão Ferreira, essa teoria surgiu em alguns julgados do STF da década de 60. Naquele tempo, o STF decidiu pela manutenção de liminares em favor de estudantes que não haviam obtido nota 5,0 (cinco) para aprovação em estabelecimento de ensino superior, embora essa fosse a nota mínima exigida nos regimentos internos das instituições de ensino. O argumento utilizado foi no sentido de que, embora a exigência tenha sido considerada legítima, antes havia dúvida objetiva acerca da validade dos regimentos internos, de modo que, por questão de equidade, justificava-se a manutenção dos efeitos da decisão provisória (sobre o tema, vide FERREIRA, Odim Brandão. *Fato Consumado*. História e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002). Essa orientação se alastrou posteriormente pela jurisprudência brasileira, notadamente dos Tribunais Regionais Federais, que diuturnamente mantêm liminares em razão do considerável lapso de tempo decorrido desde sua concessão, passando-se ao largo da discussão relativa à legalidade ou não do provimento jurisdicional, tudo como forma de prestigiar-se uma suposta segurança jurídica.

²⁴⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 167.

dar primazia absoluta às normas explícitas quando estas conflitarem com outras cuja existência e reconhecimento se faz imprescindível para a harmonia do sistema jurídico.

Daí Dworkin recorrer à metáfora do “romance em cadeia”. Cabe ao juiz, qual a figura de um romancista, escrever os novos capítulos do ordenamento jurídico considerando aqueles preexistentes, buscando sempre uma interpretação que harmonize a trama histórica como um todo²⁵⁰. Numa interpretação construtiva, pois, deve-se buscar o realinhamento racional da ordem jurídica diante do caso concreto a partir de uma leitura adequada dos princípios, de forma que as decisões referentes a hipóteses individuais se integrem como componentes coerentes do sistema geral. Com isso busca-se sobretudo a reconciliação possível entre os ideais de segurança jurídica e justiça.

Não há, pois, como defender-se a possibilidade de aborto no caso de estupro em razão dos danos psicológicos e morais que afligem as mulheres e não fazê-lo na gravidez de fetos anencefálicos, uma vez que essa proposta colocaria abaixo toda a ideia de coerência do Direito que é inerente a sua noção como um sistema íntegro²⁵¹. Violaria, ademais, a visão da impossibilidade de separação absoluta entre a Moral e o Direito, que impede a prática de decisões moralmente arbitrárias.

Aliás, o argumento deduzido pelo Ministério Público Federal no sentido de que a dor de algumas gestantes não é compartilhada por todas – razão pela qual não estaria juridicamente autorizado o aborto - traz imanente uma noção de igualdade que não se compatibiliza com o ideal do Estado Democrático de Direito.

²⁵⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, p. 277 e ss.

²⁵¹ De fato, o tribunal constitucional, como instituição do Poder Judiciário, está obrigado a emitir decisões coerentes. No direito norte-americano o Supremo Tribunal, em julgamentos anteriores, já havia reconhecido o direito de escolha no que tange à procriação, como ocorreu em *Griswold vs. Connecticut* (1965), quando permitiu a ampla utilização de métodos anticoncepcionais por casados e solteiros – sendo certo que muitos destes métodos atuam após a fecundação. A identidade de fundamento entre os casos está em que a política familiar é uma decisão íntima que não pode ser dirigida por uma suposta vontade coletiva (Cf. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, p. 146).

É que, no sentido proposto pelo Procurador-Geral da República, a proteção judicial de direitos estaria presa a uma necessidade de que estes direitos reflitam necessariamente a vontade de uma maioria ocasional. Mais que isso, estaria vinculada à noção de que esses direitos somente existem se refletirem a vontade homogênea de uma determinada categoria ou grupo, pressupondo a existência de um vínculo perfeito entre democracia e uma dada concepção de sociedade uniforme.

Na verdade, a proteção das minorias é um vetor presente prioritariamente nos sistemas jurídicos modernos, onde se inclui a liberdade e autonomia da mulher, alijada historicamente das decisões relevantes da sociedade a partir da discriminação de gênero, muitas vezes em nome de interesses “maiores” dessa mesma sociedade. Como lembra Ferrajoli,

A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é, em efeito, que se deve decidir tudo por maioria, mas que não se pode decidir (ou não decidir) sobre tudo, sequer por maioria. Nenhuma maioria pode decidir pela supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria ou de um único cidadão²⁵².

Não se desconhece, ademais, que no direito norte-americano os críticos do precedente *Roe vs. Wade* consideram o direito à liberdade de escolha ali reconhecido nada mais é do que um direito inventado pelo próprio tribunal.

Nesse particular, a argumentação do Min. Cesar Peluso no sentido de que a pretensão buscada na ADPF importaria em criação de nova excludente de ilicitude, tarefa esta a ser exercida exclusivamente pelo Legislativo a partir dos valores que considerar determinantes, revela um apego injustificável ao princípio majoritário. Como asseverado alhures, cabe ao Judiciário, ainda que contramajoritariamente, atuar em prol da realização dos princípios constitucionais, sempre que tal medida se revelar possível

²⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2002, p. 859.

mediante o emprego de argumentação democraticamente legítima. A posição do ministro revela, também, uma tendência positivista no processo interpretativo, já que se prestigia acima de tudo a forma dos direitos escritos no texto normativo em detrimento de seu conteúdo material, que pode e deve ser construído à luz da história e evolução da sociedade.

Nesse sentido, ressalta Müller:

Para o positivismo jusconstitucionalista a constituição é um sistema formal de leis constitucionais, a lei um ato de vontade do estado sob a forma de lei. Para ele, as normas e os institutos de direito constitucional não podem apresentar um nexos material com dados da história e da sociedade atual, que pudesse retornar na concretização como um teor material que entra em ação de modo qualquer. Tais nexos não são negados, mas tratados como sem interesse para a ciência jurídica. (...)

De acordo com o credo positivista, o direito vigente é, outrossim, um sistema de enunciados jurídicos sem lacunas. Questões jurídicas efetivamente em aberto não podem surgir. Cada nova questão jurídica da práxis já foi solucionada pelo sistema, por força da necessidade do pensamento. (...)

Assim o direito é compreendido equivocadamente como um ser que repousa em si, que só deve ser relacionado *ex post facto* com as relações da realidade histórica. (...) Direito e realidade, norma e recorte normatizado da realidade estão justapostos 'em si' sem se relacionar, são contrapostos reciprocamente com o rigorismo da separação neokantiana de 'ser' e 'dever ser', não necessitam um do outro e só encontram no caminho de uma subsunção da hipótese legal a uma premissa maior normativa²⁵³.

Assim, não se pode olvidar que a interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo de concretização do preceito, mas não deixa de ser apenas um dos elementos a ser levado em conta nesse processo. Uma interpretação que não se pretenda presa às amarras do positivismo legalista não pode conceber a realização do Direito como uma mera reelaboração cognitiva de algo já efetuado. Não há norma jurídica "pronta" nem substancialmente concluída²⁵⁴.

²⁵³ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*, p. 25-26.

²⁵⁴ Cf. *Ibidem*, p. 47.

Nesse sentido, embora fundamentando sua decisão numa possível ponderação de valores, manifestou-se o Min. Joaquim Barbosa quando do julgamento do HC 84.025/RJ:

Com relação ao próprio mérito da impetração, tenho que a questão deva ser analisada por dois ângulos. O primeiro diz respeito à liberdade individual, da qual a autodeterminação da gestante é uma manifestação. Já o segundo refere-se aos diferentes graus de tutela penal da vida humana.

Em primeiro lugar, ressalto que, neste caso concreto, estamos diante de uma situação peculiar em que estão em flagrante contraposição o direito à vida, num sentido amplo, e o direito à liberdade, à intimidade e à autonomia privada da mulher, num sentido estrito.

Em outras palavras, busca-se, no presente *habeas corpus*, a tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente extra-uterina é absolutamente inviável.

Portanto, é importante frisar, não se discute nos presentes autos a ampla possibilidade de se interromper a gravidez. A questão aqui é bem diferente, pois se refere à interrupção de uma gravidez que está fadada ao fracasso, pois seu resultado, ainda que venham a ser envidados todos os esforços possíveis, será, invariavelmente, a morte do feto.

Segundo a literatura médica especializada, o bebê não viverá mais do que alguns dias porque é portador de uma anomalia gravíssima: a anencefalia ou ausência de cérebro. Não é preciso ser um especialista no assunto para entender que sem o órgão vital que comanda as funções básicas do corpo humano e também os sentimentos e as emoções, é absolutamente impossível a vida extra-uterina independente.

Por outro lado, os estudos multidisciplinares indicam que as reações emocionais dos pais após o diagnóstico de malformação fetal abrangem, conjuntamente ou não, os seguintes sentimentos: ambivalência, culpa, impotência, perda do objeto amado, choque, raiva, tristeza e frustração. É facilmente perceptível a enorme dificuldade de se enfrentar um diagnóstico de malformação fetal. E é possível imaginar a quantidade de sentimentos dolorosos por que passam aqueles que de súbito se vêem diante do dilema moral de interromper uma gestação, unicamente porque nada se pode fazer para salvar a vida do feto. Seria reprovável uma decisão pela interrupção da gestação nesse caso?

Neste momento, a tarefa desta Corte é justamente esta: é preciso fornecer uma resposta rápida e precisa para essa mãe, a fim de que, a par de todo seu sofrimento pessoal, não tenha ela de se preocupar com a possível criminalidade de sua conduta.

Assim, analisando o que a lei penal prescreve sobre o tema, verifica-se que o legislador optou, em regra, pela punição do aborto, qualquer que seja o momento de sua realização (art. 124 do Código Penal), mas não se preocupou em conceituá-lo.

(...)

Nesse sentido, portanto, o ato que interrompe a gestação configurará o crime de aborto descrito no art. 124 do Código Penal quando tiver como resultado prático a subtração da vida do feto, sendo este elemento (morte do feto) indissociável do delito ali tipificado.

Contudo, o legislador, no campo da exclusão de ilicitude, trouxe duas exceções a essa regra do art. 124 do Código Penal. No primeiro caso, quando a vida da mãe estiver em perigo - aborto necessário (art. 128, I). No segundo caso, quando a honra da mãe for violada de tal forma que torne insustentável para ela a manutenção da gravidez - aborto sentimental (art. 128, II). Em ambos os casos, é preciso ressaltar, a lei apenas exclui a

ilicitude da conduta. Ou seja, a norma permite que a mãe decida se quer continuar com a gestação, não punindo sua conduta caso ela opte pela interrupção da gravidez. É certo que, no caso de risco de vida para a mãe, muitas vezes não há tempo hábil para ela fazer tal escolha, mas isso não vem ao caso neste momento. O que é imprescindível repisar é que a lei preserva o direito de escolha da mulher, não atentando para a viabilidade ou inviabilidade do feto. Estamos diante, portanto, de uma tutela jurídica expressa da liberdade e da autonomia privada da mulher.

Veja-se: a lei não determina que nesse ou naquele caso o aborto deva necessariamente ocorrer. A norma penal chancela a liberdade da mulher de optar pela continuidade ou pela interrupção da gestação. E, neste caso, não incrimina sua conduta.

Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento em que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.

(...)

Isso porque, em casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extra-uterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. Em outras palavras, dizer-se criminosa a conduta abortiva, para a hipótese em tela, leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extra-uterina está obrigada a manter a gestação. Esse entendimento não me parece razoável em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludente de ilicitude de aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extra-uterina é plenamente viável.

Seria um contra-senso chancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica. Há, na verdade, a legítima pretensão da mulher em ver respeitada a sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher.

(...)

Já o segundo aspecto que gostaria de enfatizar diz respeito ao possível cometimento de crime de aborto (Código Penal, art. 124), caso a gestante assim decida proceder.

O acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, acerca da possível conduta abortiva da paciente, encontra-se fundamentado nos seguintes termos:

"Contudo, é fato inarredável que a situação posta nos autos não está expressa na Lei Penal deste País como hipótese em que o aborto é autorizado.

(...)A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem.

(...)O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta nos autos originários é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que, insisto, fora excluída de forma propositada pelo Legislador."

Vê-se, assim, que são dois os argumentos do Superior Tribunal de Justiça, quais sejam: (i) de que a vida do nascituro, no caso concreto, é protegida pelo Direito Penal e (ii) de que o aborto eugênico não se encaixa nas hipóteses de excludente de ilicitude, previstas no art. 128 do Código Penal.

Com relação ao primeiro argumento, faço a seguinte indagação: quando, em razão de anencefalia, a vida extra-uterina do nascituro é inviável, deve o direito garantir a essa vida o mesmo grau de proteção?

Entendo que não. Explico.

A tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados.

Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio.

Ora, se o feto ainda se encontra no ventre da mãe, é evidente que sua situação jurídica, penal inclusive, é diversa da das pessoas já existentes.

Limitando-me ao problema concreto, ou seja, de feto que, por ser portador de anencefalia, não irá sobreviver muito tempo após o parto, devemos nos ater a qual é o objeto jurídico tutelado pelos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal.

Creio que seja, de um lado, a preservação de uma vida potencial e, por outro, a incolumidade da gestação.

Daí por que há de se separar a situação em que o feto se encontra em desenvolvimento das situações em que ele está biologicamente morto e, ainda, da situação em que ele está biologicamente vivo, mas juridicamente morto.

Apenas a primeira hipótese é abraçada pelo Direito Penal, uma vez que não se visa a proteger situações moralmente controversas, mas apenas aquelas em que exista algum obstáculo durante a gestação a impedir a transformação de vida potencial em um novo ser humano.

Por essa razão, o feto anencefálico, mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos vivos), não tem proteção jurídica.

(...)

A própria lei de transplante de órgãos (Lei 9.434/1997), ao fixar como momento da morte do ser humano o da morte encefálica, reforça esse argumento.

Concluo. O feto, desde sua concepção até o momento em que se constatau clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor de tutela penal. Mas, a partir do momento em que se comprovou a sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal.

Por fim, com relação ao argumento de que o aborto eugênico não se encontra incluído no rol de excludentes de ilicitude previsto no art. 128 do Código Penal, tenho que, sendo o comportamento atípico, a questão fica prejudicada.

De fato, se a conduta não é típica, sequer há de se cogitar de ilícito penal.

No entanto, importante frisar que há uma razão histórica para o aborto eugênico não ser considerado lícito. Quando da promulgação do Código

Penal, em 1940, não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto.

Nesse aspecto, é importante lembrar que os estudos referentes à medicina fetal e à terapia neonatal datam da década de 1950, somente vindo a alcançar a sofisticação hoje conhecida há pouco mais de dez anos. Explica-se, assim, a lacuna do Código Penal. O que não se explica é o argumento fundamentalisticamente positivista utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, para cassar a decisão do Superior Tribunal de Justiça, assegurando à paciente GABRIELA OLIVEIRA CORDEIRO o direito de, assistida por médico, tomar, caso seja essa sua vontade, a decisão de interromper a gravidez, desde que isso ainda seja viável do ponto de vista médico, visto haver indícios de que a gravidez já esteja em estágio avançado. Estendo igualmente a ordem a todo o corpo médico e paramédico que eventualmente venha a se envolver no possível evento hospitalar²⁵⁵.

Sob outra perspectiva, do voto do Min. Cesar Peluso também se extrai a assertiva de que a legislação penal tutela os interesses do nascituro independentemente da projeção temporal de sua vida, de modo que colocá-los à disposição da mãe importaria em coisificá-los. Mas aqui é possível indagar: o feto possui interesses próprios a partir da concepção, especialmente em se tratando de ser destituído da função cerebral? E, por outro lado, submeter-se a mãe as convicções internas de terceiros não importaria em coisificar seus interesses, em torná-la mero instrumento para a realização de ideologias tidas por majoritárias?

Nesse contexto, entendemos que a solução da ADPF 54 deve passar pelo reconhecimento do direito a ser tutelado – no caso, a liberdade e autonomia da mulher de decidir qual a melhor diretriz para a proteção de sua integridade física e moral -, evitando discussões que envolvam o início da vida – até mesmo porque sempre será

²⁵⁵ Gabriela Oliveira Cordeiro, uma jovem de 18 anos, por intermédio da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, formulou, perante o juízo criminal de Teresópolis/RJ, pedido de autorização de aborto em razão de grave anomalia no feto que portava em seu útero (anencefalia, ausência de calota craniana e cérebro rudimentar). Uma vez indeferido o pedido em razão de suposta ausência de previsão legal, fora concedida liminar por decisão monocrática autorizando o aborto no Tribunal de Justiça daquele Estado. O presidente do Tribunal, todavia, em sede de agravo regimental, suspendeu os efeitos daquela decisão, suspensão esta que não veio a ser ratificada pelo órgão colegiado. Paralelamente a isso, foi impetrado *habeas corpus* junto ao STJ “em favor do feto”, onde a ordem fora concedida. O *habeas corpus* impetrado junto ao STF não chegou a ser julgado em seu mérito em razão da perda de objeto – o parto ocorrera antes do julgamento -, mas os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello adiantaram seu entendimento acerca da matéria. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 05 jan. 2011.

possível defender-se que, do ponto de vista biológico, o embrião é um organismo vivo -, questão fundamentalmente moral que foge completamente da argumentação jurídica que se deve desenvolver no sistema de princípios. Não há, portanto, porque o STF adotar uma postura perfeccionista²⁵⁶ na hipótese em apreço, enveredando por discussões que possam afetar inclusive matérias relacionadas ao direito à vida ainda não submetidas a sua apreciação, como ocorre com a eutanásia.

Sob outra perspectiva, também não há de se falar que o tema deve ser resolvido através de uma ponderação de interesses que leve em conta uma possível tensão entre os supostos direitos do nascituro e de sua genitora. Ora, essa concepção traz ínsita uma ideia de que todo caso difícil necessariamente implica em uma colisão de direitos, cuja solução passa por um balanceamento a ser realizado pelo julgador, quando se sabe que o resultado dessa valoração, como a experiência demonstra, decorre muitas vezes das preferências subjetivas daquele que decide. No caso, como já se disse alhures, a resposta à controvérsia deve ser construída através de argumentos claros, que possam ser debatidos pela comunidade como um todo, e que, em última instância, se revelem capazes de demonstrar qual o direito que realmente deve ser tutelado pelo Estado à luz do que estabelece a Constituição Federal, afastando-se, pois, outras pretensões que se demonstrem incapazes de sustentar a existência dos direitos com base nelas alegados.

Nesse sentido, extrai-se da petição inicial a seguinte passagem:

Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros.

²⁵⁶ SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: FGV, n. 12, p. 107-142, 2008, p. 110.

30. A relevância desses direitos para a hipótese aqui em discussão é simples de ser demonstrada. Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infra-constitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada)²⁵⁷.

Aliás, é possível defender-se também a tese de que criminalizar-se o aborto de fetos anencefálicos importaria em tratamento discriminatório em relação a estas gestantes, já que o sistema penal autoriza o aborto mesmo em situações de viabilidade do feto, desde que a hipótese o recomende para fins de manutenção da saúde psicológica da mulher, como ocorre nos casos de estupro. De fato, em se tratando de mesmo valor a ser protegido – integridade moral –, haveria justificativa lógica para o *discrímén*?

5. CONCLUSÃO

No presente trabalho, buscou-se examinar o modelo de interpretação constitucional levado a efeito no âmbito do STF a partir do estudo de um caso concreto – a possibilidade jurídica do aborto de fetos destituídos da função cerebral.

Nesse contexto, pôde-se perceber que nossa corte suprema não adota uma teoria consistente de aplicação do direito, uma vez que, em dadas hipóteses, a solução jurisprudencial passou pelo exercício de verdadeira atividade legislativa, inclusive a partir da utilização de argumentos e critérios democraticamente incabíveis e que melhor se enquadrariam no âmbito da atividade política exercida nas casas parlamentares. Em perspectiva diametralmente oposta, em outros casos, cuja decisão deveria fundar-se

²⁵⁷

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>. Acesso em: 05 nov. 2010.

essencialmente na aplicação de princípios presentes em nosso sistema jurídico, aquele tribunal optou por vincular-se a um legalismo estrito, sob um discurso de limitação democrática ao reconhecimento de direitos implícitos no âmbito das decisões judiciais.

Procurou-se demonstrar, então, que a leitura do princípio da legalidade sob a perspectiva restritiva de um procedimentalismo formal, onde a norma é apenas aquela emanada expressamente de um procedimento legislativo, não se coaduna com o ideal de um Estado Democrático de Direito. É que, no âmbito deste, a legitimidade das leis, para além da análise exclusiva do texto decorrente do procedimento legislativo, é aferida em razão da observância da dimensão prática dos princípios presentes no sistema jurídico como um todo, em especial os princípios da igualdade e liberdade.

Procurou-se também demonstrar que o princípio da separação dos poderes não pode ser compreendido sob um prisma exclusivamente formal, no sentido das funções estatais serem compartimentos estanques e incomunicáveis entre si. Sua observância não está ligada a uma correspondência absoluta entre a decisão judicial e o conteúdo literal da norma jurídica – que não é capaz de regular suas condições de aplicação -, mas sim à utilização de argumentos consistentes que se voltem para a defesa de direitos específicos a partir do exame das peculiaridades que cercam cada caso concreto submetido ao crivo dos tribunais.

Essa noção, aliás, afeta sensivelmente o exercício da jurisdição, no sentido de que atribui aos juízes o encargo de uma interpretação imparcial e universalizante dos preceitos normativos. É dizer: a par dessa perspectiva atual da jurisdição implicar o reconhecimento de que cabe aos juízes emprestar sentido real às normas jurídicas quando de sua aplicação no mundo dos fatos, impõe-se a eles atribuir o encargo de dar ao ordenamento um sentido de coerência que permita a materialização do ideal de igual

consideração e respeito por todos. Para isto, deverão partir do exame de todos os interesses envolvidos em uma controvérsia concreta, bem como da história institucional e de seus próprios precedentes, sem prejuízo da subordinação de seus argumentos às críticas oriundas da esfera pública.

Por outro lado, logicamente que esse olhar acerca do exercício da jurisdição acarreta para os juízes uma maior responsabilidade política perante a comunidade afetada. Mas a segurança jurídica não deve ser buscada tendo em vista um possível consenso interpretativo, que amesquinhe direitos oriundos de um sistema harmônico e coerente, porém aberto e extremamente plural. Ao contrário, a instabilidade interpretativa é algo próprio da multiplicidade de interesses presentes na sociedade moderna, que não deve ser sufocada a partir de um ideal positivista, mas sim harmonizada no contexto de um discurso racional, que leve em consideração as diversas expectativas das pessoas ou grupos envolvidos. Com isso, a segurança decorrerá não da busca de verdades absolutas, mas da aceitação das decisões proferidas em virtude de se encontrarem norteadas por critérios transparentes e pelo exame exaustivo das diversas pretensões em conflito.

Sob outro prisma, verificou-se que o processo de secularização da sociedade tornou mais complexa a análise de temas humanitários como o ora sob exame, na medida em que o direito à vida passa a concorrer em igualdade de condições com outros interesses que cabe agora ao Estado tutelar. Assim, se numa perspectiva religiosa a questão da vida deveria ser submetida a resultados meramente naturalísticos – de modo que, em relação ao aborto de fetos anencefálicos, a solução seria aguardar os desígnios divinos -, numa sociedade igualitária e comprometida com diversos valores conquistados ao longo de uma história de lutas há que se ter a sensibilidade de verificar

a existência de outros interesses que venham a aparentemente colidir com um suposto direito ao nascimento.

Também foi visto que o ponto central da discussão em foco não é se a técnica de interpretação conforme a Constituição autoriza o resultado hermenêutico pretendido com a ação, ou mesmo se o sistema constitucional brasileiro admite outras técnicas de decisão que legitimem a pretensão deduzida em juízo. Em verdade, demonstrou-se que essas classificações são influenciadas por resquícios do positivismo jurídico, já que o critério de *discrímen* entre elas é exatamente os termos semânticos do texto a ser interpretado. No paradigma do pós-positivismo, porém, isso não se mostra relevante, já que a legitimidade da interpretação constitucional está no tipo de argumentação desenvolvida, abstraindo-se maiores considerações quanto à vinculação do resultado hermenêutico ao conteúdo expresso do texto, uma vez que a norma escrita é apenas a “ponta do iceberg” no processo de construção do Direito.

No contexto acima apresentado, pois, pode-se concluir que o tema do aborto dos fetos anencéfalos deve ser enfrentado muito mais a partir da discussão acerca de qual o direito a ser protegido à luz dos diversos interesses sob tensão do que a partir de uma preocupação formal com a postura que o julgador deve ter diante de questões complexas, evitando-se, ademais, qualquer pretensão interpretativa que busque as “melhores” soluções a partir de critérios subjetivos do intérprete.

Importante, também, afastar preocupações meramente formais como a legitimidade dos juízes em razão de sua atividade contramajoritária – isto é, não respaldada no voto da comunidade política -, porque essa legitimidade deve, em verdade, decorrer do conteúdo material das decisões judiciais, cujo controle na arena pública passa exatamente pelo exame dos argumentos utilizados pelo órgão julgador. É

dizer: impõe-se a superação de um debate que se centralize na identificação de quem deve ser o intérprete da Constituição, na medida em que, entendida esta como um sistema de princípios, muito mais importante do que definir esse intérprete é compreender adequadamente sua essência no âmbito das relações sociais.

Assim, não se pode evitar a constatação de que o tribunal constitucional funciona muitas vezes como um “legislador implícito”²⁵⁸, a quem cabe promover a reciclagem do Direito à luz da realidade social subjacente, sempre que presente razões normativas oriundas da história de uma dada sociedade que justifiquem certa orientação jurisprudencial voltada à implementação dos princípios presentes na ordem constitucional. Essa perspectiva, no entanto, acarreta para o tribunal constitucional um ônus argumentativo ainda maior, tudo como forma de emprestar-se maior justificação e legitimidade à sua atuação perante a esfera pública.

Não se trata, pois, de discutir os limites do Judiciário à luz de falsas dicotomias que se têm revelado pouco apropriadas para a solução dos problemas de uma sociedade complexa, como é o caso das divergências entre ativismo/autocontenção, interpretação conforme/sentenças aditivas, legislador negativo/positivo etc. Em verdade, uma preocupação com o enquadramento da atividade jurisdicional em categorias estreitamente ligadas a uma dimensão semântica da Constituição não se coaduna com a perspectiva desta como um sistema de princípios, que sugere – ou mesmo impõe – a abertura material da norma constitucional a seus intérpretes.

O problema, pois, repousa em investigar se dada legislação promove ou amesquinha os princípios da igualdade e liberdade, especialmente no tange às expectativas das minorias sub-representadas no plano político, na medida em que o

²⁵⁸ No sentido de caracterizar-se como uma instância garantidora de direitos para além de qualquer consideração acerca da previsão expressa em textos normativos.

conteúdo dos direitos fundamentais irá servir exatamente como trunfo diante da vontade das maiorias²⁵⁹. Aqui cabe a intervenção jurisdicional, conquanto contramajoritariamente, que busque prestigiar, sobretudo, a igualdade entre todos, como antes se demonstrou.

Portanto, no debate acerca do aborto de fetos anencéfalos qualquer discussão sobre o valor intrínseco da vida, através da qual se busque atribuir a ela o status de um sobredireito, é destituída de sentido jurídico, porque fundada em pretensões religiosas ou de uma moral interna. Em verdade, a solução deve ser buscada através de critérios universais que considerem os interesses envolvidos no conflito e que alcance a identificação do direito a ser protegido a partir de argumentos racionais, bem como à luz da história institucional.

Nesse contexto, não seria possível sustentar-se que o feto possui direito à vida ou mesmo algum outro interesse que tutele essa expectativa desde a concepção, sob pena de termos de considerar inconstitucional todas as outras hipóteses previstas no ordenamento jurídico que possibilitam o aborto como ato lícito ou mesmo o controle das gestações, já que o feto seria desde então um ser titular de direitos. Essa afirmação, na realidade, deriva muito mais de convicções íntimas de ordem estritamente moral e humanitária. Contra estas convicções obviamente que o Direito não é capaz de gerar uma argumentação suficiente em sentido contrário. Mas ao Direito, como se sabe, cabe tutelar posições jurídicas sólidas, também fundadas em um ideal humanitário, independente de padrões morais ou religiosos.

Também não cabe ao Judiciário definir o que se pode entender por vida ou começo da vida, tema intrigante mesmo na literatura especializada, adotando uma

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 127.

postura perfeccionista que pudesse influenciar inclusive outros temas complexos a serem eventualmente submetidos ao seu crivo no futuro – como ocorre com a eutanásia. Para a solução da controvérsia basta verificar que estamos a discutir o direito ao nascimento de um ser que de antemão se sabe inviável do ponto de vista médico, devendo-se indagar se é razoável impor-se à mulher o ônus físico e psicológico de suportar a gravidez de um feto em razão de considerações acerca do valor intrínseco da vida, ou mesmo de quando se dá o início desta ou de outros direitos da pessoa humana.

No caso, portanto, não se pode fugir da constatação de incompletude do ordenamento formal estabelecido no Estado brasileiro, que previu a possibilidade de aborto como forma de tutelar a vida da mãe ou mesmo sua integridade psicológica apenas em hipóteses específicas. A integridade do Direito, pois, exige do Supremo Tribunal Federal a reconstrução dos pressupostos que até aqui conduziram o legislador no tratamento normativo da matéria – os capítulos já redigidos – e a releitura da ordem jurídica, impondo-se, em última instância, o reconhecimento do direito ao aborto na hipótese sob exame, tudo como forma de atribuir harmonia ao sistema – a construção dos novos capítulos da trama. Essa é a única solução que, à luz do ideal de igual consideração e respeito por todos, pode efetivamente atender aos objetivos de coerência e aceitabilidade racional das decisões judiciais perante a comunidade política.

Há, assim, um longo caminho argumentativo a ser percorrido em busca da resposta correta para o tema que ora se apresenta. Mas algo é certo: nem sempre é possível encontrar-se uma resposta fácil para os problemas humanos. Esta, aliás, embora mais cômoda, nem sempre é a que melhor atende aos reclamos da sociedade. O STF, portanto, terá que se debruçar sobre o exame das pretensões que lhe foram apresentadas,

buscando a solução que realmente seja capaz de refletir a proteção dos direitos assegurados no texto constitucional.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ACKERMAN, Bruce. *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*. Vol-113, n. 03, p. 642-727, January, 2000.

_____. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. The living constitution. In: *Harvard Law Review*. v. 120, nº 7, mai 2007.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

ALVES, Rubem. A complicada arte de ver. *Jornal Folha de São Paulo*, versão *on line*, publicado em 26/10/2004.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, volume 240 – abril/junho de 2005.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Gilberto Bercovici; José Filomeno de Moraes Filho; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. (Org.). *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. Indianapolis: Bobbs Merrill, 1962.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. A Filosofia Política e as lições dos clássicos. São Paulo: Campus, 2000.

_____. *Dicionário de política*. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BORK, Robert H. *The Tempting of America*. New York: The Free Press, 1990.

BRUST, Léo. Uma tipologia das sentenças constitucionais. *Revista da AJURIS*, ano XXXIII, n. 102, junho de 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETI, Mauro. *Júzes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Ed.Trotta, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, mai. 1999.

_____. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. v. 6, jul./dez. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1998.

_____. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito. De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*. n. 05, jan/jun 1997.

_____. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 88, p. 81-108, dez. 2003, Imprensa Universitária da UFMG.

_____. *Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Disponível em: www.cead.unb.br/agu. Acesso em: 28 set. 2010.

COSTA, Alexandre Bernardino. *Desafios da Teoria do Poder Constituinte no Estado Democrático*. 2005. 279 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, UfmG, Belo Horizonte, 2005.

CHALMERS, Damian. Constituent Power and the Pluralistic Ethic; In, LOUGHLIN Martin; WALKER Neil (ed.). *The Paradox of Constitutionalism*. Constituent Power and Constitutional Form. Oxford University Press, 2007.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad. Juliana N. Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 39. Belo Horizonte: UFMG, janeiro-junho de 2001.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. The Forum of Principle. In *New York University Law Review*, n. 56, 1981.

_____. *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate*. Oxford: Princeton University Press, 2006.

_____. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

_____. *Uma questão de princípio.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

_____. Unenumerated rights: Wheter and How Roe Should be Overruled. In.: *University of Chicago Law Review.* N. 59, 1992.

_____. What is Equality? Part 3: The Place of Liberty. *Iowa Law Review*, vol. 73 (1987), p. 1-54.

ELSTER, Jon. Régimen de mayorías e derechos individuales. In: SHUTE, Stephen e HURLEY Susan (Eds.). *De los derechos humanos.* Trad. M. Valencia. Madrid: Trotta, 1998.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrut: a theory of judicial review.* Cambridge: Harvard Universiy Press, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal.* 4 ed. Madrid: Trotta, 2002.

_____. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manoel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho.* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

FERREIRA, Odim Brandão. *Fato Consumado. História e crítica de uma orientação da jurisprudência federal.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process.* Princeton: Princeton University Press, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. Jonh Farrell. New York: State University of New York, 1993.

_____. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cardenos de filosofia alemã*. São Paulo, nº 6, 2000, p. 85-102.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*. 4:3, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução por Manuel Jiménez Redondo Madrid: Trotta, 2005.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

_____. *Direito e democracia: entre a factidade e a validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e democracia: entre factidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L.A. *Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, v. 71, 1958.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. A essência e o valor da democracia. In: *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans.

Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

_____. A jurisdição constitucional. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 121-186.

KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2. ed., enlarged. Chicago and London: University of Chicago Press, 1970.

_____. *A estrutura das revoluções científicas*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

_____. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binimbojm. (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-168.

MARRAMAIO, Giacomo. Dall "ordine hobbesiano" al cosmopolitismo della differenza (cap. 9); Civitas. Europa delle nazioni ed Europa delle città (cap.10); In: *La passione del presente*. Breve lessico della modernità-mondo. Bollati Boringhieri: Torino, 2008.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionarietà em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin. *NEJ*, v. 11, n. 02, jul-dez 2006.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 3, jan.-jun. 2006.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov 2000.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. 1. ed. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Tomo VI. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la. *Do espírito das leis*. Tradução por Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 110.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? Tradução: Peter Naumann. In: *Revista da Procuradoria-geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: Unidade, 2000.

_____. *Quem é o povo?*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na Teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito de Jürgen Habermas. *Virtuajus*. Belo Horizonte, 2003.

_____. *A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social)*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 28 de setembro de 2009.

_____. Minorias e Democracia no Brasil. *Virtuajus*. Belo Horizonte, ano 04, n. 02, dez. 2005, p. 12. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/Minorias%20e%20Democracia%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 23 set. 2010.

PECORARO, Rossano. *Nihilismo e pós-modernidade*. Rio/São Paulo: PUC/Loyola, 2005.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Cidadania, democracia e constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. In: Flávio Henrique Unes Pereira; Maria Tereza Fonseca Dias. (Org.). *Cidadania e Inclusão Social: Estudos em Homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003, v. 1, p. 7-367.

_____. A Constituição subtraída. *Constituição & Democracia*, Brasília:4 - 5, 05 fev. 2006.

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 3, 2009/2010. Disponível em <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/255/211>.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução por Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAZ, Joseph. Interpretação sem restabelecimento. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROSENFELD, Michel. *Law an the Post Modern Mind: The indetidy of the constitutional subject*. *Cardozo Law Review*, 16 Cardozo L. Rev. 1049, 1995.

_____. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO. José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro

Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 7. Ed. Porto: Afrontamento, 1995.

_____. *A crítica da razão indolente*. Para um novo senso comum. São Paulo: Editora CORTEZ, vol.1, 2000.

SANTOS, Rogério Dutra. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007.

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. New Jersey: Princeton, 1997.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, nº. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.

_____. La interpretación conforme a la constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial. *Cuestiones Constitucionales*, v. 12, p. 3-28, 2005.

_____. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*, n. 4, Rio de Janeiro: FGV, 2006.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *Revista de Direito do Estado*, n. 12, p. 107-142, 2008.

SONTAG, Susan. *Ao mesmo tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck et all. *A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: em ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.