

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO STF:
Por uma jurisdição constitucional participativa

Adriana Andrade Ruas

Belo Horizonte
2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO STF:
Por uma jurisdição constitucional participativa

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Orientador: Giovani Clark
Co-orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Junior

Belo Horizonte
2007

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R894a	<p>Ruas, Adriana Andrade Audiências públicas no STF: por uma jurisdição constitucional participativa / Adriana Andrade Ruas. Belo Horizonte, 2007. 147f.</p> <p>Orientador: Giovani Clark Co-orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Junior Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito Bibliografia.</p> <p>1. Cidadania. 2. Poder judiciário. 3. Controle de constitucionalidade. 4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. I. Clark, Giovani. II. Baracho Júnior, José Alfredo de Oliveira. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.</p>
	CDU: 342.52

Adriana Andrade Ruas

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO STF:

por uma jurisdição constitucional participativa

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,
Belo Horizonte, 2007.

Giovani Clark (Orientador) – PUC Minas

José Alfredo de Oliveira Baracho (Co-orientador) – PUC Minas

Alvaro Ricardo de Souza Cruz – PUC Minas

João Batista Moreira Pinto - ESDHC

À vida, ideal de defesa sempre.

AGRADECIMENTOS

Tenho que agradecer à lucidez do professor Baracho além do grande apoio, responsável pela admiração que sempre terei por tão singular professor e orientador.

Ao apoio da FAPEMIG para a realização parcial da pesquisa apresentada neste trabalho.

Aos professores integrantes da Academia Mineira de Direito que contribuíram para meu amadurecimento acadêmico. Agradecer principalmente, ao professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz que apresentou grandes debates suficientes e necessários para a conclusão adequada do curso e deste trabalho, José Luiz Quadros de Magalhães que além da influência de suas obras neste, foi o divisor de pensamentos e esclarecedor de novas oportunidades de conhecimento, o professor José Adércio Leite Sampaio pelo oferecimento de novas possibilidades teóricas e Marçal Cotta por iluminar o caminho teórico –filosófico do direito.

Aos meus filhos: Henrique, Guilherme e Alexandre, pela compreensão diante da minha falta e distância nestes últimos tempos.

Aos meus pais, que foram o suporte, a segurança, minha mãe que foi mais do que mãe.

Minhas irmãs Aglaia e Andréa pela torcida.

Aos meus irmãos acadêmicos Eder Marques e Patrícia Calegar, amigos de uma vida.

A todos que, de alguma forma, incentivaram a conclusão deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho fomenta discussões sobre a efetivação de participação popular no âmbito do Supremo Tribunal Federal, realizando uma análise da democracia participativa e da cidadania judiciária.

Dessa forma, o trabalho em comento prima pela possibilidade de se intensificar a integração da participação popular no Poder Judiciário, na tentativa de amenizar os discursos desfavoráveis ao controle concentrado. Assim, a implementação de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal concretizam a implantação de uma jurisdição constitucional participativa, ampliando a participação de todos na construção do Estado Democrático de Direito e na promoção da efetividade da Constituição brasileira.

Palavras-chave: cidadania; Poder Judiciário; audiência pública; jurisdição constitucional.

ABSTRACT

This work intends to encourage discussions about the implementation of popular participation in the Brazilian Supreme Federal Court, through the analysis of participative democracy and the exercise of judiciary citizenship.

This work makes an approach to the possibility of intensification of the integration of popular participation in the Judiciary, in an attempt to diminish the arguments against the judicial review.

Therefore, the implementation of public audiences in the Brazilian Supreme Court materializes a constitutional participative jurisdiction, extending the participation of all the people in the construction of the Democratic Rule-of-Law State and the promotion of effectiveness of the Brazilian Constitution.

Key-words: citizenship; Judicial Power; public audience; judicial review.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Inc. – Inciso

Nº – Número

Org. – Organizador

P. – Página

LISTA DE SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

CR/88 – Constituição da República de 1988

EC – Emenda Constitucional

FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia.

ONG – Organização Não Governamental

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO... 15	
2.1 Supremo Tribunal Federal: uma trajetória democrática.....	15
2.2 A atuação política do Supremo Tribunal Federal.....	37
2.3 O controle de constitucionalidade	41
<i>2.3.1 Legitimidade do controle de constitucionalidade</i>	<i>50</i>
<i>2.3.2 O controle concentrado no Brasil</i>	<i>52</i>
2.3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade	55
2.3.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade	57
2.3.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	58
2.3.2.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental	60
3 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PODER JUDICIÁRIO E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	64
3.1 Jurisdição Constitucional Participativa: elementos de uma cidadania jurídica.....	64
3.2 As construções da cidadania	67
<i>3.2.1 A construção da cidadania no tempo</i>	<i>68</i>
<i>3.2.2 A construção da cidadania no espaço</i>	<i>71</i>
<i>3.2.3 A construção bilateral da cidadania</i>	<i>73</i>
<i>3.2.4 A construção processual da cidadania</i>	<i>74</i>
3.3 As mínimas condições de participação popular e o mínimo existencial	76
4 AUDIÊNCIA PÚBLICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	83

4.1 ADPF nº 54: uma escolha difícil e dramática	83
4.1.1 <i>A vida humana</i>	98
4.1.2 <i>A liberdade humana</i>	102
4.1.3 <i>A dignidade humana</i>	104
4.2 Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal: uma abertura aos guardiões da democracia	108
4.3 A possibilidade de audiência pública na análise da ADPF nº 54	113
5 CONCLUSÃO	122
6 REFERÊNCIAS	127
7 ANEXOS	XX
7.1 Anexo I	XX
7.2 Anexo II	XX

1 INTRODUÇÃO

As decisões políticas do STF e o papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito têm sido alvo de eminentes discussões na doutrina brasileira. A proposta de abrir o discurso de aplicação aos cidadãos através de audiências públicas pode amenizar a crítica traçada no âmbito das decisões do STF e sedimentar uma jurisdição constitucional participativa.

O pensamento democrático instituído com o advento da Constituição da República de 1988 legitima a máxima da participação popular em cooperação com o próprio Estado no fomento de suas decisões advindas dos processos administrativo, legislativo e judiciário. Sendo assim, com fulcro no exercício do poder judicante em face de casos polêmicos, a exemplo da ADPF nº 54 e da ADIN nº3510 a validade das decisões exige que sejam repensadas as matrizes do controle concentrado de constitucionalidade.

Haja vista, a nova esfera pública rompe com o solipcismo tradicional do juiz, ou mesmo do colegiado egrégio, impondo a inserção da participação popular em parâmetros procedimentais de um discurso a toda a sociedade aberta de intérpretes interessada no ingresso à jurisdição constitucional participativa.

Eis nossa proposta: a efetivação de audiências públicas no STF gerando eficácia aos ditames das Leis nº 9.868 e 9.882, ambas de 1999.

O objetivo principal deste trabalho é compreender e intensificar a participação popular no Judiciário brasileiro, na tentativa de amenizar os discursos desfavoráveis ao controle concentrado de constitucionalidade e enaltecer a democracia. Nesse propósito, recorre à implementação de audiências públicas no STF, em busca da efetivação de um modelo de jurisdição constitucional participativa. As audiências públicas e os discursos produzidos diretamente pelos populares apreendem uma construção mais aberta e definem vinculativamente estas decisões que se fizeram com este modelo de participação popular.

Os temas analisados tendo a observância de uma maior participação referem-se ao caso do aborto de anencéfalo e a pesquisa com célula-tronco, matérias de

extrema dissensão de opiniões com carga cognitiva da moral de nossa comunidade, o que faz da justiça um campo que não pode se enfeixar somente por meio de decisões advindas do poder judicante do Estado. Vivenciamos um momento em que as decisões políticas são cada vez mais constantes no Supremo Tribunal Federal. Sem dúvida alguma, em face das divergências sociais, políticas, religiosas e morais que circulam esse assunto, a implantação do controle popular de constitucionalidade reconstitui os moldes procedimentais referentes ao controle concentrado.

Para tal, a pesquisa se concentra numa análise crítica sobre o caso de liberação de aborto em situações em que o feto é acometido de deficiência denominada anencefalia e o caso que envolve pesquisa de células tronco no tratamento de doenças, o que levanta polêmicas ainda mais acirradas sobre a origem da vida e o valor da vida humana.

Nosso objetivo, portanto, é demonstrar a viabilidade da participação democrática no debate público de temas constitucionais até então encerrados em discursos de aplicação fechados no solipsismo discricionário da cúpula judiciária diante de questões de difícil solução.

Nessa perspectiva, o papel do Judiciário seria o de proteção da Constituição e de promoção dos direitos fundamentais conjugada à vontade soberana do povo que apreende uma força normativa neutralizando os pressupostos do discurso. Essa possibilidade se torna real na medida em que esse órgão é respeitado e legitimado pela participação da própria sociedade, tal como sugerimos. Com o cidadão judiciário ciente de seus deveres na construção decisionista a legitimidade democrática das decisões do Supremo só tende a crescer.

Ao analisar essa nova perspectiva, encontramos respaldo na teoria construtivista do direito de Ronald Dworkin, que percebe a racionalidade da jurisdição, cujas decisões devem focar a segurança do direito e a aceitabilidade racional dessas mesmas decisões.

Logo, o trabalho justifica a importância da participação do povo e de sua soberania como exercício de direitos políticos na simetria democrática da cidadania e na democratização das ações do Judiciário.

Para a demonstração da nova perspectiva de jurisdição constitucional participativa na busca da efetividade constitucional, a metodologia utilizada é de cunho inter e transdisciplinar, em virtude das questões de controle de constitucionalidade envolver searas distintas como direitos, princípios, aspectos biológicos, morais e sociais. Todos levados ao palco de discussões constitucionais instrumentadas por meio de audiências públicas. Para tanto, o levantamento bibliográfico e estudo de fontes jurisprudenciais e legais revelam-se fundamentais para a construção desse trabalho.

Inicialmente, trabalhamos na primeira parte o desenvolvimento do Poder Judiciário no Brasil, num recorte esboçado sobre o trajeto de legitimidade percorrido por nosso órgão supremo de justiça, apontando seus embates rumo à efetiva tutela constitucional. Nesse ínterim, os elementos resgatados em nossa análise vislumbraram que tal órgão de cúpula desembocou em um alto poder discricionário de decisões políticas e de defesa constitucional. Responder à questão: “Qual o papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito?” “O STF está preparado para desempenhar o papel que lhe foi definido pela Constituição Federal de fiscalizador das suas normas?” trata-se, portanto, de nosso principal desafio nesse momento.

No capítulo seguinte abordamos aspectos referentes à participação popular no âmbito do Poder Judiciário para se pensar na materialização da proposta de inserção de audiências públicas no STF. Discussões sobre a jurisdição constitucional participativa, a cidadania jurídica e a sua construção, bem como das condições mínimas existenciais necessárias à cristalização dessa participação popular são elementos fundamentais retratados nessa parte da pesquisa.

Enfim, encerramos o objetivo chave de nossa análise ao dispor sobre a viabilidade de audiências públicas no STF, na promoção de debates acerca de questões éticas trazidas ao bojo da própria sociedade legitimadora de decisões de temas complexos como o aborto de anencéfalos e as pesquisas com embriões para produção de células-tronco. Sendo assim, depreende-se que a outorga popular faz surgir a força decisória resguardada aos reais “guardiões da democracia” em face de escolhas difíceis e dramáticas que passam a ser operadas em um amplo palco de

discussões legitimadoras, enfim, das interpretações proferidas pelos Ministros integrantes do STF.

2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 Supremo Tribunal Federal: uma trajetória democrática

A legitimidade hoje destinada ao STF é fruto da conjugação de esforços manifestados pela sociedade brasileira em seu clamor pela efetivação da justiça. Na defesa da Constituição, é interesse do povo a ampliação do espaço de discricionariedade desse tribunal superior, em especial no que se refere ao controle de constitucionalidade determinante de sua atuação política, tema de grande debate na doutrina atual.

O Supremo tem sido alvo de diversas críticas durante a história do direito brasileiro, o que nos leva a ressaltar sua significância, tendo em vista que em inumeráveis momentos, mesmo sob um aspecto tímido, tem defendido nossas instituições, tornando-se determinante na defesa de aspirações políticas.

Quando nos remetemos ao resgate da trajetória percorrida pelo STF devemos iniciar esse debate enfocando suas raízes instigadas desde o período colonial.

A história da justiça brasileira revela como a construção desse órgão Judicial foi paulatinamente edificada, envolvendo os passos que iniciam com o descobrimento e as primeiras ordenações, contornando o apego ao monopólio administrativo e oligárquico da nossa sociedade. Daí a importância de se revisitar a trajetória democrática percorrida pelo STF, no esforço de se apontar suas contribuições e aporias à instituição do Estado Democrático de Direito brasileiro.

No começo de nossa história os nativos tinham o direito estabelecido de forma arcaica e sem formalidade. Mas com as devidas obediências a normas ditadas pelos anciãos para todos os indivíduos, perpetuavam a mistura entre o divino e o direito e propunham uma construção da sociedade numa proteção do grupo.

Os portugueses que vieram ao Brasil não pretendiam tornar este seu lugar de vivência e de permanência. Trouxeram na bagagem colonialista a concepção do Brasil

como uma região a ser explorada, sendo a permanência de caráter meramente temporário. Com o Direito não foi diferente, simplesmente o impuseram apenas para beneficiar as escaladas comerciais, sem nenhum respeito ao direito nativo.

Mesmo a história tendo caminhado, o sentimento de reconhecer o belo apenas no direito vindo do externo tem prevalecido, pois insistimos a todo tempo em beber em fontes estrangeiras a construção do nosso direito.

Os colonizadores “temporários” submeteram os nativos ao trabalho e à religião cristã, impondo a supressão de suas culturas nativas. Na realidade, a estranheza com outro tipo de cultura denotava naquele momento falta de civilização segundo o próprio olhar do povo português aqui estabelecido e o não civilizado precisava para ser domesticado e trabalhar de forma escrava ganhar a civilização ocidental européia. O direito do indígena era neste momento mais humanista que o ora imposto pelo colonizador e mesmo assim foi totalmente ignorado.

Faoro (1989) e Cristiani (2002) reforçam que o descobridor, antes de ver a terra, de estudar as gentes, de sentir a presença da religião, sobrelevava seu interesse pelo ouro e pela prata encontrados em solo brasileiro.

Reforçando, Giovanni Clark(2003) define que em nome de uma “civilização” milhares de vidas foram ceifadas pelas armas de fogo no solo abaixo da linha dos trópicos.

Além é claro da perda de sua identidade cultural.

Portanto neste período não descuidaram da justiça via que notamos os primeiros esforços na busca de solução dos conflitos, mesmo que sua implantação tenha sido para favorecer o comércio local e a melhor satisfação da metrópole com relação à exploração da colônia. Esta busca pela justa decisão se baseava no puro interesse da realização das lides comerciais que atravancavam o monopólio metropolitano.

Na realidade mesmo que de forma imposta e interesseira, tal postulado contribuiu na concretização dos primeiros rumos da justiça brasileira.

Os portugueses aplicadores do Direito no Brasil, em regra, não pertenciam à nobreza, ao contrário, vinham para cá em busca de enriquecimento. (CRUZ, 2004).

Assim foram formadas as bases culturais e jurídicas do Brasil colonial. A completa sujeição ao domínio português estabelecia os fundamentos da nova ordem de caráter capitalista.

Por conseguinte, é preciso recuperar a gênese do Direito nacional que em sua essência se operou basicamente através do transplante do Direito Português. Sendo assim, a colonização comumente se materializou coercitivamente, pautada na eliminação física (quanto à dizimação dos índios) e moral (referente ao tráfico e exploração dos negros escravos tempos depois) que mesmo de forma rudimentar e não elaborada formalmente fazia jus a um sistema do direito e uma cultura merecedora de respeito. Tal Direito não foi fruto das relações sociais ocorridas no Brasil, mesmo porque os portugueses ignoraram o que para eles eram, formas arcaicas de ordenação jurídica dos índios brasileiros. A recuperação deve ser determinada por uma atividade constante por parte da doutrina e da aplicação do nosso direito.

Karl Gimsburg (2001) explica o estranhamento com o diferente relatando o colonizador como o sujeito que eleva seu conhecimento cultural a uma imposição baseada na concepção de que o perfeito tem a ver com o espelho que sempre deve ser refletido da direção do estranho e do diferente¹. Impondo assim sua forma civilizada o dominador derrota o medo do estranho e reflete o igual em forma de segurança em suas relações.

O Direito português foi imposto e serviu de base para a formação da estrutura da jurisdição brasileira ajustada aos moldes dos portugueses europeus que traziam em seus fundamentos jurídicos a influência romana, base de todo ordenamento jurídico ocidental.

As nações indígenas que já habitavam aqui antes dos colonizadores viviam num período neolítico com ligação muito profunda entre o direito e o divino. As questões jurídicas eram resolvidas por tabus e misticismo. Os indígenas foram desrespeitados como sujeitos de direitos e colocados na condição de objeto e o mesmo ocorreu com os negros. (CRISTIANI, 2002)

¹ Nesta obra "Olhos de Madeira", Ginsburg estabelece uma análise das representações, onde o real e o ideal são tramados. (GIMSBURG, 2001, p.85).

A colonização no Brasil favoreceu a construção de uma sociedade feudal onde os mandatários, senhores feudais com poderes concentrados, eram obedecidos por seus súditos. Período de retrocesso histórico que deixou marcas no sistema judiciário da época em que se vivia na contramão da evolução histórica.

No início da colonização tivemos a aplicação dos forais. As cartas de doação e os forais das capitanias constituíram a principal fonte para o conhecimento do regime jurídico no período anterior ao Governo-Geral brasileiro. Pelos forais, o Rei concebia aos donatários vários de seus direitos políticos os quais acresciam poder à autoridade dos que vinham das longínquas terras lusitanas dispostos a se arriscar por aqui.

Os capitães hereditários possuíam poderes semelhantes aos dos senhores feudais, pois além do papel de administrador, competia-lhes, também, o papel de legislador e de juiz. O donatário da capitania acumulava as funções de legislar, acusar e julgar. (FAORO, 1975).

Podemos estabelecer um tempo breve para as capitanias, tendo em vista que estas vieram a fracassar administrativamente, o que gerou reflexos negativos na instituição da justiça. Ocorrendo desta forma, a Metrópole interveio com uma nova ordem que lhe garantisse a exploração.

Implantando em 1549, o sistema de governos gerais com Tomé de Souza.

Para uma melhor centralização do poder real foram acometidas outras nomeações do corpo administrativo, que formaram um novo sistema, seguindo-se de regimentos de nomeação de demais autoridades e funcionários. Este sistema de governo-geral, que representava no Brasil a Coroa portuguesa, transformou as capitanias em províncias diminuindo o poder dos donatários.

Dessa forma a centralização real se consumava e absorvia as competências públicas a critério da coroa portuguesa, regulando, então, os poderes administrativo, judicial e financeiro.

Para os interesses da fazenda e da justiça, o Rei criou o Ouvidor-Mor e Provedor-Mor, com regimentos próprios e atribuições específicas, não se subordinando ao governador. O Ouvidor-Mor tinha a tarefa de cuidar da justiça nas capitanias, com alçada sujeita a Lisboa. (STRECK, 2002);(FAORO,1975);(DELGADO,1974)

As leis gerais ou as Ordenações que tinham vigência em Portugal acabaram tendo plena aplicação no Brasil.

A autoridade suprema da justiça contemporânea à fundação do Governo-Geral era constituída pelo Ouvidor-Geral. O ouvidor decidia os casos criminosos, envolvendo questões como morte para escravos, a assuntos cuja matéria envolvesse interesses de gentios, peões e cristãos livres. Sua competência não abrangia pessoas de maior qualidade nem alcançava o Clero.

A 2ª instância no Brasil colonial só foi instaurada efetivamente em 1609, na Bahia e no Rio de Janeiro no ano de 1751, quase um século depois.

Em sede do pensamento de Bonfim (1979) e Wolkmer (2000) o Tribunal de Justiça Superior, de terceira e última instância, na Metrópole, era representado pela Casa da Suplicação, uma espécie de Tribunal de apelação. Mas somente em casos especiais e aplicados aos fidalgos portugueses, os não abastados de poder ou dinheiro, não tinham a mesma possibilidade de recurso.

Com a vinda de funcionários treinados na Metrópole e a criação e funcionamento do Tribunal da Relação, no Brasil, consolidou-se uma forma de administração da justiça não mais efetuada pelo ouvidor-geral, mas centrada na burocracia. Os magistrados que compunham este corpo burocrático deviam lealdade à Coroa portuguesa ao servirem a esses interesses, pois seriam recompensados com Promoções ao retornar para Portugal.

Mesmo sendo movida por interesses esta base burocrática acabou por formar o núcleo da justiça brasileira, estabelecendo uma justiça moderna e profissional que não conseguiu se afastar completamente da elite local como previa a administração do explorador.

De acordo com Wolkmer (2000) e Cristiani (2002), o exercício da atividade judicial era regido por uma série de normas que objetivavam coibir envolvimento maior dos magistrados com a vida local, mantendo-os equidistantes e leais servidores da Coroa. Nessa época se aspirava, na verdade, o distanciamento entre os magistrados locais e a população brasileira ainda em formação.

Podemos perceber extrema conveniência por parte da elite local em face da união com estes estimados amigos da Coroa, operadores jurídicos, pois previam a

manutenção dos esquemas que já haviam sido formados que então velavam pela manutenção de seus privilégios sociais. Isso afastava, na prática, a possibilidade de imparcialidade e neutralidade haja vista a troca insistente de favores.

Para Cristiani (2002), esta posição que os magistrados da época adotaram de favorecimento da elite local, acabou por sufocar os legítimos interesses das pessoas que não detinham a influência de poder, elevando os próprios interesses.

Souza Cruz (2004) estabelece em sua obra “Jurisdição Constitucional Democrática” que a formação do direito lusitano se deu no descompasso cronológico percebido os avanços culturais vivenciados na Europa. Para o Procurador da República a hermenêutica e a legislação brasileira adotadas, apresentaram peculiaridades próprias do contexto jurídico nacional brasileiro, influenciado pela formação intelectual de seus intérpretes em Portugal (Coimbra) que se atrelava aos dogmas de fé com o apego à tradição e um respeito acrítico à autoridade, com seus fundamentos estabelecidos em Aristóteles e São Tomás de Aquino.

Enquanto a Europa era varrida pelo humanismo antropocêntrico da Reforma e pelas revoluções filosóficas de Decartes e Galileu, Portugal voltava suas costas para tudo isso, dando origem ao nosso descompasso cultural com a Europa.

Assim, o judiciário no Brasil limitava-se a respeitar “as posições” tomadas na Metrópole, aplicando um Direito com raízes fortemente canônicas, como se depreende do Livro II das Ordenações Filipinas de 1603. (CRUZ, 2004).

O antropocentrismo da Reforma, do contratualismo e do Liberalismo centrava-se na defesa dos direitos fundamentais do indivíduo e do respeito à esfera privada. (CRUZ, 2004).

Esta posição contrária do colonizador português prestigiava a esfera pública uma vez que propugna a exploração em favor da Metrópole portuguesa fundindo os interesses do Estado com o particular, típico feudalismo de um medievalismo comumente.

A história do direito brasileiro sofreu tênues mudanças quando nos reportamos à realidade vivenciada durante o século XIX, demarcada pela influência da Corte instalada no Brasil.

Com a transferência da Corte Real para o Rio de Janeiro, D. João VI aprovou importantes mudanças em termos de estruturação judicial, por Alvará baixado em 10 de maio de 1808. A mais significativa foi a constituição da chamada Casa de Suplicação, sediada no Rio de Janeiro, sendo equiparada a um embrião do Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula com a prerrogativa de julgar matéria elevada a maiores níveis de instância recursal.

Com a elevação do país à condição de Reino Unido às ordenações de Portugal e Alagoas e com a promulgação da independência não sofremos significativas mudanças. Ainda detínhamos uma enorme influência da facção política “caramuru” (promovida por portugueses residentes no Brasil) e tivemos a Carta Constitucional de 1824 recepcionando toda a legislação anterior.

A Casa de Suplicação passou a se chamar Supremo Tribunal de Justiça, sendo mantida sem profundas alterações. Não obstante, seus poderes permaneceram ainda mais restritos por conta do Poder Moderador.

Destaca Nascimento (1984) que uma vez proclamada a independência, em 1822, o Brasil passaria a enfrentar, dentre um universo de problemas decorrentes da má gestão da Coroa, a questão de sua reestruturação jurídica.

A Constituição de 1824 do Império não tratava de controle jurisdicional de constitucionalidade. Os poderes estavam centralizados nas mãos do imperador, através do Poder Moderador, que por sua vez, detinha toda a chave da organização política. Tal poder era delegado privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que, incessantemente, velasse pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos. O sistema criado pela Carta de 1824 e calcado em tradições portuguesas assume caráter próximo à oligarquia que o imperador preside.

Conforme observado, a Constituição de 1824 acentuou os princípios do liberalismo defendidos anteriormente pelos constituintes.

O liberalismo influenciou a monarquia soberana ligada ao estilo europeu pós-napoleônico. Com a observância do poder moderador, a Constituição de 1824 sofre

grande influência das lições doutrinárias do publicista francês Benjamin Constant.(FAORO, 1975;VALADÃO,1977)

Com essa tese, o poder real moderaria os outros três poderes exercendo o controle de constitucionalidade. Valladão explicita que pela Constituição de 1824 “[...] instituiu-se no Brasil, arts. 1º, 2º e 3º, como Estado unitário e um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo, na referida linha democrática europeia (1977, p.109).

Esta formalização constitucional gerou insatisfações por parte das correntes liberais que criticavam a demasia do poder pessoal do imperador.

No segundo Império a figura de D. Pedro II é instaurada como a de um príncipe perfeito, uma monarquia mais limitada, coagida pelos signatários do liberalismo.

A coroa se coloca diante da nação, conciliando e harmonizando os interesses e os direitos, num compromisso constitucional.

Os magistrados e o judiciário; confirma Wolkmer (2000), seriam segmentos sociais que comporiam a máquina administrativa da justiça no tempo do Império, ligados a uma interpretação e aplicação do direito advindo de uma legalidade estatal, garantindo a segurança do sistema e resolvendo os conflitos e interesses das elites dominantes.

Para Wolkmer(2000), o liberalismo europeu se distinguia por ser uma ideologia revolucionaria articulada por setores emergentes e sedimentados na luta contra os privilégios atribuídos a nobreza do liberalismo brasileiro canalizado e adequado para servir de interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo com fortes ligações com a monarquia imperial.

Finda a Monarquia, em 1889, o Brasil iniciou a sua fase de Estado republicano-federativo, em regime de governo presidencialista e sob a égide da Constituição de 1891. Esta consagrou o principio básico da independência de poderes em seu artigo 15.

Após a Proclamação da República em 1889, tendo Rui Barbosa como grande incentivador, foi instituído o Supremo Tribunal Federal por força do Decreto nº 510 de 22 de junho de 1890.

O Supremo Tribunal Federal se instalou no dia 28 de fevereiro de 1891, em sessão solene extraordinária à uma hora da tarde, sob a presidência do Visconde de Sabará. (BOMFIM, 1979, p.42).

Como o processo de elaboração da nova Constituição precisava ser desenvolvido, não houve uma intervenção de imediato por parte do governo no Supremo. Inclusive o Supremo naquele momento surgia como garantidor do governo recém instituído, estabelecendo os contrapesos necessários para a afirmação da República.

Nesses descompassos, podemos afirmar que com a derrocada da Monarquia, os que a defendiam também tiveram seus momentos de perseguição política, em meio às crises estabelecidas pelos descontentes e contrários à nova ordem.

A intenção de se criar uma Corte Suprema no Brasil vem desde o período pré-republicano. Em tal fase, D. Pedro II chegou a requerer estudos sobre a Corte americana. A monarquia não conseguiu programar essa possibilidade que visava a defesa da Constituição, pois sofreu o golpe logo em seguida. Essa possibilidade foi posta em prática assim que instaurada a República.

Oscar Vieira (2002) discorre em sua obra que a idéia de se criar um órgão responsável para zelar pelo bom funcionamento do sistema constitucional antecede a própria República, pois o então Imperador D. Pedro II acreditava que o modelo de controle de constitucionalidade propugnado pela Suprema Corte Americana estabelecia o bom funcionamento da sua Constituição. Quando Salvador Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira, que partiam em missão diplomática os Estados Unidos, em meados de 1889, pediu-lhes que estudassem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington.

O Imperador pretendia criar aqui um tribunal idêntico par transferir-lhe o controle de constitucionalidade, pois este agia com temeridade à descontinuidade da monarquia, devido intensa movimentação republicana já percebida.

Não obstante o interesse da consagração da República, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, então estabelecido, propugna nova ordem institucional e garantindo a legitimidade. Essa corte fica estabelecida como órgão máximo da função judiciária desde o momento de sua criação, sofrendo evidente inspiração da Suprema Corte

americana. Apesar de o Supremo ter sido concebido como órgão de cúpula do Poder Judiciário, também se revestiu de atribuições políticas, visto que a ele cabia limitar a atuação do Estado aos parâmetros estabelecidos pela Constituição.

Na primeira república, o Supremo Tribunal Federal era composto por quinze ministros aproveitados do Superior Tribunal de Justiça e com fortes laços na Monarquia. Este número, inicialmente, foi fixado pelo art. 5º do Decreto nº 848 e, depois, pela Constituição de 1891. (BOMFIM, 1979).

Em todo o seu percurso, o Supremo tem conseguido angariar o respeito da sociedade e trazido o respaldo de legitimidade em sua bagagem histórica, mesmo tendo o direito a dúvidas e levantando mistério sobre o acatamento de suas decisões.

A instituição nascida com a República tem sido respeitada neste país irreverente. Mas a legitimidade imputada a este órgão desde então cobre de mistério ou de desconhecimento a opinião nacional sobre o Supremo, haja vista os sobressaltos sofridos nos governos arbitrários que sucumbiam o Poder Judiciário.

Para Baleeiro o primeiro percalço na história do Supremo Tribunal Federal foi o aproveitamento dos juizes da Corte judiciária do Império. A nova ordem instituída deveria causar a irreverência do novo que despontava na seara do direito em efervescência trazida pelos arautos judicantes da época, como Rui Barbosa.

Na linha do pensamento de Baleeiro, a Velha Corte Judiciária do Império, acabou fornecendo os primeiros juizes ao Supremo Tribunal Federal, por questões de economia. Muitos desses juizes estavam em idade avançada e eram muito conservadores. Os mesmos passaram a exercer uma atividade política que divergia da que estavam acostumados, tornando o trabalho contraproducente. Apesar de estes magistrados terem aderido a Republica ainda vinham no fundo da sua mentalidade aprisionados ao passado monarquista a que pertenciam. A revolução histórica percebida naquele momento era sobrecarregada demais para estes vestutos juizes que teriam que decidir pela inconstitucionalidade, negando a eficácia no caso concreto e anulando atos advindos do Legislativo e do Executivo, um instrumento novo se concretizando, o controle difuso de constitucionalidade.

O pensamento acima mostra o contrário do identificado no desmanche total da Corte Austríaca pelas lideranças governamentais, a instituição do fascismo naquele

país (BARACHO, 2006). Portanto o olhar com cuidado; a ordem que há muito foi estabelecida não pode ao todo ser depreciada pelo novo, mas aos poucos conseguindo se estabelecer e garantindo sua legitimidade. A nossa realidade acabou sendo conveniente e aos poucos dimensionando as possibilidades republicanas.

Tavares Bastos e Rui Barbosa, os maiores baluartes da defesa da República, afastavam-se do parlamento britânico em direção ao presidencialismo norte-americano, que indiretamente encontrava apoio da impressionante penetração do positivismo infenso aos regimes parlamentares e liberais. (BALEIRO, 1968).

Essa nova esfera do poder dimensionado ao Supremo Tribunal Federal convergiu-lhe em poder soberano, uma vez que no império o Poder Moderador lhe imputava nuances de subordinação ao Imperador. Essa tal esfera tornou-se decisivo o seu papel equilibrador dos três poderes, assegurando então os direitos e garantias individuais.

Para Correa (1987), a competência do Supremo Tribunal Federal desde a sua criação foi a de se instituir uma Corte Suprema à moda americana, que estabelecesse em seus propósitos a guarda da Constituição e de suas garantias fundamentais. Atuando como árbitro superior na proteção dos direitos do cidadão frente ao Estado.

Rui Barbosa foi sem dúvida nenhuma o libelo histórico do Supremo, cujas defesas se faziam presenciar por grande número de populares. Nem mesmo em uma *hiliéia* grega poderia se notada tamanha sagacidade e inteligência política. Foi um período extremamente vigoroso para o Supremo, em que se travavam profundos debates na defesa do “remédio” constitucional do *habeas corpus*.

Para BALEIRO(1968), surge em meio a essa luta, a figura magnífica de Rui Barbosa que atingiu os pontos mais elevados em língua com sua oratória a cultura jurídicas, representando um papel de promotor da constituição à maneira do tribunal da plebe romano.

Seria por deveras interessante, na atualidade, a promoção de debates fervorosos que disseminasse a eloqüência do debate público perante o STF. Há pouco, com a abertura propugnada através dos instrumentos do *amicus curae* e a audiência pública esta possibilidade esta cada vez mais próxima.

Costa (2001) ressalta que o Supremo Tribunal Federal tem mantido ao longo do tempo, a essência das características e funções que lhe foram atribuídas em 1890, época em que fora criado.

Estando diante deste papel, conferido pela República, o Supremo se viu às voltas com um momento histórico conturbado diante das lutas políticas. Fazia-se necessária a resolução dos conflitos públicos e privados. Na ausência do Poder Moderador empreendia-se a resolução dos conflitos por este órgão desde então supremo e soberano.

Ao recém criado Supremo Tribunal, copiado o modelo da Suprema Corte norte-americana, cabia rever as decisões das Cortes de Apelação em tratamento adequado a violação de direito. Era nesse momento também julgar conflitos que surgissem entre as autoridades judiciais e a administração federal, entre a União e os Estados ou entre os Estados, além das atribuições que eram do Conselho do Estado. Desta feita, o Supremo Tribunal Federal torna-se o responsável por avaliar os atos do Legislativo e do Executivo quanto a sua constitucionalidade e a zelar pela garantia dos direitos constitucionais do cidadão. (COSTA, 2001, P.16)

Num momento demarcado por diversos conflitos estabelecidos nos primeiros dez anos da República se encontrava o recém inaugurado Supremo Tribunal Federal em exercício, que em meio aos conflitos e agitações da época devia decidir os pedidos de *habeas corpus*, principal instrumento constitucional de garantia constitucional de direitos.

Para Emilia Viotti Costa (2001), dos primeiros tempos da República advieram conflitos envolvendo o então presidente eleito, Marechal Deodoro da Fonseca, com o Legislativo, acarretando a dissolução do congresso. Com as divergências políticas entre os correligionários de Deodoro e dos de Floriano, incorreram agitações populares, manifestações militares e da Marinha.

Toda essa movimentação resultou na renúncia do presidente e sua substituição pelo vice-presidente, Floriano Peixoto que comandou o país de 1891 a 1894. Neste período, o então presidente enfrentou a Revolução Federalista no Rio Grande do Sul e a Revolta da Armada que momentaneamente colocou em risco o regime instituído, mas

Florianos aproveitou este episódio para adiar as eleições que seriam em 20 de outubro de 1893 para 1º de março de 1894.

Como o estabelecimento desses conflitos desembocou nas vias do então inaugurado STF, este órgão acabou por ser chamado a manifestar sobre vários *habeas corpus*.

No primeiro ano de funcionamento o Tribunal teve desempenho pouco visível. Suas sentenças nem sequer foram publicadas. No período do governo de Floriano Peixoto somaram-se vários confrontos entre o Tribunal e o governo; além das vezes em que o Tribunal para defender a Constituição se debateu com o legislativo perfazendo o controle constitucional. Nos primeiros cinco anos, o Supremo defendeu a instituição da defesa das liberdades civis e o estabelecimento da jurisprudência.

Segundo analisa Costa (2001), o papel mais importante da instituição nos primeiros cinco anos da República foi a defesa das liberdades civis e o estabelecimento de jurisprudência que ficou firmada desde 1897 na Revista de Jurisprudência, passando a construir um referencial para julgamentos².

O STF, depois de transcorrido este período de grande turbulência acabava por se afastar e muito da formação que vinha do antigo STJ do Império, passava de poder subordinado ao Poder Moderador para figurar como um poder independente.

Na data de 15 de novembro de 1898, Prudente de Moraes sai do governo e Campos Sales assume a presidência da República que passa a defender o princípio da não intervenção e o respeito à soberania dos Estados pela União. Este ponto foi o que instaurou novamente os conflitos com o STF, que se propunha ao repúdio das tendências federalistas e saindo em defesa da supremacia da União sobre os Estados. (Costa, 2001)

² Entretanto, as diversas intervenções – mais ou menos incisivas – a que foi submetido o Tribunal nesse período são prova do desconforto que o Supremo provocou para alguns presidentes. Floriano Peixoto não preencheu as vagas de juizes que se aposentaram, inibindo, dessa forma, a possibilidade do Supremo de julgar, uma vez que não era alcançado o quorum mínimo previsto por lei para seu funcionamento. Ao fazê-lo nomeou o médico Barata Ribeiro, que foi Ministro por mais de um ano, até que o Senado anulasse a sua nomeação. Hermes da Fonseca também deixou de acatar decisões do Supremo, o que gerou protestos por parte dos Ministros Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti. (VIEIRA, 2002).

No governo Rodrigues Alves, ocorreu o movimento monarquista iniciado no interior de São Paulo alastrando-se por outros Estados. A este movimento vieram juntar-se os militares descontentes com o governo republicano. Aos poucos foi suprimido e ocorreram diversas prisões e diversos pedidos de *habeas corpus* ao Supremo³. As convulsões sociais foram crescentes entre a posse de Hermes da Fonseca, em 1910, e a queda de Washington Luiz, em 1930.

O STF foi chamado a decidir questões resultantes de rivalidades políticas e eleitorais que acabaram trazendo ao reconhecimento dos políticos a possibilidade da Justiça Eleitoral, que se efetivou mais tarde com a Revolução de 30 e junto a Justiça do Trabalho. (COSTA, 2001)

Com a posse de Venceslau Brás, em 15 de novembro de 1914, o país enfrentava seria crise social com conspirações por parte de civis, escalões inferiores do Exército. Mesmo com as prisões os rebeldes não recuaram.

Neste período ocorreram greves, passeatas e movimentos revolucionários, que tiveram sua cota de repressão, novas prisões, deportações e conseqüentemente novos pedidos de *habeas corpus*. A este movimento vieram se juntar os militares e trabalhadores que foram influenciados pelo movimento operário da Revolução Russa.

Os ministros do STF, defensores das liberdades do cidadão não acolheram os movimentos operários. Em 1917, foi negado um “*habeas corpus*” pedido em favor de operários que desejavam se reunirem e havia sido proibida a convenção pela polícia. O Tribunal considerou que os órgãos de segurança estavam de acordo com as normas constitucionais afinal defendiam as instituições de anarquistas que o STF tinha verdadeiro horror. (COSTA, 2001)

Uma crise acabou insurgindo no STF, pois quando chamado a julgar casos de deportação de estrangeiros suas decisões convergiam com os interesses do Estado. O

³ “Em janeiro de 1903 o Supremo Tribunal julgou o pedido de “*habeas – corpus*” em favor da família real, que havia sido banida. O banimento judicial fora excluído da Constituição, embora membros da dinastia continuassem privados das liberdades civis e dos direitos políticos, bem como da liberdade de entrar e permanecer no Brasil. O Tribunal julgou não haver provas de que membros da família real tivessem sido impedidos de voltar ou de que não poderiam fazê-lo, caso tentassem. Desqualificou portanto o pedido. O caso voltou a ser discutido quando o Príncipe D. Luiz de Orléans e Bragança , filho da Princesa Isabel, pretendeu desembarcar no Brasil. Em reunião no escritório do Visconde de Ouro Preto, os monarquistas discutiram o problema e resolveram pedir uma ordem de “*habeas-corporis*” preventivo ao Supremo. Este negou o pedido e o Senado, consultado, também considerou vigente o ato do banimento. Diante dessas circunstâncias, o Príncipe foi proibido de desembarcar.” (COSTA, 2001, p. 37)

juízo de um *habeas corpus* que pedia a possibilidade de retorno de um brasileiro naturalizado, pai de seis filhas, casado com brasileira, que fora preso e deportado, por distribuir o jornal “A Plebe”; foi negado o provimento ao recurso por este órgão supremo. Este fato na verdade levantou sérias questões com relação à interpretação constitucional que enfim estava se concretizando perante o STF. A maioria dos ministros havia se manifestado contrários a este tipo de interpretação, pois poderia vir a ferir seriamente a liberdade de expressão ferindo o direito essencial ao funcionamento democrático, uma vez deflagrada a percepção constitucional.

O falecimento do presidente eleito, Rodrigues Alves, em 1919, exigiu uma nova eleição, assumindo o poder Epitácio Pessoa, membro de família importante da Paraíba. O governo continuou a recorrer aos empréstimos estrangeiros devido ao enfrentamento da crise financeira. Há de se notar que os empréstimos já eram práticas constantes desde o Império.

Foi tal a tensão política durante o governo Arthur Bernardes, que a eleição de Washington Luiz e sua posse em 15 de novembro de 1926 foram recebidas com alívio para muitos. Mas a ilusão de abertura foi logo dissipada.

Em 3 de outubro de 1930 eclodia uma revolta nos Estados do Rio Grande do Sul, Minas, Paraná e Santa Catarina. O movimento alastrava-se pelo nordeste, seguido de conspiração no Estado-Maior do Exército para depor o presidente. Com a intervenção do Cardeal Leme, Washington Luiz entregou o poder e Getúlio Vargas chegava à capital federal onde seria empossado chefe do governo provisório em 4 de novembro de 1930.

Terminava assim a Primeira República.

Na era Vargas o Supremo Tribunal Federal foi submetido a todo tipo de arbitrariedades que poderiam sentir uma instituição advinda do Poder Executivo, tanto que assistiu à demissão de ministros, à alteração de seu funcionamento, o que acabou deixando os Ministros do Supremo em séria dificuldade.

Nos quinze anos que se seguiram pós a Revolução de 30, o Brasil passou por significativas mudanças na organização política e administrativa que surtiram efeitos no

STF. Ao governo provisório foram instituídas as atribuições não somente do executivo como funções Legislativas até a constituinte ser instaurada. Concomitante a estes acontecimentos dissolveu o Congresso Nacional, as Assembléias legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. Os governadores foram substituídos pôr interventores que indicavam os prefeitos para os municípios.

Instaurou-se um verdadeiro Estado de Exceção com a suspensão dos direitos e garantias constitucionais e suspenderam apreciação do Judiciário os decretos e atos deste governo. (COSTA, 2001)

Com o advento das Constituições de 1934 e 1937, foram instituídas novas normas de funcionamento do STF e uma redefinição de suas funções.

Vargas também reduziu o número de ministros do Supremo Tribunal Federal para onze e estabeleceu regras para abreviar os julgamentos. O Tribunal foi dividido em duas turmas de cinco ministros cada uma. Foi determinada a taquigrafia para os relatórios, discussões e votos. Ainda mais arbitrário instituiu a remoção de ministros por ato do Executivo, o que constituía coação à independência do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1934 manteve a estrutura do Tribunal, mas mudou sua denominação para Corte Suprema. A Constituição de 1937 restabeleceria a designação anterior de Supremo Tribunal Federal, e excluiu as questões políticas da esfera da competência do Supremo. Ao mesmo tempo extinguiu a Justiça Federal introduzindo importantes modificações no seu funcionamento e limitando sua atuação. (COSTA, 2001).

Diante de todas as modificações introduzidas, o Supremo continuou a atuar no controle de constitucionalidade, muito embora sua competência reduzida, não mais como na República Velha onde podia decidir sobre a constitucionalidade das leis do Legislativo e de atos do Executivo.

Com o controle da liberdade de imprensa, não foram mais produzidas as controvérsias originadas por decisões do STF. Não se viam mais as discussões do passado que atraíram multidões. Na falta de Rui Barbosa, Sobral pinto foi o único a desfiar a nova ordem insurgente com o Estado Novo. O STF teve neste período sua

atuação limitada pela nova ordem vigente, mas mesmo assim continuou a garantir a precária ordem constitucional. (COSTA, 2001).

A Constituição de 1934, uma constituição voltada para a implementação de obras sociais, a modelo das constituições do México(1917) e a de “Weimar”(1920) completava o seu texto com temas de uma social-democracia.

A nova Constituição considerava obrigação do Estado o amparo à infância e à maternidade, à saúde e à educação. Obrigava também as empresas industriais e agrícolas a empregar certo número de analfabetos, a lhes proporcionar ensino primário, na falta de escolas.

Emilia Viotti Costa (2001) nos ensina que também como órgão deliberativo, o Congresso como representante da nação concedeu ao Executivo, munição legislativa para a obra da opressão e exclusão do povo brasileiro.

Durante o Estado Novo, o Supremo teria como principal ponto de referência a Carta Constitucional de 37. Apesar de desrespeitada pela não convocação de plebiscito e do Congresso, continuou a ser o guia da constitucionalidade até 1945. (COSTA, 2001, p. 91).

Em 29 de outubro, Vargas era deposto. Assumiu o governo o presidente do Supremo Tribunal Federal. O Estado novo não teve desta vez o seu fim, este foi formalmente abolido pela Constituição de 1946, que restabeleceu o sistema democrático, representativo e federativo, baseando-se nos Três Poderes harmônicos e independentes entre si. Na prática o Estado Novo persistiria nas instituições da Quarta República. O Supremo Tribunal Federal restabeleceria sua autonomia. (COSTA, 2001)

A constituição de 1946 não foi fundada com uma política nacionalista aos moldes das Constituições de 1934 e 1937⁴.

⁴A constituinte trabalhou sob a pressão de trustes americanos, principalmente a Standard Oil of New Jersey e a Internacional Telephone and Telegraph (ITT), esta interessada na concessão de serviços de telégrafo e rádio comunicação e aquela, nos artigos referentes à exploração do subsolo. A pressão dos capitais estrangeiros crescia à medida que o Brasil se tornava um mercado atraente para vários tipos de investimentos.(COSTA, 2001, p. 110) A denegação do “habeas-corpus” no Supremo Tribunal Federal baseava-se numa interpretação restrita, limitada à garantia do direito de locomoção, desde a época da emenda constitucional de 1926. Essa interpretação fora reafirmada a partir da criação do mandado de segurança. Em 1934 e incorporada em 1946. Estava-se longe da interpretação ampla dada ao “habeas-corpus” pôr Rui e seus seguidores durante a Primeira República. (COSTA, 2001, p. 121) Um mandado de segurança, datado de 28 de setembro de 1949, levantou a questão da ação popular contra ato lesivo ao patrimônio nacional provocada por aumento de subsídios de deputados e senadores, votado pelo

A Constituição de 1946 ampliou as garantias individuais, prevendo sobre a indenização pecuniária em caso de expropriação por falta de cumprimento à função social. O Mandado de Segurança volta à cena juntamente com o *habeas corpus*. Além de abolir a censura. Foi criado o Tribunal Federal de Recursos que aliviou a carga de trabalhos dos ministros do Supremo, que sempre que podiam decidiam observando os interesses do Poder que estivesse mais forte.

A partir dessas experiências tinham forjado um liberalismo conservador, paternalista e elitista, que transpareceria nos seus julgados e encontraria suporte entre a maioria dos congressistas. (COSTA, 2001, p. 125).

Com 48% dos votos, Vargas tomou posse em 31 de janeiro de 1951, e retorna ao Poder. Vargas não estabeleceu diferenças do mandato anterior. Com seu suicídio, o sistema representativo se manteve ameaçado pela perspectiva de um golpe que, de fato, acabaria se consumando em 1964.

As eleições presidenciais ocorreram em outubro de 1955. Para desespero dos inimigos de Vargas, venceu Juscelino Kubitschek, governador de Minas, com 36% dos votos que revertia seu apoio a este governo. João Goulart foi eleito vice-presidente. Foram muitos os ataques a este novo governo, inclusive acusações de corrupção.

Empregava uma política desenvolvimentista e nacionalista e abriu a participação do capital estrangeiro.

Durante os governos de Kubitschek e Quadros o Supremo Tribunal não foi chamado a enfrentar nenhum problema da magnitude dos arbitrados nos governos anteriores a não ser problemas de rotina. Concedeu “*habeas corpus*” a revoltosos presos, firmou alguns princípios importantes, como o da não-obrigatoriedade da vinculação partidária, o da representatividade da forma de governo, o da inconstitucionalidade da eleição indireta, o da competência do Tribunal de Justiça para

_____ Congresso. O mandato fora impetrado pelo advogado Clovis Monteiro de Barros e outros, que haviam solicitado ao tesouro nacional o pagamento do aumento. O Ministro Edgar Costa, relator, não conheceu do pedido por considerar o mandado de segurança meio inidôneo para a finalidade buscada. O Ministro estabeleceu no seu parecer distinção entre mandado de segurança e ação popular. Esta havia sido autorizada pela Carta de 1934, suprimida em 37, restabelecida e ampliada na de 46, que no artigo 141, parágrafo 38, conferia a qualquer cidadão o direito de pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. (COSTA, 2001, p. 125)

julgar crime de peculato cometido por governador, o não pagamento de Imposto de Renda pela magistratura e ainda decidiu sobre a constitucionalidade dos atos das Assembléias Legislativas dos Estados, no mais o Supremo enfrentou problemas de rotina.(COSTA, 2001)

Com o golpe militar no início do governo de João Goulart, os golpistas tentaram resolver os problemas dos brasileiros ao seu modo e terminaram em impor uma arbitrariedade histórica. O Legislativo e o Judiciário sofreram profundas modificações. O STF sofreu interferências em sua composição e tiveram seus poderes limitados. Criaram o Conselho de Segurança Nacional que analisava a partir de então a liberdade de expressão. (COSTA, 2001)

Tanto a Constituição de 46, quanto a Carta Constitucional de 67, com os Atos Adicionais e Emendas Constitucionais, sofreram numerosas transformações e se tornaram inoperantes e sem efetividade em seus fundamentos.

Poderia ser outra a realidade do Supremo Tribunal Federal faltou confiança por parte dos ministros quanto à sua garantia de atuação autônoma.

Segundo Aliomar Baleeiro (1968, P. 26), ao repetirmos o que foi dito das nações, podemos afirmar com relação às instituições, que “se foram felizes não tiveram história que mereça ser contada”. E o Supremo tem na sua historia linhas estabelecidas com sombras e grandezas próprias das instituições humanas.

Após a ditadura militar que facilitou naquele momento o movimento pela democracia não transpondo maiores dificuldades, pois o país encontrava dificuldades em contornar os problemas econômicos e sociais. Estabeleceu-se uma nova ordem marcada pelo movimento das “Diretas já”. Foi eleito indiretamente Tancredo Neves que não chegou a tomar posse porque veio a falecer. Sarney, então presidente, empossado e vice de Tancredo convoca a Assembléia Nacional Constituinte para elaboração de nova Constituição, e em 5 de outubro de 1988 a nova Constituição foi promulgada.

O país voltaria a acompanhar uma normalidade, quase vinte e cinco anos depois, com a Constituição de 1988, que estabeleceu em seu texto a consagração da Democracia brasileira.

Traçando uma comparação entre as constituições de 1946,1967,1969 e 1988 revelamos modificações que modificaram as funções do Supremo Tribunal Federal.

As constituições de 1946 e 1967 acabaram por incluir cinco órgãos do Poder Judiciário. Na constituição de 1946 constavam: o STF, O Tribunal Federal de Recursos, Tribunais Militares, Tribunais Eleitorais, Tribunal do Trabalho. Na constituição de 1967 veio a criação do Tribunal Federal de Recursos, que foi substituído por Tribunais Federais de Recursos. Novos órgãos foram incorporados com a Constituição de 1969 (para muitos Emenda nº 1) acrescentado aos órgãos criados pela constituição de 1967 os Tribunais estaduais. A constituição de 1988 definiu como órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça (instituído em 88), os Tribunais Regionais Federais (que substituíram os Tribunais Federais de Recursos), os Tribunais do Trabalho, os Tribunais eleitorais, os Tribunais militares, os Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (COSTA, 2001).

Esta análise histórica serve ao propósito de demonstrar a possível avaliação que se pode ter hoje com relação ao Supremo Tribunal Federal, em sua estabilidade e propósito e sua importância agora acrescida pela Constituição de 1988 veio a afirmar que os momentos conturbados notabilizaram sua história e credibilidade.

A nova Constituição conferiu autonomia administrativa e financeira ao STF que estreou um processo de independência para com o Executivo. Óbvio perceber que o Estado Democrático de Direito exige mais, principalmente no tocante à guarda da Constituição, mas nesses vinte anos de sua promulgação estamos no limiar da construção dessa nova ordem que antes de tudo já consolidada, caminha no interesse de sua efetivação.

Entretanto podemos notar que os tempos áureos vividos na primeira República e no início do regime militar de devotamento à ordem constitucional, não se perfazem no restante de sua história e como se não bastasse, o Supremo tem se afastado da sociedade dificultando a promessa da democracia brasileira.

A Constituição de 1988 manteve basicamente a estrutura do STF, anterior. Ampliando a sua competência no terreno constitucional, estabelecendo o Mandado de Injunção e alargando o rol das autoridades e instituições com legitimidade para propor Ação de Inconstitucionalidade e Ação de inconstitucionalidade por Omissão.

Também foi incorporado ao artigo 102, parágrafo único a competência para definir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que foi regulado pela

Lei 9882, de 3 de dezembro de 1999, que na próxima parte será objeto de estudo aprofundado.

O Supremo Tribunal Federal, desde sua criação, lutou para defender os direitos e garantias constitucionais conferidas aos cidadãos, para manter o estado de direito e o equilíbrio entre os poderes mesmo que tenha usado mais a timidez.

Diante de toda esta análise histórica percebemos que o Supremo caminhou até o presente momento para a afirmação de seu papel perante o povo brasileiro. Sofreu coações, arbitrariedades e desentendimentos, mas conseguiu estabelecer a legitimidade da República e tem acompanhado os avanços históricos traçados no linear da sociedade brasileira, sendo o primeiro a garantir a ordem legítima estabelecida e atualmente vivencia um momento propício para a abertura de seu discurso à participação popular. O exemplo das audiências públicas tem contribuído para esta aproximação, pois os olhos da população têm se voltado novamente, lembrando um pouco o que foi no tempo de Rui Barbosa, para os acontecimentos neste órgão.

O Supremo foi criado para garantir os direitos dos cidadãos, nem sempre quando é analisada sua história nos deparamos com atividade voltada para a defesa dos menos favorecidos, na sua atuação política o Supremo tem deixado esta defesa para o futuro e fechado os olhos para uma realidade simples e em nome de um interesse público eminente tem deixado de cumprir o seu papel de balizador entre os poderes. A ocorrência de suas funções tem se voltado para uma atuação conjunta com os outros poderes confundindo harmonia com colisão de interesses.

O Supremo Tribunal Federal não pode mais se omitir historicamente diante do contexto atual onde o discurso buscado pela nova ordem instituída lhe confere legitimidade à proteção dos interesses democráticos e sociais de direito, pelo contrário, deve retomar o seu papel efetivo na democracia vigente. O Supremo deve se ater a um discurso mais aberto e participativo para o seu fortalecimento.

Não nos cabe neste trabalho traçar críticas que minorem a atuação do STF, mas discutir a possibilidade de ampliação do seu papel perante o Estado, sustentando uma proximidade com a sociedade e o seu desempenho como guarda da Constituição que lhe foi conferido pelo Estado Democrático de Direito. A crença na legitimidade deste órgão como instância máxima da aplicação do Direito é sustentada nesse trabalho.

“O termo ‘democracia’ por sua etimologia, designa o poder do povo e em toda democracia o ‘povo’ é motor principal do modo de governo” (FABRE, 2003, p.20).

Indubitavelmente a democracia contemporânea não se convencionou no formato original e antigo da Grécia ateniense, a representação que se estabeleceu com o limiar do tempo em que a mediação insere o “povo” como fonte do poder preconizada em sua volição. No entanto este modelo que se apresenta de democracia indireta tem formado as bases do nosso Direito Constitucional e realizado não de forma *stricto sensu* de democracia, da forma direta, mas na representação da vontade do povo a funcionalidade do Estado e a busca pela efetividade das normas constitucionais.

A crítica com relação aos avanços do STF no tocante a sua timidez diante das ações constitucionais principalmente com relação ao controle político, tem denotado um empreendimento doutrinário em busca de soluções democráticas.

Convivemos com as ambigüidades da democracia, os que a promovem e os que a rejeitam. A democracia é uma tentativa de abrir o discurso de gestão e balizar as funções do poder para dignificar as escolhas dos cidadãos.

Na análise que fizemos até aqui encontramos com a competência de guardião estabelecida na Constituição de 1988 ao STF em seu art. 102, *caput*.⁵ Convencionada no texto constitucional, a sua competência de guarda e fiscalização dos abusos contrários à constituição, o STF tem estes segmentos como estabelecidos em suas funções primordiais. No entanto contornamos a crítica de únicos guardiões dos valores constitucionais trazendo a efetivação democrática da audiência pública que tem o seu estabelecimento previsto em lei e que terminaria determinando uma proximidade deste órgão com o “povo”.

Pela visão do Procurador da República Álvaro Ricardo, a cidadania não é mais signatária de uma proteção excessiva do Estado em questões que envolvam a definição de dignidade humana, muito mais se esta proteção venha a ser estabelecida pelos onze ministros do STF. As Cortes Constitucionais não seriam então neste sentido, única guardiã da Constituição, pois seria da sociedade essa missão. Pois a

⁵ (...) compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição...

ação estatal tem cunho subsidiário em sua atuação, e a verticalização da Jurisdição Constitucional fere os princípios básicos do Estado Democrático de Direito, sendo que as decisões de cunho constitucional devem ser tomadas com o alcance participação da sociedade.

A percepção que confere abertura aos cidadãos no discurso de aplicação denota uma confiança rumo ao alcance da democracia e diminui os discursos críticos da não abertura participativa.

Apesar da Constituição de 1988 haver concedido um rol muito extenso de direitos fundamentais, a sua efetividade se deve a uma regulamentação normativa omissa que não fora ofuscada em seu determinante papel como instrumento político na evolução do país.

Nos dizeres de Antonio Álvares da Silva (2004, p.44), “uma Constituição não é conquista política em si mesma, mas um meio de chegar a ela. Toda norma, inclusive constitucional, é instrumento para um fim: adequar a conduta humana aos valores estabelecidos em seu comando. Lei não é papel. É vida”.

A Constituição Federal na verdade é o atalho para as invocações populares que estabelecem a defesa de seus mandados normativos propugnados em sua fundação e o STF tem nessa garantia papel fundamental de manter os desejos fundantes.

O obstante esclarecimento a que chegamos nesta análise crítica é de fácil percepção o distanciamento do STF com relação à sociedade torna-se o cerne que a fundamenta. O nível de exclusão do processo é realidade, e que estando diante desta crise de discricionariedade que enfrenta o STF, nos voltamos para a busca de uma promoção de uma democracia dialógica.

A exclusão social se inicia quando da escolha dos Ministros do STF, com o estabelecimento de critérios, dando ênfase ao quinto constitucional seguindo determinação de que a escolha seja feita nos moldes do art.101 da CR/88⁶. A escolha

⁶ “Art.101 - O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.” (BRASIL,2005)

dos Ministros do STF se realiza por escolha do Presidente da República que passa então por uma sabatina no Senado Federal para identificar o notável saber jurídico na formação intelectual do então indicado esta característica advinda de uma desconfiança depositada no judiciário.

Estamos enaltecendo o papel que os Ministros do Supremo desempenham na hermenêutica constitucional. Deixamos em evidência que todos os cidadãos devem ser construtores dos rumos que apreendem nossa democracia nos seus preceitos fundamentais. Na democracia brasileira a soberania popular é exercida pelo povo por meio de seus representantes ou diretamente. A atuação do órgão supremo do Judiciário deve estabelecer uma proximidade com os populares amenizando o déficit de legitimidade.

A crise do STF que é tratada por Baracho (2006) confirma que em um ano este órgão julga os conflitos que a Suprema Corte americana julgou em toda a sua existência.

Sendo que a quantidade de processos protocolados e o de julgamentos proporcionam um desequilíbrio, resultando em congestionamento neste órgão diante da impossibilidade de decisões em todos eles.

O relatório que foi elaborado pelo STF indicando a eficiência com relação à reforma então proposta ao Judiciário, propunha um aumento do número de seus juizes, atribuição parcial da competência do STF a outro Tribunal e a restrição à recorribilidade, em tema de recurso extraordinário. (BARACHO, 2006)

A primeira proposta encontra legitimidade inclusive na primeira formação do STF, na Primeira República e depois Vargas abreviou para o número atual que fora confirmado pela constituinte que aprovou a CR/88.

A segunda proposta encontra impedimento na possibilidade de se exceder o número de feitos transferidos para esse novo Tribunal de Revisão ou Cassação e com relação ao recuso extraordinário, os temas constitucionais não se apresentam isoladamente, mas com a aplicação e interpretação de leis federais. O STF com atribuições de Corte Constitucional; acabaria com as funções de revisão e cassação.

Diversas têm sido as alternativas para recomposição do STF, sendo que redução de atribuições, discriminação regimental, recurso extraordinário dependente de relevância

da questão, especialização das turmas julgadoras, tribunal especial para aplicação uniforme da lei constituem algumas maneiras de ao Pretório Excelso uma nova posição dentro do regime político brasileiro.(BARACHO, 2006, p.772)

A crise que enfrenta o STF com o abarrotamento de processos tem levado alguns autores como Fernando Jayme (2000) a enfrentá-la atribuindo a possibilidade de um Tribunal Constitucional. O jurista Baracho (2006) concorda que o STF tem ocupado uma posição desvirtuada, e que de sua competência deveriam ser excluídos os casos em que o conhecimento e julgamento não condigam com a sua posição.

A Ministra Carmem Lucia (1998) enfatiza a preocupação com a adoção de um Tribunal Constitucional uma vez que este tem que ser um órgão apartado dos três poderes, totalmente diferenciada a sua competência do nosso órgão de cúpula judiciária, sendo que os magistrados ocupantes de cargo na Corte Constitucional são eleitos para um mandato de prazo determinado (em média sete a doze anos), mediante indicação e nomeação advinda de vários órgãos governamentais e não apenas de uma autoridade a exemplo do sistema brasileiro.

Todas as considerações traçadas em torno da preocupação de se estabelecer um Tribunal Constitucional vão desembocar na posição que o STF deve coincidir em proteger como guardião, do processo Constitucional.

Para garantir o Estado de Direito, é estabelecido ao órgão supremo de sua jurisdição aplicar as normas constitucionais que configurem sentido.

A interpretação constitucional exige uma maturidade intelectual dos magistrados que compõem a cúpula judiciária, pois como intérpretes finais devem ter grande sensibilidade para a aplicação e interpretação dos casos que são levados para sua definição. Nesse sentido, o STF brasileiro no transcorrer de sua história, apresentou figuras que marcaram a nossa evolução no que tange o controle de constitucionalidade.

Indubitavelmente a Constituição de 1988 tem edificado um judiciário com bases mais sólidas, percebidos os direitos que são conferidos com relação à democracia e proteção da soberania brasileira, estabelecendo limites ao intérprete com relação aos preceitos defendidos pela sociedade.

2.2 A atuação política do Supremo Tribunal Federal brasileiro

A atuação política do Supremo Tribunal Federal brasileiro tem evidenciado que mesmo com a Constituição brasileira de 1988 instituindo os controles; difuso e concentrado este órgão tem atuado como Corte Constitucional em detrimento do controle difuso.

Na época prévia à Constituinte de 86, muitos foram os debatedores da doutrina pátria que defendiam um papel jurídico-político para o Supremo Tribunal Federal nos moldes da Corte Suprema Norte-americana, onde primordialmente seriam discutidos os eventos constitucionais.

O pensamento advindo da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo propunha a discussão sobre o papel e a competência da Corte Suprema que viria a instituir as questões constitucionais. A reação contrária e conservadora foi imediata. Dentre as alternativas prevaleceu a que mantinha o Supremo Tribunal Federal, mas com as atribuições do novo Superior Tribunal de Justiça.

Nesta via, também foi proposto o número de 16 ministros, como da criação na velha República; mas novamente esta proposta sofreu pressões divergentes, o que acabou por manter-se o número atual de 11 ministros, todos da indicação do Presidente da República, ouvido o Senado Federal, que sabatina os indicados. Vale ressaltar que este número de ministros foi configurado pelo governo Vargas e mantido pelos constituintes dos anos 80.

A vitória foi parcial. Ainda que não tenha convertido o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, foi-lhe atribuída, a função de guardião da Constituição e parte de suas antigas atribuições transferidas para o novo Superior Tribunal de Justiça. (CITTADINO, 2000).

A Constituição dividiu as competências do Supremo em *originárias* (art. 102, alíneas *a a q*), cabendo ao Tribunal decidir em juízo único e definitivo; *recursais*, que por sua vez devem ser *ordinárias* (art. 102, inc. III, alíneas *a a c*), competências

relativas às causas julgadas em única instância por outros tribunais, que implicam na violação à Constituição.

Oscar Vilhena Vieira(2002) estabelece que há uma continuidade com relação às competências do Supremo, deduzidas da prestação jurisdicional de controle abstrato de constitucionalidade que se refere à competência originária do STF para processar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade, por ação ou omissão, a ação declaratória de constitucionalidade, e ainda a suspensão cautelar de ato normativo impugnado na ação direta de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

Em outra esfera esta mesma continuidade com relação às competências do Supremo, a jurisdição constitucional de proteção de direitos, que consta da competência do STF para apreciar originariamente ou por força de recurso os remédios constitucionais, quais sejam, o *habeas corpus*, Mandado de Injunção, *habeas data* e Mandado de Segurança, voltados à garantia de direitos.

Em uma terceira esfera de competência extensiva de que trata o autor supracitado, a jurisdição constitucional sem controle da constitucionalidade, inclusa as questões relativas ao julgamento de autoridades da República, quando estes cometem crimes comuns e também na resolução de litígios entre o Estado estrangeiro e União, além de outras competências.

O artigo 102 da Constituição Federal atribui ao Supremo Tribunal Federal o papel da guarda constitucional. Papel este que remete ao caráter político que aquele assume no novo texto constitucional, mesmo não tendo empreendido como gostaria a doutrina revolucionária da época, o de Corte Constitucional, pois as atribuições de competência que deveriam ser transferidas para outros órgãos superiores não o foram, ficando STF sobrecarregado com questões que o afastam da sua função precípua, de órgão fiscalizador da Constituição.

A ação política é traduzida na função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, essencialmente na tutela constitucional na função jurisdicional ou pelo menos uma ação de repercussão política.

Neste empreendimento de guarda da constituição, o STF deve considerar a interpretação do texto constitucional de forma aberta dialogicamente, instituindo a proteção dos direitos sociais e uma maior longevidade para a Constituição, deitando

limites ao poder reformador, numa valoração e implantação dos direitos fundamentais, inibindo as omissões do poder público.

A função constitucional confunde-se com o caráter político de sua atuação, no sentido de que o Poder do Estado é poder “político” e não se pode alhear dos problemas políticos nacionais, nem ignorá-los. Logo, pode ser e certamente será convocado a apreciar questões ligadas ao exercício da atividade política do governo, quer em sentido amplo, quer relacionado com atos que, praticados por ele, representem violações das garantias e direitos individuais.

Atuando como intérprete da Constituição, há de decidir conflitos de interesses entre os Poderes do Estado, arbitrando-lhes as controvérsias para estabelecer o equilíbrio quebrado, a interdependência ameaçada, ou a harmonia atingida. (CORREA, 1987).

Em que então consiste a questão política? A atividade do Poder Judiciário tem de ser descrita a partir das limitações impostas a seu próprio poder. Sendo assim, a prática revela que ele atua sem determinar um conceito preciso e claro acerca da natureza da política, o que dificulta estabelecer até onde se estende no regime federativo.

O domínio de sua competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la em seus próprios conceitos.

O Poder Judiciário tem-se destacado nesse papel de superioridade constitucional e neste contexto, mesmo contrariando os juristas que se colocam contrários à pretensão de se adotar um Tribunal Constitucional prevalece o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade.

A noção de constituição como norma jurídica, portanto, recomenda que a garantia de sua efetividade deva ser feita jurisdicionalmente, pois é competência da função jurisdicional dizer o direito e, no conflito de normas preserva-se a supremacia constitucional e declara-se nula a lei (JAIME, 2000).

A Constituição tem uma concepção estrutural, que a considera em seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de elementos e

membros que se enlaçam num todo unitário. O sentido jurídico de Constituição se perfaz em conexão com o conjunto da comunidade. Os elementos constitucionais se formam quando o modo de agir em sociedade transforma-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamentos do existir comunitário que o constituinte revela como preceitos fundamentais. (SILVA, 2000)

Kelsen nos ensina que a busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhes são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio específico do Estado de Direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal. (KELSEN, 2003).

Para a Ministra Carmem Lucia (1998), a Constituição aberta consegue promover a interpretação jurídica aberta, que caracteriza uma atuação permanente e direta aos cidadãos em seus organismos sociais e políticos no sentido da criação e da recriação dos institutos jurídicos. O Direito produz-se na sociedade e formaliza-se no Estado, com o retornando dos efeitos da decisão à sociedade.

É obvio que o Supremo Tribunal Federal exerce função política é difícil não exercer pós as normas convencionadas na Constituição de 1988, mas o exercício desta função acontece quando há necessidade da aplicação e proteção da Constituição da República, decisão sobre a validade das leis e atos executivos.

José Luiz Quadros de Magalhães (2006, b), enfatiza que devemos buscar uma sociedade justa e democrática, sendo crucial para a promoção desta realidade, a existência de um Judiciário independente e autônomo, fiel à defesa do Estado de Direito, à democracia e à Constituição com seus mandamentos econômicos equilibrando a defesa social.

2.3 O controle de constitucionalidade

Após o advento da Constituição de 1988 tivemos mudanças na esfera da jurisdição constitucional, repercutindo em forte impacto sobre as competências do Supremo Tribunal Federal. Estes acontecimentos transformaram-no em um importante espaço para resolução dos conflitos políticos, transformando este órgão em centro distributivo de justiça constitucional.

O artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal estabelece em suas linhas o seguinte discurso: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esta afirmação nos remete à conclusão de que cabe ao Judiciário o domínio sobre jurisdição, que deve ser invocada sempre que se tenha na eminência o desrespeito a direito individual ou coletivo.

O controle de constitucionalidade no Brasil, diferentemente dos países que seguem o modelo kelseniano, é exercido pelo poder judiciário. Isto porque não há uma jurisdição especial de garantia da Constituição (JAYME, 2000).

Para Fernando Jayme (2000) o melhor modelo a ser apresentado é Tribunal Constitucional que teria competência especial para a matéria constitucional. E completa informando que o modelo apresentado por Kelsen é de uma Corte Constitucional apartada do Judiciário, de natureza jurisdicional, mas com feição política, detentora exclusiva da função de garantia da Constituição, cujos membros poderiam ser eleitos e exercendo mandato por prazo determinado.

Da perspectiva formal, ao Supremo Tribunal Federal cabe hoje uma dupla função. É órgão de cúpula do Poder Judiciário, pois detém a competência recursal máxima, podendo rever decisões dos demais tribunais, frente às suas incompatibilidades em relação à Constituição. Dispõe, também, de atribuições de foro privilegiado para julgamento de ações que envolvam determinadas autoridades da República, exercendo, por fim, a função de tribunal constitucional.

A jurisdição constitucional tendo natureza política apresenta-se como uma das conseqüências diretas da separação de poderes. Esta, nos regimes democráticos, traduz-se como garantia da cidadania.

Indo ao encontro do entendimento da Ministra Carmen Lúcia, o Poder Judiciário é sede da cidadania ativa, não edificando exclusividade apenas de voto ao Executivo e Legislativo a conquista da cidadania. A jurisdição é via de agitação permanente de cidadania ao contrário dos outros dois órgãos funcionais em que o voto é compreendido em uma dimensão temporalmente delimitada, legalmente definido e circunstancialmente objetivado para uma escolha representativa. Ao completar o pensamento a Ministra define que não há democracia garantida sem jurisdição assegurada aos cidadãos. Não há Constituição efetiva se a atuação do Judiciário for ineficiente.

A jurisdição é ambiente para atuação da liberdade individual. O individuo é livre para interpretar o direito e aplicá-lo segundo seu entendimento. O cidadão que entende ter seus direitos ameaçados pode buscar, no órgão judicialmente competente, o restabelecimento da sua segurança jurídica ou o ressarcimento pela sua ruptura. (ROCHA, 2006).

A doutrina costuma identificar três grandes modelos de controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno: o americano, o austríaco e o francês. O modelo americano, cujo marco inicial foi a decisão proferida em *Marbury versus Madison* (1803), tem por característica essencial o fato de o controle ser exercido de maneira difusa por todos os juízes e tribunais, no desempenho ordinário de sua função jurisdicional.

O modelo austríaco, introduzido pela Constituição daquele país em 1920, e disseminado na Europa após a 2ª Guerra Mundial, sobretudo pelo prestígio do Tribunal Constitucional Federal Alemão, tem como elemento característico a criação de um órgão próprio – a Corte Constitucional. A esta se atribui competência para, concentradamente, manifestar-se acerca da constitucionalidade das leis. Nesse sistema, como regra geral, juizes e tribunais suspenderão o processo no qual tenha sido feita argüição plausível de inconstitucionalidade de determinada norma, remetendo a questão para ser decidida pelo Tribunal Constitucional. Após o pronunciamento

acerca da questão constitucional, retoma-se a tramitação do processo perante o juízo ou tribunal competente.

De resto, o modelo francês tem por traços fundamentais seu caráter não jurisdicional e prévio, sendo o controle exercido pelo Conselho Constitucional.

Dessas matrizes surgiram variações de maior ou menor sutileza, abrigadas nos sistemas constitucionais de diferentes países.

Ao nos apoiarmos na obra intelectual de Luiz Roberto Barroso (2004) vimos a possível sistematização das características de cada uma desses modelos, levando em conta aspectos subjetivos, objetivos e processuais, ordenados na classificação abaixo:

a) quanto à natureza do órgão de controle:

a.1) Controle político – no Brasil elegemos o Judiciário como órgão responsável pelo controle político da Constituição; ao contrário da França, ideologicamente desconfiada dos juízes desde Napoleão, rejeita a fórmula do controle judicial. Foi na Revolução Francesa onde se estabeleceu o empenho em criar um órgão político de controle de constitucionalidade. Em 1946, após a 2ª Grande Guerra Mundial, criou-se na França o *Comité Constitutionnel*, composto pelo Presidente da República, o Presidente da Assembléia Nacional e do Conselho da República, sete membros indicados pela Assembléia Nacional e três pelo Conselho da República. Sua função seria dizer se havia necessidade de exigência de revisão de lei votada que não poderia contrariar a Constituição. A Constituição francesa em vigor criou o Conselho Constitucional. Este se pronuncia anteriormente à promulgação de determinadas leis, não podendo declarar inconstitucionais os diplomas legais vigentes. Vale salientar; no Brasil o controle também se efetiva com a harmonia entre os poderes, com a possibilidade de veto de lei tida inconstitucional, por parte do Poder Executivo, também subsistindo o controle prévio exercido pelo Legislativo nas Câmaras de Constituição e Justiça.

a.2) Controle judicial – o controle judicial de constitucionalidade teve início nos Estados Unidos, com a decisão histórica da Suprema Corte no caso *Marbury versus Madison*, julgado em 1803. No sistema americano, o princípio maior é o da supremacia da

Constituição, cabendo ao Judiciário o papel de intérprete. A Constituição é a lei suprema, qualquer lei com ela conflitante é nula. Aos juízes e tribunais é dada a competência de optar pela Constituição em caso conflituoso de uma lei. Com a Constituição austríaca de 1920 introduziu-se na Europa o controle de constitucionalidade, com Hans Kelsen como mentor de tal projeto, estabelecendo, enfim, o Tribunal Constitucional, cuja natureza é jurisdicional não abarcando necessariamente a estrutura do Judiciário. No Brasil o sistema incorporado ao controle judicial é eclético, combinando elementos do *judicial review*, americano e da Corte Constitucional alemã, que teve sua criação influenciada pela Corte austríaca nos moldes kelsenianos.

b) quanto ao momento de exercício do controle:

b.1) Controle preventivo – este controle se realiza previamente à análise de projeto de lei, que estabelecida sua inconstitucionalidade, não se realiza como lei na sua totalidade, pois o órgão responsável pelo controle propõe medidas de eliminação de eventuais inconstitucionalidades. Foi assim estabelecido pelo Conselho Constitucional francês, e também em Portugal. No Brasil se identifica como o controle de constitucionalidade exercido previamente pelo Poder Legislativo ocorrido no início do processo legislativo pelas Comissões de Constituição e Justiça. Pelo Poder Executivo é exercido o veto a projeto de lei aprovado pelo Legislativo, discutindo a inconstitucionalidade do ato objeto de deliberação. Quando o Supremo Tribunal Federal se envolve com o controle prévio de constitucionalidade, acaba por conhecer dos mandados de segurança requeridos por parlamentares contra propostas de emendas à Constituição que violem o art.60, §4º da Constituição.

b.2) Controle repressivo - quando a lei já está em vigor e se realiza o controle a repressivo e causa a paralisação da eficácia da lei. Esse controle é desempenhado no Brasil pelo Judiciário e seus órgãos, que o exerce de forma difusa ou concentrada. Com relação ao modo em que discute a questão constitucional, poderá ser por via incidental ou principal.

c) quanto ao órgão judicial que exerce o controle:

c.1) Controle difuso – historicamente também teve início nos Estados Unidos da América, em 1083 com o caso Marbury *versus* Madison, tendo como chefe de justiça John Marshal sentenciando no caso. Ao interpretar a Constituição que não trazia norma específica sobre o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário, Marshal fixou os fundamentos do *judicial review*, firmando a Suprema Corte como órgão que deveria tomar conhecimento do caso⁷. Com relação a Marshal, não há como deixar de admitir que o controle de constitucionalidade das leis nasce num país que se colocava em luta pelos desmandos perpetuados pelo Poder Legislativo. Aliás, nenhum poder pode exorbitar de suas funções.(CRUZ,2004)

Pelos aportes estabelecidos em sua obra, Zeno Veloso (2003), alerta para o

⁷ “Marshall era secretário de Estado do Presidente Adams, ambos do partido federalista, derrotado por Jefferson nas eleições presidenciais. No interregno entre o resultado do pleito e a posse dos novos governantes, Adams levou a efeito o seu testamento político nomeando para o Judiciário seus correligionários políticos. Um dos beneficiários foi o próprio Marshall, nomeado para Presidente da Suprema Corte (‘chief justice’) e empossado no cargo de secretário de Estado até o término do governo Adams. Marshall ficou incumbido de entregar os títulos de nomeação aos demais beneficiados, embora não tenha conseguido completar sua missão. Um dos títulos não entregues nomeava William Marbury para o cargo de Juiz de Paz no Condado de Washington, Distrito de Columbia. Empossado o novo governo, o Presidente Jefferson determinou a James Madison, seu Secretário de Estado, que não entregasse o título ao nomeado. Assim foi que Marbury, após notificar Madison – que permaneceu saliente- para que este apresentasse as razões pelas quais se negava a dar-lhe posse, impetrou um ‘writ of mandamus’ perante a Suprema Corte postulando o reconhecimento de seu direito. Após dois anos de demora para o julgamento do caso, debaixo de pressões políticas fortíssimas e críticas contundentes da imprensa, o Tribunal proferiu seu veredicto. Para compreender totalmente a decisão de Marshal, impõe-se registrar que, naquela ambivalência política, chegou-se a cogitar o ‘impeachment’ dos juizes da Suprema Corte e a proclamar que a ordem, caso concedida, não seria cumprida pelo Executivo. Passando ao largo do que seria uma hipótese evidente de parcialidade do juiz, Marshall principiou o julgamento pelo mérito, proclamando o direito de Marbury à posse do cargo para o qual fora nomeado. Assim, ficava consignada perante a opinião pública a posição da Suprema Corte acerca da ilegalidade do Presidente Jefferson e de seu Secretário de Estado. Nada obstante, a ordem era denegada por força de uma preliminar de incompetência da Corte, com que se afastava o risco de uma crise entre os Poderes. Para o reconhecimento da preliminar, entretanto, foi necessário declarar inconstitucional a lei que atribuía competência à Suprema Corte para julgar casos como aquele em exame. (CRUZ, 2004, p. 325-327).

modelo difuso americano em que qualquer juiz ou tribunal estabelece uma fiscalização da constitucionalidade, convive com o *stare decisis*, que transporta o efeito vinculante das decisões da Suprema Corte sobre questões constitucionais ao efeito *erga omnes*.

No Brasil, a extensão *erga omnes* não se transporta tal como percebemos pelo *stare decisis*, (isso elevando em consideração as críticas dos precedentes) o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma lei exige participação do Poder Legislativo, especificamente o Senado Federal. O controle judicial de constitucionalidade, sob um ponto de vista subjetivo ou orgânico, poderá ser difuso. É difuso quando qualquer juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma norma e a sua não aplicação ao caso concreto, mas evidente que a questão deve ser levada ao conhecimento do supremo. O controle difuso de gênese americana todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais têm o poder e o dever de não aplicar as leis que ocorrerem em inconstitucionalidade nos casos discutidos em julgamento. No Brasil o controle difuso vem desde a primeira Constituição republicana, com o aval de Rui Barbosa seu grande defensor e também defensor das liberdades fundamentais do homem. (BARROSO,2004)

O método difuso é assim nomeado por autorizar a qualquer órgão do Judiciário, monocrático ou colegiado, em qualquer grau de jurisdição, para que possa efetivamente exercer a chamada Jurisdição Constitucional Ordinária. Para Souza Cruz (2004), o controle difuso aproxima a Jurisdição Constitucional e a sociedade e até mesmo incrementa o exercício da cidadania, robustecendo a noção de democracia, especialmente em países como o Brasil, com uma história constitucional tão atribulada. Ao continuar seu intento Souza Cruz afirma que no controle difuso qualquer indivíduo tem legitimidade para argüir a inconstitucionalidade, desde que o faça no bojo de processo que discuta concretamente ameaça/violação de direito subjetivo, seja ele individual, heterogêneo ou homogêneo, coletivo ou difuso.

c. Controle concentrado - teve como seu idealizador Hans Kelsen, que foi

responsável pela sua adoção na constituição austríaca de 1920, e com a reforma de 1929, acabou sendo aperfeiçoado⁸.

Este controle é exercido por um único órgão do judiciário ou por um número limitado de órgãos que coadunem com esta função específica.

No entendimento do Jurista José Alfredo de oliveira Baracho (2006), o modelo austríaco, foi influenciado pelos tribunais constitucionais europeus e caracteriza-se pela consagração de um órgão especializado, a Corte Constitucional de natureza jurisdicional, para realizar o controle de constitucionalidade e atos de autoridade que conflitem com a Constituição, que não podem ser de competência dos juizes ordinários. Quando declarada a inconstitucionalidade tem efeitos *erga omnes*, com eficácia da lei específica a partir do momento da publicação da decisão, através de prazo fixado pelo Tribunal Constitucional.

Esta concepção kelseniana⁹ diverge em muito do *judicial review* americano, pois se trata de uma função constitucional autônoma e não de fiscalização. Não se discutiria qualquer caso concreto, mas a confluência ou não de determinada norma com a constituição. Os dois modelos examinados possuem características

⁸ Antes de entrar em vigor a Constituição de 1920, as cortes austríacas tinham o poder de controlar a constitucionalidade das leis apenas no concernente à sua adequada publicação. Contudo, o poder que tinham de se pronunciar a respeito da ilegalidade e, logo, da constitucionalidade dos decretos, não era restringido. Uma visão judicial da legislação, portanto, só era possível dentro de limites bastante estreitos, e ampliar essa instituição foi um dos objetivos da reforma constitucional de 1920 (KELSEN, 2003, p.303-304). _____

⁹ “O paradigma de órgão constitucional estabelecido pela Constituição austríaca de 1920 teve sua Corte Constitucional suprimida em 1934 e restabelecida em 1945 ao terminar a Segunda Grande Mundial, apesar de ter tido grande repercussão no primeiro pós-guerra, sendo que a Carta Constitucional de fevereiro de 1920 antecipou a Constituição austríaca que foi promulgada em 1º de outubro de 1920. naquela época deve-se mencionar o Tribunal de garantias constitucionais, consagrado pela Constituição espanhola republicana, promulgada em dezembro de 1931. Após a Segunda Guerra Mundial, o modelo da Constituição Federal Austríaca e sua Corte Constitucional ampliou-se de maneira considerável, tendo em vista que o Tribunal especial austríaco, restabelecido em 1945, influenciou a criação de tribunais ou Cortes Constitucionais na Constituição da Itália de 1948, na lei fundamental de Bonn de 1949, na Constituição da Turquia (1961-1982), na antiga Iugoslávia (1963-1974), em Portugal (1966-1982), Espanha (1978), Bélgica (1980), denominado Tribunal de arbitragem. Nesta relação convém acrescentar o Conselho Constitucional francês que surgiu como órgão político, porem que na atualidade a doutrina considera como realizador de funções predominantes da Jurisdição constitucional”. (BARACHO, 2006 p.326)

diferenciadas, o controle americano é difuso, incidental, especial e declarativo, ao passo que o modelo austríaco ou constitucional europeu é caracterizado concentrado, autônomo, principal, geral e constitutivo. (BARACHO, 2006)

Os Tribunais a que referimos têm amplas atribuições. No entanto, decidem conflitos de competência e de atribuição entre os diversos órgãos políticos, bem como as controvérsias entre entidades centrais e regionais ou federativas, especialmente aquelas referentes à constitucionalidade de disposições legislativas, cujas atribuições mais importantes estão relacionadas à proteção dos direitos fundamentais.

Carl Schmitt (2006) contestou veementemente a idéia kelseniana de uma justiça constitucional capaz de revogar atos do parlamento. Para ele, o sistema de justiça constitucional é incompatível com o regime democrático, onde as decisões políticas devem ficar no âmbito do Legislativo ou Executivo, no caso de um regime presidencialista. Aos juízes é incumbido julgar “sobre a base da lei” e não julgar a própria lei. Seria entregar à “aristocracia de toga” todo o poder político. O supremo chefe da nação teria legitimidade para exercer a função de controlar a constitucionalidade das leis.

A Emenda Constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965, introduziu o controle concentrado de constitucionalidade em face do Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República. Com o advento da Constituição de 1988 esta competência foi ampliada pelo art.103 da CR/88¹⁰.

As mudanças não pararam com a Constituição de 1988. A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, inovou com a possibilidade da Ação Declaratória de constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

¹⁰ Art.103. Podem propor ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I – O Presidente da República; II – A Mesa do Senado Federal; III – A Mesa da Câmara dos Deputados; IV - A Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou Distrito Federal; VI- o Procurador Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (os incisos IV e V foram acrescentados pela EC Nº 45).

No Brasil adotamos o controle misto de constitucionalidade onde os dois modelos, o americano e o austríaco serviram para a formação do nosso sistema de controle constitucional.

Com o advento das leis 9882/99 e 9868/99 o controle concentrado tem ganhado evidência na nossa aplicação do direito, onde o controle de constitucionalidade tem se tornado mais efetivo no órgão máximo do Judiciário, o STF.

d) quanto à forma ou modo de controle judicial:

d.1) Controle por via incidental – a *incidenter tantum* se efetiva quando é estabelecida uma fiscalização por parte dos juízes e tribunais na apreciação de casos concretos analisados pela jurisdição. A questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária à resolução de litígio.

Quando o controle incidental é tratado como via de exceção ou defesa a inconstitucionalidade seria invocada pela parte demandada, para declarar norma aplicada como inválida.

A inconstitucionalidade pode ser suscitada não apenas como tese de defesa, mas também como fundamento da pretensão do autor, o que se tornou mais freqüente com a ampliação das ações de natureza constitucional. (BARROSO, 2004, p.48)

Já com o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso no Brasil. Como regra, eles se superpõem. Com a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, criada pela Lei 9982, de 3 de dezembro de 1999, passou-se a perceber a possibilidade de controle incidental concentrado.

d.2) Controle por via principal ou ação direta - este modelo de controle não segue a via difusa como o controle por via incidental. Segue o modelo europeu com os tribunais constitucionais. Trata-se de controle exercido independente de uma disputa entre partes, e sim a validade de uma lei.

Não há lide com conflito entre as partes, não há na verdade nem partes. Tem como objeto ao debate de norma existente e seu conflito constitucional.

O controle por via principal ou ação direta coaduna com a possibilidade da Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade de uma omissão diante da inércia ilegítima do parlamento com relação à complementação de norma à Constituição.

No Brasil, o controle por ação direta tem caráter abstrato e em regra está associado ao controle concentrado.

2.3.1 Legitimidade do controle de constitucionalidade

O debate que se tem formado em torno da legitimidade do controle de constitucionalidade tem mostrado até mesmo a fragilidade do Supremo Tribunal Federal frente esta realidade.

O controle de constitucionalidade no Brasil foi construído primeiramente segundo os moldes americanos, resultado da construção jurisprudencial que se formou com a decisão do juiz John Marshall, em *Marbury versus Madison*.

Não se formou nos moldes europeus, onde foi travada uma célere discussão entre Kelsen e Schmitt. Kelsen estabelecia uma crítica do controle difuso americano, e sua deficiência, surgindo o modelo concentrado como contraponto ao americano e tratava da legitimidade do controle dada à Corte Constitucional como guardiã da Constituição.

Já Schmitt (2006) defendia a tese de ser o monarca o detentor da legitimidade em tratar do controle de constitucionalidade, uma vez que detinha representação direta popular.

No Brasil implementamos de maneira formal com a Constituição de 1891 o controle difuso primeiramente, e defendida pelo seu maior colaborador Rui Barbosa. Conforme já visto, este previa na competência do Supremo a defesa dos direitos individuais até mesmo diante dos desmandos do Executivo.

Nos ensinamentos dispostos por Luiz Roberto Barroso (2004), os dois sistemas quando da declaração de inconstitucionalidade, paralisam os efeitos da norma, com efeitos *erga omnes*, ou então a retirada desta norma do sistema jurídico, tanto na

Suprema Corte, quanto no Tribunal Constitucional, funcionando como legislador negativo, que não produz norma como o legislador positivo, mas atua na sua supressão.

Críticas apontam para a possibilidade de ativismo judicial, negando a competência do legislador em matéria de lei. Uma delas defende o argumento de que agentes públicos não eleitos pelo povo não deveriam ter competência para invalidar normas provenientes de órgãos legitimados por representação popular. Sobre outro aspecto, também se critica os pronunciamentos dos órgãos judiciais, uma vez que se esgotem os recursos processuais cabíveis, não estão sujeitos ao controle democrático, extraíndo-se a possibilidade de sua superação via emenda constitucional.

Como podemos perceber, a Constituição, obra máxima da soberania popular, subordina até mesmo o legislador, e ao Judiciário cabe interpretá-la e cuidar da sua aplicação. Mesmo que tenha que decidir lide de natureza política, as técnicas e procedimentos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais são jurídicos.

O modelo constitucional em suas conseqüências atua na tutela dos direitos fundamentais perante as Cortes Constitucionais, trazendo uma nova visão para a jurisdição constitucional. Nesse sentido o processo constitucional transforma-se em técnica de proteção dos direitos fundamentais. (BARACHO, 2006)

Ao interpretar normas constitucionais, o Judiciário busca a efetividade dos direitos humanos e o processo constitucional transparece como técnica de proteção desses mesmos direitos.

O judiciário, ao interpretar as normas constitucionais revela a vontade de constituinte, isto é, do povo, e a faz prevalecer sobre a das maiorias parlamentares eventuais (BARROSO, 2004, p.54).

Nesta seara Luiz Roberto Barroso (2004) completa que a argumentação acima se funda sobre a premissa de que a interpretação seja uma atividade mecânica, subjuntiva de determinados fatos à dicção inequívoca da norma. A competência livre e discricionária não se estabelece desta forma e não compromete a democracia. O papel volitivo do Judiciário não se impõe nem a seu próprio juízo de valores, apenas submete os legisladores às escolhas prévias do povo. Neste caso o juiz limita-se a aplicar a decisão do constituinte ou do legislador, não envolvendo criação e escolhas.

As normas jurídicas não oferecem uma única solução possível para os casos concretos ao qual se aplicam. Mesmo sendo as normas estabelecidas dentro de uma moldura, vale a criatividade do intérprete que busca a abertura e fluidez da norma constitucional inclusive, com varias possibilidades interpretativas. Apesar do entendimento da discricionariedade do positivismo clássico o juiz estará diante da possibilidade de interpretação envolvendo uma valoração específica.

Nos ensinamentos de Luiz Roberto Barroso (2004) o juiz constitucional conclui sua decisão utilizando valores substantivos e fazendo escolhas, mas se o ato judicial não é meramente cognitivo, mas também volitivo, a legitimação do controle de constitucionalidade respeitando a separação dos poderes acaba por se extinguir. Este pensamento liberal positivista levou a nova dogmática e a nova hermenêutica jurídico-constitucional à busca de novos critérios interpretativos para a jurisdição constitucional. Seria o pensamento pós-positivista que apreende o conteúdo mínimo discricionário do elemento volitivo da decisão constitucional, que deve ser compartilhada com a comunidade.

O controle de constitucionalidade, especialmente o exercido por tribunais especiais, foi instituído pelo equilíbrio entre os poderes. Isso se sucedeu rumo à busca da efetivação dos direitos fundamentais, à promoção dos limites do Estado - que deve agir coercitivamente quando o agente se descrever na norma. Para tanto, tal controle deve assegurar os procedimentos e o exercício da democracia, assim como controlar os órgãos públicos desencaminhados da sua propositura.

A vontade do intérprete não deve de outra sorte ser totalmente livre e discricionária, mas subordinada aos princípios constitucionais, às circunstâncias que regem o caso concreto, à fundamentação racional e ao debate público, tema objeto de nosso trabalho.

2.3.2 O controle concentrado no Brasil

Com o advento Constitucional de 1988, não ocorreram significativas mudanças na estrutura do STF, inclusive a expectativa que contornou a modificação quanto ao número de juizes e de se criar uma Corte Constitucional a exemplo da Alemanha, não

se confirmou. O STF tem atribuições muito parecidas com a desta corte. As mudanças ocorreram na esfera de sua jurisdição com a ampliação de seu papel político no direito constitucional brasileiro, tema sobre o qual nos debruçamos em item anterior.

O controle de constitucionalidade adquiriu então formas complexas, onde permaneceu o controle difuso americano, mas sem a instituição aos moldes dos EUA do *stare decisis* e a CR/88 ampliou as possibilidades de postulação de inconstitucionalidade diretamente no STF. Com a função de guarda da Constituição destinada ao Supremo, imputaram a este órgão judiciário, características de Corte Constitucional.

O controle de constitucionalidade pela constituição Imperial acabava sendo exercido pelo Poder Legislativo. O controle de constitucionalidade ligado ao modelo americano foi instituído pela Constituição de 1891 com a República, o modelo incidental e difuso.

O controle concentrado foi primeiramente introduzido com a Constituição de 1934, destinando ao Supremo, representação interventiva de lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais que deveriam ser observados pelo Estado-membro, com submissão prévia da Corte Suprema com a devida provocação do Procurador-Geral da República.

Inovação mais concreta veio a acontecer com a EC nº16 de 26 de novembro de 1965 na vigência da Constituição de 1946, no regime militar. Que instituía o controle de constitucionalidade promovido pelo STF, em caso de inconstitucionalidade de lei ou ato federal. Com a Constituição de 1967 não ocorreram mudanças significativas a este sistema, não reiterando a previsão da ação promovida pelo Estado-membro, que compunha a EC nº 16 de 1965. A Constituição de 1969 (ou como classificada de Emenda nº1 de 69) previu ação direta em âmbito estadual, mas limitou apenas em casos de intervenção do Estado em Município. A EC nº7 de 1977, determinou o cabimento de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo a competência do STF para defini-la. Ainda pela EC nº7 foi estabelecida a representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, por via da qual o STF, com a possibilidade de representação do Procurador-Geral da República poderia fixar

com caráter vinculante, o sentido de uma norma. Com a CR/88 foi suprimida esta condição.

A Constituição de 1988 colocou fim à competência atribuída sob domínio do Procurador-Geral da República com relação à ação direta de inconstitucionalidade com a nova Carta, o controle de constitucionalidade por via principal deflagrou uma abertura a possibilidade de legitimados a propor este tipo de controle designados no art.103 da CR/88.

Um novo modelo acabou sendo instituído com a EC nº 3 de 1993 que trata da ação declaratória de constitucionalidade, que é amplamente discutida a sua constitucionalidade pela doutrina, mas que teve acolhimento determinado pelo STF.

A Lei nº 9868 veio disciplinar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade como da ação declaratória de constitucionalidade. A lei 9882 regula a arguição de descumprimento de preceito fundamental, estabelecida no art. 102 § 2º da Constituição brasileira em vigor.

No Brasil vemos se tornar ampliada a atuação pela via constitucional abstrata e concentrada em que os defensores da teoria procedimentalista tecem sérias observações ao detrimento que este controle concentrado impõe ao controle difuso que deteria fundamentos mais democráticos ao se estabelecer uma proximidade do discurso entre as partes estabelecendo uma via de acesso ao cidadão comum; o ponto crucial dessa crítica é a solidão dos magistrados superiores. (CRUZ, 2004)

A jurisdição constitucional serve de instrumento de defesa da Constituição, não a Constituição pura, de dizer o direito, mas a que expressa os valores sociais e políticos. (SILVA, 2000).

O Brasil não seguiu apenas o modelo americano, mas também o modelo europeu de influência austríaca, configurando um modelo misto de controle de constitucionalidade. Não é fácil conciliar a função de guarda da Constituição com a função de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em uma única ou última instância atinente ao controle difuso. As alterações que foram feitas até o momento, têm deflagrado uma impossibilidade de atuação legítima do STF, haja vista quantidade processos a serem examinados que acaba inviabilizando a prestação jurisdicional.

O jurista Baracho(2006) estabelece que mesmo o Tribunal Constitucional sendo o responsável pela aplicação dos preceitos constitucionais, os tribunais ordinários devem ter sua projeção na composição do sistema judicial.

Em determinação deste controle híbrido temos determinados, por via de ação direta, de competência concentrada no STF as ações que passaremos a tratar: a ação direta de inconstitucionalidade (art.102, I, *a*); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art.103, § 2º); ação direta interventiva (art. 36, III); ação declaratória de constitucionalidade (ART.102, I) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ação direta proporciona uma proteção ao próprio ordenamento, contrapondo-se a elemento conflitante com o sistema do direito constitucional. Trata-se de processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais e de validade da lei em abstrato. Cabe ao autor indicar os atos infraconstitucionais que considera incompatíveis com a Constituição da República e as normas conflitantes com certa razão, estabelecidas num construtivismo racional de segurança e aceitabilidade.

2.3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade

A também conhecida ação genérica de lei ou ato normativo foi introduzida no ordenamento brasileiro com a EC nº 16 de 1965, com a Constituição de 1946 em vigor que à época era tratada como representação a ser encaminhada pelo Procurador Geral da República ao STF. Os legitimados atuam na provocação direta e efetiva do exercício da jurisdição constitucional. Esta ação tem natureza objetiva, e não tem lide nem parte, mas por estabelecerem interesses concretos.

Ao STF cabe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando alegada contrariedade à Constituição Federal (art.102,I,*a*), utilizando a interpretação conforme a Constituição.

A legitimação passiva, na ação direta de inconstitucionalidade, recai sobre os órgãos ou autoridades responsáveis, pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação, aos quais caberá prestar informações ao relator do processo. A defesa do ato ou norma impugnada recai sobre o Advogado Geral da União, que figura como uma espécie de curador constitucionalidade dos atos advindos do Poder Público. Deixando explícito que pessoa privada não será em nenhuma hipótese sujeito passivo da ação.

A legitimação ativa foi totalmente alterada pela Constituição Federal de 1988, deixando de ser exclusividade do Procurador Geral da República que desde 1965 deflagrava o controle concentrado de constitucionalidade, para ampliar-se no artigo 103 com um rol mais complexo de legitimados especiais e universais. Os universais seu papel institucional já deflagra a defesa da Constituição em qualquer hipótese: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Enquanto os especiais sua atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre a esfera jurídica ou de seus filiados, cuja representatividade se faz necessária, são eles: o Governador de Estado, a Mesa de Assembléia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade está elencada no artigo 59 da CR/88. A primeira possibilidade é advinda de Emenda Constitucional que se sujeita à fiscalização formal, material e circunstancial. Formal a fiscalização é acrescentada levando-se em consideração procedimento próprio de sua criação observada no artigo 60§2º. Material, a possibilidade de fiscalização se encerra nos limites pétreos elencados no artigo 60, §4º. E os limites circunstanciais a emenda, uma vez que em casos sobre a intervenção federal, estado de sitio estado de defesa, não pode falar na produção de tal norma. Outra possibilidade é a Lei Complementar, que se diferencia da lei ordinária em procedimento processual legislativo quanto ao *quorum* com maioria absoluta, segundo artigo 69 da Constituição Federal e que a matéria a ser tratada incida sobre seja a expressamente reservada à emenda. Acaso a Lei Ordinária venha tratar de matéria que seja específica de Lei Complementar, será argüida a sua

inconstitucionalidade. Sendo a Lei Ordinária objeto de mais constantes ações diretas de inconstitucionalidade, na sua maioria por vício de iniciativa formal.

A Lei Delegada apesar de estar em desuso, encontra-se sob a possibilidade de duplo controle jurisdicional de constitucionalidade, sobre a resolução do Congresso Nacional que informa a delegação como sobre a própria Lei Delegada de autoria da Presidência da República.

A Medida Provisória pode vir a ser fiscalizada, tanto pelos seus requisitos quanto por seu conteúdo. Muitas das vezes o controle de constitucionalidade de Medida Provisória ocorre após sua conversão em Lei Ordinária. Os Decretos Legislativos e as Resoluções são atos privativos do Congresso Nacional e tem força de lei, sendo sujeitados aos controles formais e materiais.

Também são objeto de fiscalização via ação direta de inconstitucionalidade, os decretos autônomos que pretendem inovar autonomamente na ordem jurídica, atuando como força de lei; a Legislação Estadual, que esta subordinada à Constituição Federal e os Tratados Internacionais que são incorporados ao ordenamento interno com hierarquia de Lei Ordinária, e com o diferencial aos Tratados que protegem os direitos humanos, com mesma hierarquia de norma constitucional, sendo estabelecidos perante uma superioridade constitucional. Quando declarada a sua inconstitucionalidade o tratado internacional não tem os seus efeitos pretendidos internamente, passando a vigor apenas no plano externo.

Analisando a possibilidades de inconstitucionalidade, faz-se necessária a conclusão daqueles atos legislativos afastados da fiscalização do Supremo via ação direta de inconstitucionalidade: os Atos Normativos Secundários, pois não inovam na ordem jurídica e estão subordinados à Lei, desta forma não há de se falar em confronto direto com a Constituição. As Leis e Atos de Efeitos Concretos que são editados com roupagem formal de uma Lei; medidas materialmente administrativas, com objeto determinado e destinatários certos e desprovidos que são de normatividade ou de generalidade abstrata, acabam não sendo passíveis de fiscalização concentrada.

Lei anteriores à Constituição também não constituem passividade com a fiscalização de inconstitucionalidade concentrada direta, uma vez que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de não caber ação direta contra lei anterior á

Constituição, apenas por uma questão de conveniência, sendo revogado o ato normativo infraconstitucional incompatível torna-se desnecessária a propositura de ação direta, uma vez que a norma não se encontra mais em vigor. A lei que tenha sido revogada faz com que a ação perca seu objeto, levando a perda do interesse processual. Direitos subjetivos afetados pela lei inconstitucional devem ser buscados em ação apropriada.

Lei Municipal em face da Constituição Federal está excluída do rol normativo a ser fiscalizado diretamente pelo Superior Órgão Judicial na própria Constituição que em seu artigo 102, I trata apenas de Lei ou Ato normativo Federal ou Estadual. Portanto, somente caberá controle “in concreto” de lei Municipal que colida com a Constituição. Em se tratando de norma advinda do Distrito Federal, a matéria para ser apreciada via ação direta de inconstitucionalidade, deve fundar-se em competência estadual.

Proposta de Emenda ao Projeto de Lei, não cabe ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que se encontra em fase de formação. O direito brasileiro não exerce o controle judicial preventivo de constitucionalidade.

A Súmula sedimenta a jurisprudência de determinado tribunal acerca de tema controverso, não tendo caráter normativo e não sendo objeto de controle direto e concentrado de constitucionalidade.

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade é atendido pela Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999. Essa lei traça a maior parte das linhas jurisprudenciais firmadas.

As competências para propor essa ação são aquelas referidas na supracitada lei, em seu art.2º, indo de encontro ao art. 103 da CR/88. A inicial deverá indicar o dispositivo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações e o pedido.

A ação direta de inconstitucionalidade não admite desistência, arguição de suspeição ou impedimento e intervenção de terceiros. A Lei nº 9.868/99 estabeleceu a participação, através de petição ou memorial, de quem não seja parte, conquanto tenha algum interesse no resultado. O relator por considerar a matéria como relevante poderá ouvir outras entidades, os chamados *amicus curiae*, figura trazida do direito norte

americano, um terceiro que se pronuncia em processo em que não é parte, com o intuito de trazer elucidacões ao discurso que se produz no Tribunal.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004) o *amicus curae*, “este instituto poderá transformar-se em notável ganho de legitimidade para o controle concentrado no Brasil” (P. 376)

No art.9º da lei 9.868/99, nos parágrafos 1º e 2º são tratadas algumas inovações, como no §1º que prevê para melhores esclarecimentos a requisição de peritos com conhecimento no assunto para emissão de parecer ou ainda fixar data para ouvir em audiência pública depoimentos de pessoas com autoridade e conhecimento na matéria. No descrito pelo §2º, o relator poderá solicitar aos Tribunais Superiores, e aos Tribunais Federais e Estaduais, a aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

A possibilidade de o relator definir a questão por audiência pública diminui a vedação absoluta estabelecida na lei 9868/99 passando a admitir o ingresso de postulantes representantes populares, levando ganho de legitimidade social advindas dos discursos do STF.

A lei 9868/99 disciplina a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade encontrando-se com os postulados da Constituição Federal, sendo concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal reunidos em sessão do Pleno com um número de oito pelo menos. Com o pedido da medida cautelar poderá o relator em face da relevância e urgência da matéria, seu significado social e segurança jurídica, sendo acolhida as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, levar ao Tribunal o processo, que julgará a ação.

A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos de declaração (art.26). A decisão na ação direta gera efeito retroativo, salvo expressa deliberação em sentido contrário (art.27) que muitas das vezes leva em consideração uma decisão política conveniente ao interesse público, ocorrendo muitos desvios de finalidade pública com esta abertura legislativa. Com o

efeito vinculante e eficácia *erga omnes* na eminência dos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal (art.27, parágrafo único).

A declaração de inconstitucionalidade deverá alcançar os atos pretéritos praticados com base na lei ou ato normativo rejeitados, por sua inaptidão para produzir efeitos válidos. A desconstituição automática das situações jurídicas nem sempre é possível, vez que se formaram e consolidaram anteriormente à manifestação judicial. A coisa julgada pode ser relativizada atribuindo ao juiz o controle incidental da constitucionalidade, agindo este aplicador com a devida cautela (BARROSO, 2004).

2.3.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade

EC nº 3 de 17 de março de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade, com a introdução de dispositivos no texto constitucional. Este mecanismo é utilizado para se postular junto ao Supremo Tribunal Federal a compatibilidade da norma infraconstitucional e a Constituição, encontrando pontos de divergência judiciais junto a possíveis interpretações. Tem como finalidade afastar a incerteza jurídica e ratificar uma única interpretação para pacificar as controvérsias.

Sendo o pressuposto de cabimento a existência de controvérsia relevante deparada com a constitucionalidade de determinada norma infraconstitucional, sendo a decisão capaz de harmonizar a aplicação do direito a casos concretos que elevem ao Supremo Tribunal Federal fundada ameaça à segurança jurídica e à isonomia, decorrente de decisões contraditórias.

A ação declaratória de constitucionalidade foi amplamente contestada pela doutrina, os melhores debates ficaram em torno, da falta de segurança oferecida a partir de então à separação de poderes, à vedação do acesso ao Judiciário, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Todas essas objeções foram rejeitadas devido à alegação de que o controle concentrado de constitucionalidade é processo de natureza objetiva, e não subjetiva. (BARROSO, 2004).

A ação declaratória de constitucionalidade trata de controle pela via principal, concentrada e abstrata, cabendo a competência para julgá-la sendo do STF (Art.102,I, a da CR/88)¹¹.

O novo a ser percebido com este instrumento, é a pretensão de deslinde de controvérsia, tirar dúvida, superar a polêmica em torno da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal que ponha em risco a certeza jurídica. (VELOSO, 2003)

O texto da lei constitucional não observa a legitimidade da ação direta para tratar em âmbito estadual, como estabelece com relação à ação de inconstitucionalidade, sendo defendido esta possibilidade pela doutrina do controle de ato ou lei normativa estadual ou municipal. “A alegação de que a mesma cuida somente de atos federais, o que exorbitaria as competências estaduais, não convence de maneira alguma. Isso porque não se está num modelo dualista de Federação, com competências, atribuições e receitas estanques” (CRUZ, 2004). A Constituição estabelece um federalismo cooperativo que não afasta os Estados dos assuntos pertinentes à federação.

O elenco de legitimados a propositura da ação declaratória de constitucionalidade é inferior que o da ação direta de inconstitucionalidade. O que se percebe com os legitimados apresentados pela EC n 93/93 no artigo 103, o parágrafo 4 é que o constituinte reformador criou na verdade um instrumento de atuação dos órgãos estatais e de governo e não da sociedade. Sendo rejeitadas propostas de ampliação pelo STF em alguns precedentes apresentados á via interpretativa da aplicação do direito. Ficando finalizado até o momento o entendimento de que apenas poderá a ADC ser proposta pelo Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador – Geral da República.

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

¹¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – Processar e julgar, originariamente:

“A restrição do art. 103, § 4º deve receber do Supremo tratamento consentâneo aos princípios fundamentais do Estado Democrático brasileiro. O Poder Constituinte Originário não restringiu, não cabe ao Poder de Revisão fazê-lo”. (CRUZ, 2004, p.384)

Indubitavelmente, esta referida emenda no que tange a legitimidade, andou na contramão do Estado Democrático de Direito. Este autor estabelece uma abertura aos participantes do processo e não sua restrição, com a via de defesa pela sociedade civil no livre acesso ao Judiciário. Gilmar Mendes analisa a Ação declaratória de constitucionalidade apenas estabelecendo um sentido contrário à ação direta de inconstitucionalidade, mas é evidentemente que o alcance da ADIn é mais amplo que o da ADC.

Na verdade, este instrumento não acarreta inovações normativas, mas limita-se à certeza jurídica que determine uma situação preexistente. E ainda sendo possível afirmar que os efeitos da decisão podem se configurar desde o seu nascimento, pressupõe-se que seus efeitos já tinham validade regular desde sua publicação, não conseguindo alterar a realidade pretérita, tal decisão. Existindo para reafirmar o que já se havia presumido, seu acolhimento não afetará as situações jurídicas relevantes. Por esta razão o art. 27 da Lei 9868/98, se refere somente à relativização dos efeitos temporais em relação à decisão que declara a inconstitucionalidade.

Acaso uma norma tida como constitucional em ação direta seja ajuizada para esse fim, e diante da apreciação judicial provoque um resultado contrário ao sistema constitucional ou que viole o objeto que esta norma quer tutelar ou o fim a que se pretenda promover, é possível a sua não aplicação prevista dentro de um discurso racional de interpretação à razoabilidade da demanda, sendo os efeitos *erga omnes* e vinculante; ponderados com outros bens, garantida a adequabilidade da decisão.

2.3.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

O constitucionalismo brasileiro acompanhou desde as cartas de doação até a Constituição de 1988, uma timidez normativa e sua coesão com a realidade deste país; a falta de efetividade tem edificado a construção normativa. Varias foram as promessas

que não realizadas e estabelecidas nos bojos constitucionais e boa parte desta realidade não cumprida ou promessas não realizadas viram do Poder Público omissões às normas constitucionais.

Para que a Constituição não se transforme em mera “folha de papel” e consiga passar da condição estabelecida às normas programáticas uma proeminente eficácia, a Constituição instituiu um mecanismo de defesa contra as resistências dos legisladores e das autoridades com competência para editar leis e normas constitucionais que venham a conferir efetividade e aos seus fundamentos e a dar efeitos a seus princípios, transpondo a constituição formal para a realidade e aplicabilidade imediata.

Este instrumento é um dos mais importantes, para o controle e realização das omissões públicas. A preocupação com essas omissões se fez presente na constituinte formada em 1986, o que resultou a criação deste instrumento, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no artigo 103, §2º e na mesma intenção o frustrado em seus propósitos o mandado de injunção, que permitiria a tutela do pedido do titular de direitos, *in concreto*.

O primeiro previa a permissão da tutela *in concreto* da omissão, mediante pedido do titular do direito paralisado pela ausência de norma. O segundo mecanismo configura como modalidade de controle abstrato de constitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é instrumento que serve ao controle concentrado de constitucionalidade, processo que serve de guarda do ordenamento constitucional, afetado por lacuna normativa ou inexistência de ato normativo satisfatório ou suficiente, operando apenas no plano normativo.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão repercute em um plano quase estritamente político. Esta fiscalização das omissões constitucionais ganha destaque nos sistemas em que vigem constituições dirigentes e compromissórias. Não se deve planejar uma judicização plena da política, sendo que os espaços para realização da vontade constitucional devem ser reservados ao processo majoritário conduzido pelos agentes públicos. (BARROSO, 2004)

Este mecanismo da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão é próprio dos sistemas constitucionais dirigentes como o brasileiro, que assumiu o

compromisso programático em suas normas e estabeleceu metas a serem vinculadas ao Poder Público.

Este instrumento deve se efetivar quando o insatisfatório e insuficiente ato público conduz a uma ineficiência da Constituição Federal, produzindo uma legitimação do judiciário que busca primar pelo déficit da democracia.

“Descumpre-se a Constituição não apenas por ação, violando-se, diretamente, os seus comandos, mas, igualmente, por uma atitude negativa dos que são incumbidos constitucionalmente para atuar e agir, com propósito de tornar efetiva a Carta Magna”. (VELOSO, 2003, p.247)

Para Gilmar Mendes (1999) “configura a omissão legislativa não apenas quando o Poder Legislativo não vem a cumprir com seu dever, mas quando também o satisfaz de forma incompleta”(P. 315).

Apenas quando a inefetividade se instaura de maneira qualificada, frustrando a supremacia da Constituição, o Judiciário deve suprir o déficit da atuação do legislativo.

“Há porém um aspecto extremamente positivo da Lei 9.882/99, que se refere à possibilidade de controle concreto de constitucionalidade por via concentrada. Neste sentido políticas públicas poderiam ter sua inconstitucionalidade diretamente controlada pelo Supremo Tribunal Federal. O que daria mais autoridade aos preceitos sociais da Constituição”. (VIEIRA, 2002,p. 134)

Percebemos então a possibilidade de haver um controle concentrado de constitucionalidade quando da omissão legislativa com relação às políticas públicas que visualizem direitos sociais, constando de uma inconstitucionalidade por omissão do legislador e do administrador.

Embora na Constituição no art. 102, I, *a* não trate especificamente a quem cabe julgar a ação de inconstitucionalidade por omissão, a interpretação possível é para que seja o STF o órgão competente; uma vez que foi estabelecido como guardião da Constituição.

A ação de inconstitucionalidade por omissão tem a mesma natureza e procedimento da ação direta de inconstitucionalidade. Também é um processo objetivo que não conhece “partes” com eficácia *erga omnes* e que atribui a mesma legitimidade

aos órgãos e pessoas que podem requerer a fiscalização da inconstitucionalidade por ação. (VELOSO, 2003)

A omissão constitucional acontece nas vias dos três Poderes instituídos, pela falta de providência normativa, político-administrativa ou judicial. No âmbito político-administrativo, ganha destaque o mandado de segurança e a ação civil pública; a omissões judiciais, são sanadas no âmbito interno do judiciário com remédios próprios do direito processual. Este é o motivo das omissões inconstitucionais são estabelecidas em referência às omissões normativas.

O órgão legislativo tem na verdade, discricionariedade para o processo legislativo, mas há casos em que a própria Constituição estabelece um dever normativo necessário à efetividade de suas normas, ocorrendo neste caso uma inércia ilegítima que configura a inconstitucionalidade por omissão. A omissão ocorrerá em relação a uma norma de organização ou em norma definidora de direitos, como regra. Nos casos em que a omissão é estabelecida em normas programáticas, ocorre o mais amplo grau de discricionariedade (BARROSO, 2004). Somente muita vontade política pode dotar este mecanismo de eficiência desejada.

A omissão legislativa pode se estabelecer de forma *total* ou *parcial*, será *total* quando o legislador, convocado a agir pelo constituinte não edita lei que discrimine o direito a ser percebido. A omissão *parcial* pode ainda ser *relativa* ou *parcial propriamente dita*. Será *parcial* propriamente dita, quando a norma existe, mas é deficiente ou insuficiente para satisfazer o mandamento constitucional. *Relativa*, quando uma norma outorgar direitos a um determinado grupo de pessoas e outros que também deveriam ser contemplados pela norma são excluídos em contraponto ao princípio da isonomia.

Pode ocorrer de o legislador ter cumprido com o seu papel de editar norma concretizadora da Constituição, mas com o passar do tempo esta mesma norma se tornar ineficiente diante dos objetivos constitucionais, pela evolução social e jurídica. A Constituição tende a expressar a realidade, visualizando o presente e projetando o futuro, sendo receptora de uma adaptação à época democrática. Nesta possibilidade, há um dever de legislar, do órgão competente e a possibilidade desta inércia chegar à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A legitimação ativa é sustentada nos propósitos do artigo 103 e seus incisos, mas trata-se de caso extraordinário, pois não se estabelece a defesa de um direito próprio; mas no interesse geral, que proteja a supremacia da constituição. O interesse em agir independe de demonstração de interesse jurídico próprio que esteja sendo afetado pela omissão quando for tratado pelo Presidente da República, às Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da OAB, e aos Partidos Políticos. No entanto a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, sujeitam-se à denominada *pertinência temática*. Pois a jurisprudência exige que se comprove uma relação entre a omissão inconstitucional com as respectivas atribuições ou áreas de atuação, configurando uma condição para o exercício do direito de ação, buscada no processo subjetivo, o interesse de agir. O STF fundamentou esta decisão no fato desses órgãos não disporem de interesse geral de guardiões da Constituição.

A legitimidade passiva se configura na pessoa ou órgão responsável pelo ato constitucional e que não foi fundado e que deve ser reparado.

Quando o sujeito passivo da ação for um dos Poderes, pelo que traduz literal o artigo 103, §2º, o pedido é observado para que seja dada ciência da omissão inconstitucional, não existindo prazo determinante à satisfação da omissão. Acaso seja órgão administrativo o agente passivo, o pedido tem caráter de ordem, cabendo nas decisões o prazo de trinta dias para formulação de ato omissivo, sob pena de responsabilidade.

A indefinição normativa tem alcance maior que a legislativa, uma vez que o ultimo alcança atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas da criação de direito positivo. Também se concretiza a fiscalização de omissão inconstitucional de atos normativos secundários, os regulamentos ou instruções, de competência do Executivo e de atos eventuais do próprio dos órgãos do Judiciário. (BARROSO, 2004)

A referência na Constituição Federal à ação direta de inconstitucionalidade por omissão é estabelecida no artigo 103, §2º, a Lei 9868, não faz referência sobre o processo e julgamento deste instrumento, colocando o STF, ao encargo da

jurisprudência e da doutrina a feita de apresentar as singularidades processuais. Em geral o procedimento processual para o controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão será preferencialmente o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade, salvo as diferenças identificadas em seus objetos. Havendo uma unidade dos efeitos desses dois instrumentos quanto à preservação da supremacia constitucional.

Quanto à medida cautelar, a doutrina e jurisprudência têm entendido que não cabe na hipótese de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois o STF não admite em sua decisão final sobre determinada matéria, provimento normativo com o objetivo de sanar a inércia do órgão omissivo, quanto mais em medida cautelar, antecipar a tutela de efeitos positivos inalcançáveis pela decisão do mérito. Esta medida poderia ganhar efeito quando o Supremo for além da comunicação da omissão e partisse para o enfrentamento da inércia do órgão competente. (BARROSO, 2004)

A declaração de inconstitucionalidade por omissão não afeta o ordenamento jurídico, diretamente. A modificação no ordenamento vem do acatamento da decisão pelo órgão inerte.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão não acompanha a inconstitucionalidade por ação, que retroage ao ingresso do ato no mundo jurídico, pois tem de aguardar um período para sua regulamentação, além do efeito vinculante em relação a todos.

Este instrumento torna-se eficaz na medida em que a sua interpretação for levada como efeito positivo no ordenamento, como edição de ordem e não apenas como comunicação da inércia e o pedido devem ser mantidos como ordem.

2.3.2.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi conferida pelo texto constitucional de 1988, art. 102, §1º, mas veio a ser regulamentada somente com o

advento da Lei 9882 de 3 de dezembro de 1999, onze anos depois. Em momentos anteriores à referida Lei, o Supremo se posicionava contrário a auto-aplicabilidade da medida, rejeitando todas as arguições sob o argumento da falta de lei que viesse a dar regulamentação.

O art. 1º da Lei 9.882/99 prevê que a arguição estabelecida no art.102, §1º da CR/88 será proposta junto ao STF, conferindo a este órgão competência originária para apreciação da questão, tendo como objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Os preceitos fundamentais são mais amplos que os princípios fundamentais abrangendo estes inclusive e a todas as normas que embasam o regime constitucional, como as que esclarecem a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as definidoras de direito e garantias fundamentais. É nesta realidade que aquele dispositivo poderá ser utilizado como fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo nosso Órgão Supremo. (SILVA, 2000)

O parágrafo único do art.1º da referida Lei 9.882/99 em seu inciso I, diz que a ADPF caberá também quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição de 1988.

Na posição de Streck (2001, in: SAMPAIO: CRUZ), sendo o Estado Democrático de Direito um *plus* normativo em relação ao Estado de Direito (liberal e social), a arguição de descumprimento de preceito fundamental também é um *plus* normativo em relação aos institutos de proteção dos direitos fundamentais prescritos na Constituição.

As críticas estabelecidas dizem respeito à não possibilidade de acesso direto do cidadão a propositura da arguição junto ao STF, dependendo da representação ao Procurador-Geral da República, a quem cabe o juízo de admissibilidade. Acrescenta-se a esta crítica uma outra que trata do direito ou não do Procurador-Geral da República, negar provimento a representação desta natureza. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004), sustenta que o Procurador-Geral da República deverá necessariamente encaminhá-lo, de maneira a revigorar o elemento de legitimidade desse instituto que promove um ganho de fluxo comunicativo do Supremo com a sociedade.

Para Streck “a negativa de acesso direto do cidadão à jurisdição constitucional através da ADPF configura violação ao próprio dispositivo que estabeleceu a ação” (2001, p. 265).

Não parece racional o veto que promoveu o Presidente na época, Fernando Henrique Cardoso, ao art.2º, II da Lei 9.882/99 que promovia a legitimidade de todo cidadão para propor a argüição, alegando incompatibilidade com o controle concentrado. Rejeitando neste íterim, a proximidade do cidadão com o egrégio Tribunal.

O Presidente da República mostrou-se preocupado com o acesso individual e irrestrito ao Supremo Tribunal Federal, o que é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais, argumentando que a inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, devendo ser preservada a viabilidade funcional do Excelso Pretório.

O acesso individual não seria desprovido de restrições como alegou o então Presidente da República, e nem mesmo o proponente estaria dispensado de ostentar qualquer requisito específico, uma vez que a argüição tem como objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, instaurando assim rigorosa restrição. De outra feita não será admitida a argüição quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, sendo esta importante limitação.(VELOSO,2003)

Existe hoje em tramitação na Câmara dos Deputados Federais o Projeto de Lei n. 6.543/2006, que legitima qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Publico a propor Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Caso ocorra a aprovação, será permitido a individuo afetado por decisões judiciais em preceitos fundamentais a reclamação junto ao STF. Este projeto propõe a superação de toda a discussão que envolve o modelo original da Lei 9.882/99, que acabou por veto do Então presidente negou a individuo lesado pelo Poder Público em preceitos fundamentais de buscar a via Suprema por via ADPF.

A ampliação do rol de legitimados a propor ADPF, pode favorecer as respostas para questões de difícil decisão no controle de constitucionalidade.

Lenio Streck sugere um contorno ao problema, sendo aplicada uma interpretação conforme a Constituição. Aderindo á conclusão de que o texto que restou se contraponha a própria noção de ADPF. E completa afirmando que nessas circunstancias que existem os mecanismos de controle de constitucionalidade, com a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução do texto, instituído pela Lei 9.868/99. Deste modo dando ao texto um sentido que compatibilize com a Constituição e sua materialidade principiológica. Neste caso o veto presidencial na visão de Streck bate de frente com a Constituição, e soluciona com uma interpretação a ser procedida do texto do art. 2º, II, da Lei 9.882, em conformidade com a Constituição, estabelecendo a permissão de o cidadão pleitear junto ao Supremo uma proteção dos diretos fundamentais ofendidos.

O Art.4º§1º que exige o esgotamento de todos os meios para o saneamento de ato lesivo, pode tornar a ADPF, desnecessária, pois o recurso extraordinário existe como meio de levar as discussões acerca da violação da Constituição até o Supremo. Em algumas situações não seria possível o esgotamento que propõe a Lei e sendo assim, o STF deve proceder a uma interpretação conforme.

A ADPF torna-se então um remédio supletivo para os casos em que não caiba ação direta de inconstitucionalidade. (STRECK, 2001, //Sampaio; Cruz)

Assim, para que a argüição seja admitida, se torna necessário ato do Poder público, considerado ilegítimo, que tenha violado preceito fundamental da Constituição Federal. O autor deve apresentar o pedido, com suas especificações. A petição inicial precisa se for o caso, comprovar a existência de controvérsia judicial, sobre a aplicação do preceito violado.

Sendo a argüição uma ação supletiva, subsidiária, concluímos que a sua utilização será possível em raras exceções.

Apreciado o pedido de liminar o relator solicitará as informações ás autoridades responsáveis pela pratica de ato lesivo que violou o preceito fundamental decorrente da Constituição, no prazo de dez dias. Poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão

de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art.6º,§1º). O relator ainda poderá autorizar sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo (art.6º§2º). (VELOSO,2003)

No Art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99 sobre a decisão caberão, efeito *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Público.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da constituição. É um instituto de controle jurisdicional de constitucionalidade, o que fortalece o sistema jurídico na defesa dos direitos fundamentais, garantindo o regime democrático.

3 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PODER JUDICIÁRIO E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 Jurisdição Constitucional Participativa: elementos de uma cidadania jurídica

Até o presente momento temos traçado definições e desafios do Supremo Tribunal Federal em sua atuação política destinada ao controle de constitucionalidade. Relatar a sua história nos trouxe a percepção de que este órgão, apesar de suas mazelas, tem conseguido evoluir na busca da defesa dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República de 1988. Foi exatamente esse caminhar histórico que confluiu na possibilidade de um controle concentrado.

As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal virão promover mais uma vez a história desse órgão. Neste trabalho estamos ratificando mais um avanço que o Supremo conseguiu implementar com a definição por audiência pública a decisão que ocorrerá sobre a ADPF nº 54 e ADIn 3.510. Seus conteúdos versam sobre discussões polêmicas sobre o aborto de feto deficiente-anencéfalo e as pesquisas embrionárias discutidas pelo teor do artigo 5º da Lei 11.105/05, a Lei de Biossegurança. Nessa decisão a Corte Suprema deve primar pela priorização da soberania popular como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito abrindo espaço à cidadania jurídica. Fundamentada esta possibilidade no art. 6º, §1º da Lei nº 9.882/99 e o artigo 9º, §1º da LEI 9868/99.

Nesse momento, enfatizaremos a cidadania popular como elemento do Estado democrático de Direito e que fundamenta a soberania popular, diante da possibilidade de ampliação desse um espaço público dialógico, através das audiências públicas no Supremo, nada mais razoável acompanhar a construção da cidadania, sem a qual não percebemos uma democracia efetiva.

Na modernidade, eventos político-emancipatórios como a Revolução Francesa introduziram preceitos de cidadania afirmando direitos fundamentais individuais

essenciais ao reconhecimento do homem face ao Estado. As liberdades individuais passaram a constituir um marco do liberalismo.

No século XX, cidadania e democracia tornam-se expressões interligadas, vez que esta se desponha como essencial à configuração do próprio Estado de Direito; aquela depende da efetivação dos direitos fundamentais para que o complexo desses direitos sirva de sustento ao seu exercício. Logo, democracia é um regime político iniciado pelo reconhecimento e respeito do indivíduo revestido de um senso cívico que o encoraja a assumir responsabilidades. (HÖFFE, 2005). Nesse sentido, Torres (2001) define cidadania como o pertencer a uma comunidade democrática, que assegura ao homem sua constelação de direitos e deveres, e que somente a análise ética e jurídica abre a possibilidade de compreensão desse complexo *status*.

Portanto, na democracia a figura do súdito perde sentido para a percepção moderna do cidadão que não apenas se submete ao Direito, como também participa da criação e legitimação de normas. É próprio da sua envergadura jurídico-moral; ajudar na prática da justiça. Não obstante, como retrato de nossa prática política, quem decide é o poder que domina a mídia e a faz conformar-se com seus interesses. O poder representa corriqueiramente os interesses de particulares, opondo-se a um senso de justiça.

No Brasil, a reafirmação da cidadania na percepção jurídica foi tratada na Constituição em seu art. 1º, II, que a inclui entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito. O texto constitucional afirmou o exercício de amplas formas democráticas capazes de exprimir a cristalização da soberania popular. Como expoente de manifestação do poder do povo pela via direta desponha a democracia participativa.

No entanto, essa forma democrática não suprime a representatividade política demarcada desde o começo do constitucionalismo liberal. Ela deve funcionar paralelamente, como expressão de reforço à implantação de amplas manifestações democráticas que interessem à elevação do status dos indivíduos – os cidadãos jurídicos ativos.

Sendo assim, a participação coletiva organizada que caracteriza a participação direta da cidadania no processo administrativo foi recepcionada pela Constituição

através da abertura a institutos de democracia semi-direta, de participação direta ou mesmo indireta, na junção de esforços somados às táticas democráticas representativas.

Para Norberto Bobbio(1996, p 29-30), “é essencial à democracia um grau elevado de visibilidade do poder”, pois o poder invisível pode não deixar que se mostre uma informação verdadeira essencial à possibilidade efetiva da participação popular que tem desta forma ganhos no discurso livre.

Com a participação popular deflagrada em mecanismos de iniciativa popular de leis, do referendo e do plebiscito, audiências públicas; alcançamos uma nova dimensão de esfera pública. Sua nova concepção a compreende como uma arena de discussões políticas abertas às negociações entre o Estado, no exercício de seus poderes, e a sociedade civil organizada através de segmentos sociais que recorram ao atendimento de decisões, atos legislativos ou administrativos mais adequados à sua realidade factual. A esfera pública, hoje, é destacada pela mudança de suas estruturas fechadas, monológicas, advindas de dentro de um Estado descaracterizado, “sem rostos”, cujas ações eram produzidas aos cidadãos passivamente representados. A nova esfera pública, como palco dialógico, não possui decisões prontas, rotuladas, mas se constitui pelo permanente processo consensual deliberativo repartido entre “esfera pública estatal” e a “esfera pública privada”.

Em nenhum momento em que ocorreu a sublevação de uma sobre outra, nas construções narrativas históricas, a projeção do bem comum esteve em evidência.

As variações trazidas pelo redimensionamento da esfera pública alargam as possibilidades de inserção popular até o âmbito de discussões do Judiciário. O Estado Democrático de Direito é construído através da ampla participação cidadã. Que podem se concretizar mediante estes instrumentos:

- *Mandado de Segurança Coletivo* – impetrado por partido político, organização sindical, entidades de classes ou associações constituídas, em defesa dos interesses de seus membros e associados, art.5º, LXX, b.
- *Ação Popular* – qualquer cidadão tem legitimidade para postular a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de determinada entidade que o Estado participe,

à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural – art.5º, LXXIII.

- *Denúncia de irregularidades ou ilegalidades* – formulada por cidadão, partido político, associação ou sindicato ao Tribunal de Contas da União, art.74, §2º.
- *Mandado de Injunção* – quando a falta de norma reguladora se apresente como empecilho ao exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – art. 5º, LXXI.
- *Ação de Inconstitucionalidade por Omissão* – pode ser proposta por partidos políticos, por sindicatos confederados ou entidades de classe de âmbito nacional, art.103, §2º. Já tratado detalhadamente em momento anterior.
- *Ação Civil Pública* – proposta por Ministério Público ou, para efeitos de participação popular, através da sociedade civil organizada sob a forma de associação com pertinência temática quanto à matéria objeto da lide, conquanto seja constituída legalmente e a mais de um ano, a contar da data do registro de seus estatutos. Nesse caso, esse tipo de ação é muito comum para efeito de proteção de interesses difusos, incluindo-se aí matéria referente à tutela do meio ambiente, além de ato de particular ou do poder público lesivo ao patrimônio público.

Percebemos que esses instrumentos são referências para o espaçamento da jurisdição participativa, e nesses casos o Estado só pode restringir-se ao papel de árbitro. Buscando referendar os direitos subjetivos.

Gisele Cittadino(2000) percebe ao mandado de segurança, a ação popular e os instrumentos que denunciam irregularidades são institutos próprios de um constitucionalismo liberal, pois estão associados ao dever de abstenção do Estado. Mesmo que viabilizem a existência de uma comunidade de interpretes do texto constitucional, uma vez que podem ser impetrados por cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos.

A questão da cidadania envolve uma reaproximação entre moral e direito com fundamentação ética bastante próxima. De acordo com Torres (2001), toda reflexão sobre cidadania e direitos acaba por envolver a ética.

3.2 As construções da cidadania

O termo participação popular exprime as várias construções tomadas pela cidadania na contemporaneidade. A primeira delas, identificada como construção *temporal*, corresponde às narrativas históricas que aparecem sobre diversas formas os direitos fundamentais, políticos, sociais e difusos, que acabam por envolver tanto a liberdade, a justiça e a solidariedade. Além dessa, a construção *espacia*/estabelece os níveis de efetivação da cidadania no âmbito local, nacional, internacional e supranacional, ainda no âmbito virtual uma novidade dos novos tempos. Há também a chamada construção *processual*, a qual envolve os processos jurídicos através dos quais se atualizam direitos e deveres. (TORRES, 2001)

Uma das mais importantes construções para nosso trabalho sem dúvida é a *bilateral*, que implica em direitos e deveres que se comunicam na cidadania pública ou privada e na cidadania ativa e participativa.

É relevante neste momento traçarmos mais detalhadamente os conceitos em torno das construções da cidadania.

3.2.1 A construção da cidadania no tempo

A relação temporal com a cidadania estabelece momentos históricos em que a possibilidade de alargamento dos direitos compreende a própria cidadania.

O que consta instar aqui é o exame de alguns direitos e suas dimensões temporais.

O conceito de cidadania se liga aos direitos fundamentais que estabelecem uma forte ligação entre o direito de liberdade, com igualdade de chances revestidas de solidariedade e soberania.

Encontramos a definição dos direitos fundamentais na obra de Marcelo Galuppo que destaca: “Direitos fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático.” (2003, p. 236)

O desconhecimento da produção das normas que regem os direitos fundamentais gera um efeito contrário a sua pretensão de validade, o reflexo da ação e da norma deve convergir no mesmo diapasão democrático.

O sentido de direitos fundamentais tem certamente suas fontes em processos históricos muito longínquos no tempo. Todavia, somente com as mudanças sociais, econômicas e políticas no trânsito da Idade Média para a Idade Moderna é que assumem tais direitos significados mais preciso. (SAMPAIO, 2005)

Os direitos fundamentais integram o conceito de cidadania desde os primeiros tempos do liberalismo, no século XVIII, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e com a proclamação de independência das Treze Colônias americanas, os *Bill of rights*, em 1776, que serviram de inspiração a várias constituições ocidentais.

A partir da Idade Moderna, o súdito passa a ser cidadão e a administração ganha corpo burocratizado, com a possibilidade do uso da força, o poder soberano do Estado e a limitação do poder do monarca por um contrato social que busca a inspiração para sua positivação nas Declarações Internacionais existentes.

A cada momento histórico temos a ampliação dos direitos fundamentais, reconhecendo ao indivíduo o direito de “ser e não apenas de dever ser” numa percepção diferenciada da condição humana.

As crises históricas foram condescendentes a uma nova ordem a ser estabelecida quanto ao direito e conseqüentemente aos direitos fundamentais, dando um novo foco à participação do cidadão no contexto social institucional, a exemplo da Revolução Francesa, instaurou uma nova ordem social vigente.

A influência que as declarações tiveram sobre os textos constitucionais fora de grande valia para uma percepção interna dos direitos e garantias fundamentais com ambivalência externa.

Os direitos fundamentais são direitos de liberdade. A percepção da liberdade se dá com o convívio social.

A liberdade desponta em condições mínimas exigidas para uma percepção mais clara dos próprios indivíduos entre si, como o direito às garantias a um mínimo existencial promovido pelo Estado, que propiciaria igualdade de chances para fazer uso da liberdade.

Esta igualdade de chances produz as condições mínimas para uma liberdade política, pois uma participação junto às decisões das instituições sociais torna-se eficaz na medida em que os indivíduos tenham capacidade de se esforçar para o cometimento do ato público.

A nossa constituição atual traduz em seu artigo 3º, inc. I como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Sendo a solidariedade fundamento para o estabelecimento da promoção dos direitos difusos ou coletivos.

Inicialmente os direitos fundamentais limitavam o poder do soberano que se encontrava diante do Estado de Direito enfim estabelecido. Eram as liberdades individuais que se revelavam oponíveis ao Estado, ou seja, os direitos de defesa contra o Estado. Para tanto, a positivação dos direitos fundamentais pelo Estado serviam de garantia aos próprios indivíduos contra manifestações arbitrárias que não se inserem no Estado de Direito.

Os direitos de liberdade exibem o *status negativus*, que identifica a autodeterminação do indivíduo perante o Estado que se abstém diante da ação ou da omissão desse mesmo indivíduo pertencente ao grupo.

A garantia da liberdade exhibe o *status positivus* quando o Estado se torna eficaz com os serviços públicos, que promovem o direito à propriedade.

Os direitos políticos buscam a promoção de uma cidadania democrática. O pluralismo político é fortalecido em nosso atual texto constitucional no artigo 1º, inc. V, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A cidadania está intimamente associada à liberdade política, além do voto que defere uma participação representativa. Em seu reforço, já temos a possibilidade

interposta pela Constituição de 1988 da participação direta dos cidadãos na escolhas que definem os rumos do país.

O voto é o elemento determinante da justiça política e conseqüentemente da liberdade também política, e se completa com o direito de ser votado.

No entanto, os direitos políticos não se esvaem com o processo eleitoral, tratam de definir o controle dos poderes do Estado no processo democrático, e não apenas no âmbito nacional, mas também na esfera internacional.

Direitos políticos surgem com a consolidação dos direitos fundamentais, uma vez que a percepção da concreção da justiça social exige a manifestação de novos direitos. Os direitos políticos, na verdade, fortalecem os direitos fundamentais, pois eles representam a classe reivindicatória dos direitos fundamentais, que atuam na gestão pública.

A Democracia trata a todos com igualdade, atribuindo a cada individuo igual poder de influenciar nas decisões da coletividade que atingirão também sua vida. Principalmente numa produção normativa quando entendemos o indivíduo receptor e produtor da norma.

Bobbio(1998, p.151) defende o governo de leis sobre o governo dos homens concluindo que “o governo das leis celebra hoje o próprio triunfo da democracia”, e ainda, “a democracia é o governo de leis por excelência” sendo a liberdade a igualdade e a segurança os principais valores das leis entendidas como normas gerais com abstração garantidora desses mesmos valores.

Para Bobbio(1998, p. 157) o caráter genérico da norma garante realização do valor da igualdade e não consente em nenhum privilégio para determinada pessoa nem a discriminação em desfavor de uma única pessoa. Pois a lei não pode ser instrumento de perseguição ao individuo elemento do grupo a preocupação deve vir da igualdade real entre os homens.

Para que a democracia exista, faz-se *mister* que as pessoas tenham as mínimas condições de expor e discutir os rumos que devem ensejar alguns projetos públicos. A democracia exige a garantia de direitos básicos para todos os indivíduos da comunidade e no seu projeto primeiro a construção de seus interesses normativos. Não se interessa apenas pela ação negativa do Estado, procede em defesa das liberdades

política e individual e também da garantia de condições mínimas de vida aos mais necessitados. Isso na pretensão de que as liberdades possam ser realmente usufruídas e não se tornem uma mera bandeira fácil de desinstalar pelo Estado ou pela coerção privada.

3.2.2 A construção da cidadania no espaço

Os direitos fundamentais moldados no liberalismo constroem maior vigência nas esferas nacional e internacional, principalmente com a Declaração Universal de 1789 dos direitos do homem e do cidadão, que além da condição espacial, local e nacional, também ganhavam dimensão universal e comumente no virtual.

Na contemporaneidade podemos afirmar não existir mais limites espaciais que obriguem o indivíduo apenas à luta local ou nacional, as questões sociais, econômicas, ecológicas buscam afirmação universal ou cosmopolita onde a navegação virtual tem estreitado mais ainda estes espaços.

A ligação jurídica do cidadão com a sua cidade não pode ser obscurecida através de sua ligação com o Estado Nacional, pois no espaço local o cidadão desenvolve seus direitos e deveres (TORRES, 2001).

Nos planos traçados pelo jurista José Luiz Quadros (2006) o espaço municipal detém uma proximidade do cidadão com o Poder Público o que implica numa maior possibilidade de participação junto à administração pública.

A defesa dos direitos fundamentais é concretizada inicialmente na esfera local. As diversas ações judiciais acabam por ser propostas em Judiciário estadual, onde se encontra a instância da cidadania local.

A cidadania nacional fixa o posicionamento constitucional do indivíduo e lhe estende a proteção aos direitos civis, advindos deste texto. Então ela ainda se afirma por intermédio dos direitos fundamentais declarados na Constituição e garantidos pelas instituições federais, máxime o Poder Judiciário e o Banco Central fundamental na defesa da soberania de divisas financeiras e orçamentárias. (TORRES, 2001)

A cidadania mundial é a participação do cidadão na esfera internacional, com a possibilidade de defesa dos direitos subjetivos, sobretudo os declarados nos tratados e nas convenções internacionais. O direito internacional passa a ser instrumento de defesa dos direitos humanos universais dos indivíduos contra o Estado.

Esta cidadania mundial trás um retorno ao kantismo, em sua paz perpétua, em que se defende maior tolerância entre os povos, conformados pelo clamor aos direitos cosmopolitas.

Denota-se pela Emenda nº 45, de 31 de dezembro de 2004, que confere o Parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, o estabelecimento de critérios à ratificação de tratados e convenções internacionais versando sobre direitos humanos. Para que serem ratificados, basta a aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Somente assim serão equivalentes às emendas constitucionais.

Com essa determinação específica destinamos aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos na mesma hierarquia de norma constitucional. O que se torna um avanço buscado pela doutrina pátria há muito tempo, onde se invoca abertura na interpretação do artigo 5º, parágrafo 2º, em que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Essa evolução constitucional garante maior legitimidade do cidadão com relação ao Estado no tocante aos direitos fundamentais e humanos estabelecendo no direito interno, nova estrutura de recepção externa e configurando em abertura espacial da cidadania.

O nosso ordenamento não prevê a liberação do aborto e como signatários do Pacto de São José de Costa Rica não podemos vir a inscrever o aborto voluntário em nossas normas.

A cidadania mundial configura aspectos políticos diante do compartilhamento dos problemas com toda a sociedade mundial. Então são necessários Tribunais Supranacionais no controle de crimes contra a humanidade.

Com os avanços tecnológicos surge então a cidadania virtual que envolve um espaço cibernético que diminui os espaços físicos entre os homens. Esta forma de

contemplanção da cidadania serve ao propósito da liberdade. Mas uma liberdade com limites que não pode servir ao ilegal, com textos que manifestem o terrorismo, exploração sexual, etc. (TORRES, 2001)

A dimensão espacial da cidadania envolve os espaços de possibilidade de reivindicações por parte dos cidadãos que devem a todo o momento serem aumentados como parte do alicerce democrático de participação.

3.2.3 A construção bilateral da cidadania

A cidadania compreende uma bilateralidade que envolve, portanto, direitos e deveres, ainda que se correspondam assimetricamente.

Tal correspondência assimétrica se dá nos termos da solidariedade que informa a cidadania. Os direitos fundamentais de cunho social somente se efetivam se sustentados pelos deveres de solidariedade. O indivíduo enquanto membro de uma comunidade tem deveres que acabam promovendo a realização dos direitos fundamentais.

Enquanto o indivíduo for membro de uma determinada coletividade, ele será beneficiado, *eo ipso*, através da proteção coletiva. Como o oportunismo vai de encontro à justiça, uma participação obrigatória nas prestações necessárias à autoproteção coletiva, mostra-se, aqui, um imperativo de justiça. Em qualquer tipo de caso concreto, devem-se destacar estes dois pontos: o direito a uma afiliação obrigatória e a abrangência desse direito. (HÖFFE, 2005, p.104)

Os deveres fundamentais do cidadão estão constituídos no pacto social e servem ao mesmo tempo para a garantia mínima de liberdade, onde a coexistência garante na diferença entre eles, a possibilidade das prestações impostas serem compartilhadas. Como exemplo, podemos falar do tributo que tem fim certo na comunidade para a promoção do bem estar social. (TORRES, 2001).

O voto, como direito político, também resguarda um dever de votar, instaurando assim uma correspondência fundamental.

A dimensão bilateral da cidadania se sustenta nessa bipolaridade entre direitos e deveres que tornam equilibradas as relações solidárias da comunidade.

3.2.4 A construção processual da cidadania

A gênese da cidadania se expressa fundamentalmente em vias processuais. A cidadania está em constante processo de mudança, principalmente com as novas possibilidades de espaço e com a constante evolução histórica. Consiste num processo jurídico cuja afirmação só se opera perante os poderes do Estado que ampliam a possibilidade de participação e fortalece a soberania popular.

Do ponto de vista jurídico, parece não haver outra forma de enfrentar as marcantes divisões sociais da sociedade brasileira, buscando superar a *cidadania de baixa intensidade*, senão conferindo prioridade aos mecanismos participativos que buscam garantir o sistema de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal. (CITTADINO, 2000, p. 231)

Confirma a mesma autora que “nesta perspectiva, o sistema de direitos assegurados pela Constituição Federal apenas terá efetividade mediante a força de vontade concorrente de nossos cidadãos em processos políticos deliberativos” (CITTADINO, 2000, p. 231).

A cidadania de hoje é conferida como ativa, de sorte que exige maior índice de participação dos indivíduos no processo de construção dos interesses do Estado Democrático. Existem diferenças entre a cidadania ativa e a passiva. A cidadania ativa é presente desde a antiguidade grega, a passiva é configurada no liberalismo político com uma percepção unicamente individual na busca de interesses. Hoje temos um retorno a prática antiga de cidadania onde comungavam de uma maior percepção das decisões para a comunidade.

A dicotomia entre cidadania ativa e passiva corresponde, até certo ponto, àquela fartamente explorada pela filosofia política entre a liberdade dos antigos e dos modernos e a outra passiva advém de uma cidadania conferida pelo Estado Moderno

característico do liberalismo político em sua fase de início. Hoje buscamos uma cidadania ativa nos moldes gregos com atitude participativa.(TORRES, 2001)

Existe na verdade a necessidade de levar o povo à sério como uma realidade, isso impede de tratar a democracia em termos de técnica de representação e legislação. O povo entra em cena como destinatário e agente de responsabilidade e controle (MÜLLER, 2003).

A cidadania também produz uma percepção dicotômica entre os interesses públicos e privados, sendo os primeiros uma busca em prol da efetivação dos interesses do Estado e de outra feita do particular, numa linha privada e familiar.

A cada dia passado, o Estado perde mais ainda sua identidade com o povo que o constituiu na época moderna (CASTELLS, 2002). Além desse caminho que vemos estabelecer-se com a discussão sobre o público e o privado, surge um novo setor que é público, mas não é atividade do Estado.

“Assim enquanto o capitalismo global prospera e as ideologias nacionalistas demonstram seu vigor em todo o mundo, o Estado-Nação, cuja formação está historicamente situada na Idade Moderna, parece estar perdendo seu poder” (CASTELLS, 2002, p.287).

As ONG's, (organizações não governamentais) formadas por particulares que exercem funções de proteção a indivíduos ou a determinada coletividade, e que terminam fazendo um tipo de trabalho voltado para o suprimento da omissão do Estado. Esta crise se formou diante incapacidade do Estado para estabelecer um compromisso com as metas estabelecidas como Estado do bem-estar-social, devido à integração da produção e do consumo em um sistema capitalista global e amplamente interdependentes.

Este quadro nebuloso sobre a dicotomia público/privado torna-se ainda mais complexo diante da emergência de uma nova concepção de espaço público, não mais associada necessariamente à atividade estatal. De fato, se no Estado Liberal o público correspondia ao Estado e o privado a uma sociedade civil regida pelo mercado, considerada como o *locus* em que indivíduos perseguiriam egoisticamente seus interesses particulares, robustece-se agora um terceiro setor que é público, mas não estatal. Ele é composto por ONG'S, associações de moradores, entidades de classe e outros movimentos sociais, que atuam em prol de interesses da coletividade, e agem aglutinando e canalizando para o sistema político demandas importantes muitas vezes

negligenciadas pelas instâncias representativas tradicionais. (SARMENTO, 2006, p.329)

Boaventura (1995), em sua obra “Pela mão de Alice”, configura outros espaços além do público e do privado para a percepção da cidadania, tais como os espaços doméstico, da produção, da cidadania e mundial, cada um deles com uma unidade de prática social, forma institucional, mecanismo de poder, forma de Direito e modo de racionalidade próprios. Em outra obra, “A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência”, Boaventura (2000) conflui com a idéia de ampliação dos espaços, qual seja, o espaço de mercado e o espaço da comunidade.

As dimensões da cidadania devem ser constantemente ampliadas para que ocorra um aumento de participação popular nas esferas do poder soberano, o qual deve exercê-lo com toda plenitude que pretender, principalmente quando o Estado tem como objetivo o respeito à soberania popular encontrada em um plano livre, não sujeitada a influências e coerções do próprio Estado.

3.3 O conteúdo mínimo existencial e a participação popular

A possibilidade de participação somente se torna uma realidade se transportada do plano da idealidade quando os sujeitos que participam do debate público têm o suporte físico e intelectual, dispondo de autonomia.

A participação cidadã é dependente da proteção dos direitos fundamentais sociais básicos, assim como moradia, emprego, educação, saúde e lazer e segurança pública. Sem a percepção desses direitos pelo menos em fase de concreção não existe a possibilidade em se falar numa participação das decisões públicas por seus cidadãos, lhes faltaria a autonomia para deliberar seus interesses.

Sem o conteúdo mínimo de efetividade de direitos sociais, as possibilidades de sobrevivência do indivíduo se extinguem e neste mesmo diapasão desaparecem as possibilidades da liberdade do discurso.

Uma democracia dialógica, com espaços públicos abertos aos cidadãos somente se confirma diante da realização da liberdade. E essa liberdade de expressão política acompanhada da proteção mínima ao cidadão esbulhado de oportunidades.

A nossa realidade de miseráveis não tem como concretizar a democracia, com um conjunto de elementos imunes e excluídos do debate público e da co-autoria das decisões de governo.

Tratando das mínimas condições de participação cidadã, a possibilidade de efetivação da liberdade de expressão torna-se condescendentes com as mínimas condições básicas materiais e intelectuais exigíveis no discurso.

Tanto para a vida quanto para o desenvolvimento das capacidades de pensar e falar são necessárias prestações positivas que são formadas, em parte, por bens, em parte, por serviços, e em parte por posições de oportunidades. (HÖFFE, 2005)

Em face de nossa realidade social, temos que concordar, não condiz com o estabelecimento democrático dos países mais desenvolvidos, assim como os europeus e o Estado americano, por exemplo, sociedade estruturada no liberalismo.

Este trabalho tem a pretensão de iniciar uma crítica à nossa realidade exclusiva, não esgotando o tema, mas abrindo um caminho para que este discurso que querem tornar defasado seja instaurado a todo tempo.

Encontramos hoje em nossa sociedade, milhões de pessoas vivendo em condição de miséria, excluídos de qualquer movimento de participação no discurso público.

Uma sociedade aberta e dialógica, com fundamentos democráticos não pode usufruir de tal realidade nutrindo um sentimento de conformidade e omissão.

Não há a pretensão de se encontrar uma fórmula que acabaria com os níveis insuportáveis de exclusão a que chegamos, mas iniciar um debate perguntando o porquê não há maior abertura à participação? E porque não vemos políticas públicas voltadas à promoção dos conteúdos mínimos de existência digna? Uma vez que as políticas imediatistas a muito não estão provocando os efeitos esperados? Como as nossas normas programáticas se encontram a tanto tempo num estágio de paralisia?

Uma tomada de consciência de participação para efetivação da democracia se faz necessária no obstante ao reconhecimento de seus efeitos. Os indivíduos precisam se sentir como pertencentes ao grupo.

A liberdade de expressão, podemos afirmar, é vinculada à participação popular, uma vez que as decisões populares tomadas no âmbito do poder público somente se tornam autênticas se decididas a partir de traços de liberdade dos cidadãos.

A liberdade sempre foi contemporânea de muitas lutas, haja vista sua importância estabelecida pelos indivíduos no tramar da história dos movimentos revolucionários da modernidade. Se a princípio de uma promoção da modernidade, não se buscasse a liberdade, os outros direitos fundamentais não seriam concretizados, pois faltaria a liberdade essencialidade para reivindicar tais direitos.

E a cidadania participativa se constrói com a liberdade reivindicatória onde o mesmo semântico se faz da liberdade de expressão

Não se pode negar o direito de escolhas políticas, que não se realizam apenas no voto, mas nas decisões públicas que envolvem o discurso do governo. Não se pode negar o direito das pessoas subtraídas de condições materiais mínimas, a ter proteção do Estado em caso de necessidade de subsídio ao conteúdo mínimo de existência. Trazendo para o debate a via pública e o discurso dialógico e democrático.

Como Luiz Roberto Barroso em seu ministério traduz: somos compostos como exemplo de “Estados de democratização mais tardia”. (BARROSO, in: SAMPAIO, 2006, p. 121).

Os modelos democráticos europeus a muito tem aplicado a eficácia democrática. Em face de nossa realidade social, temos que concordar: esta mesma realidade não condiz com o estabelecimento democrático dos países mais desenvolvidos, assim como os Estados europeus altamente democratizados e o Estado americano, por exemplo, sociedade estruturada no liberalismo.

É claro que a proposta não é negar o Estado Democrático de Direito aos moldes europeus, mas adequá-lo à nossa realidade e buscar efetivar um de seus princípios fundamentais, qual seja, o da solidariedade. Não uma solidariedade clientelista que propõe o atual governo, mas a promoção das mínimas condições, na

medida em que as prestações aduzidas busquem dignificar a existência futura do indivíduo e este tenha condição de participar das decisões públicas sem nenhum controle lobístico, lhe interpondo as escolhas. As pressões anteriores ao discurso podem estabelecer uma decisão contrária aos interesses locais.

A ambigüidade democrática não pode servir de negação a este modelo, pois o governo do povo tem mesmo que conviver com as decisões do povo.

José Luiz Quadros de Magalhães concorda que não se cumpriram efetivamente o Estado Liberal, o social e que não se pode afirmar a mágica do Estado democrático de Direito. É fundamental que encontremos soluções efetivas de implementação da democracia participativa com fundamentos cidadãos. No Brasil para o seu acontecimento, não seria mais possível a construção de um Estado social avançado que crie as bases participativas da população consciente, pois diante de uma globalização neoliberal o Estado nacional esta em crise.

Concordamos com estas posições, pois como revelamos na parte histórica do direito brasileiro, não estabelecemos uma relação com a história européia ou americana. Enquanto ferviam os movimentos da modernidade e do liberalismo europeu o Brasil se estagnava num feudalismo fora de ordem, liderado pelos capitães donatários e depois pelo governo geral. No Brasil, fomos invadidos por uma abertura do capitalismo estrangeiro definido em nosso contrato social com fortes pressões lobísticas de manufaturar nossos produtos com uma total liberalidade do capitalismo.

A Constituição de 1934 era de baixa normatividade e eficácia duvidosa. Quando enfim se instaurou o Estado Democrático, a realidade penetrou os nossos sonhos de participação e soberania popular com mais de vinte milhões de brasileiros vivendo abaixo da linha da pobreza, em condições subumanas.

As mínimas condições de participação cidadã traçam a possibilidade de efetivação da liberdade de expressão condescendente com as mínimas condições básicas materiais e intelectuais exigíveis visando concretizar o discurso político.

Conforme Paulo Bonavides (2006, p.564) os direitos de liberdade tem como titular o indivíduo, com seu traço mais característico, qual seja, o da subjetividade, operando uma resistência e oposição frente ao Estado.

O que não faz do Estado o condutor da liberdade do indivíduo, mas tem o dever de reconhecer a autonomia do indivíduo para reivindicar a qualquer momento esse direito, acolhendo a qualquer tempo a sua capacidade para tais interesses e a promoção dos meios que busquem a realidade participativa.

No entanto as possibilidades de participação popular no Brasil encontram seus limites na incapacidade deliberativa que tem os cidadãos diante de um quadro aterrorizante de desvelo social. Onde uma enorme parte da população vive em condições subumanas, faltando-lhes as mínimas condições materiais básicas, vivendo em casa de papelão em buracos, debaixo de viadutos, não tendo do que se alimentar, não tendo o reconhecimento de cidadania pela via formal, os documentos pessoais, sem acesso às escolas, muito menos emprego digno? Como esses mesmos cidadãos, que se estima completar um número de trinta milhões poderiam participar por exemplo, de audiências públicas em que se travam discussões sobre o destino de orçamento para casas populares ou escolas, ou postos de saúde na contramão de viadutos, chafarizes, praças públicas, lei de auxílio à pobreza? A muitos faltam a identidade cidadã.

Não efetivamos ainda o Estado Democrático de Direito Brasileiro por imaturidade, por descuido político, falta de vontade da população, corrupção latino americana e muitos outros fatores, mas principalmente porque como diz Ferdinand Lassale, ainda não chegamos no limite extremo em que a tomada do poder se faz necessária para que uma nova ordem se instaure.

A transição ditadura-democracia foi muito tranqüila, e os mesmos mandatários foram restabelecidos dentro de nova ordem, esse foi o erro, acreditar que a mudança seria para aquele momento com a constituinte de 86-87 estabelecendo uma constituição cidadã, e que o novo governo promoveria a sua total efetivação. Colocaram muitas normas programáticas sem a devida preocupação com sua aplicação alcançando o debate da doutrina pelo cumprimento das mesmas pelo governo.

O debate sobre o conteúdo de eficácia das normas que dizem respeito a aplicação dos direitos fundamentais, não tem conseguido chegar a um consenso. E as pessoas que estão fora do conjunto, excluídas e sem oportunidade de fala, esperam

por uma decisão que complemente sua infortunada esperança muitas vezes depositada no governo. A situação do excluído se torna insustentável e irreal.

À margem de uma sociedade exclusiva o indivíduo estagna suas escolhas e oportunidades e se sujeita ao subjugo do Estado cada vez mais controlador e aliado a interesses que deixam de lado os interesses da maioria não participativa e envolta por seus problemas sociais e financeiros se omitem e não buscam a atividade política e a real valorização da *res publica*.

“Quando olhamos para o valor do salário mínimo e o comparamos com o disposto com o artigo 7º, inciso IV, da Constituição vigente, não é racional que expressemos aqui um nominalismo loewesteiniano, eis que a denúncia aprofundaria a sensação de desvalor da Constituição pelo simples fato de a mesma ser tida por ‘utópica’. Ao contrario, a análise da questão deveria levar a serio o Direito e mostrar que o problema não está na Carta e sim nas relações sociais em que vivemos, isto é, naquilo que nós fazemos de concreto para a mudança desse *status quo* social”.(CRUZ, 2007;p.327)

Quando enfim se instaurou o Estado Democrático, a realidade penetrou os nossos sonhos de participação popular com milhões de brasileiros vivendo abaixo da linha da pobreza, em condições subumanas.

As nossas condições sociais não são diferentes de alguns dos países mais pobres da África, “onde mulheres levam 15 ou 17 horas por semana e andam normalmente 10 quilômetros por dia para obter água para as suas famílias”.(BOAVENTURA, p.10;2007)

Não têm vida diferente, os brasileiros e os africanos de países onde a falta de água é constante desafio.

As nossas condições sociais não são diferentes de alguns dos países mais pobres da África. Encontramos em nossos sertões nordestinos bem mais do que Guimarães Rosa (1997) encontrou nos sertões veredas. Guimarães também não teve a oportunidade de escrever sobre a realidade de nossas imensas favelas, onde nem mesmo o mínimo de segurança e proteção do Estado é estabelecido. Se este grande escritor estivesse vivo lhe faltariam palavras para descrever nossas desigualdades sociais.

Segundo o professor Giovani Clark (2001), cabe às funções Judiciária e Legislativa a difícil missão de evitar (como ele trata no texto) uma “ditadura pós-moderna”, como o controle do Executivo que adota uma postura intervencionista na ordem econômica e social motivada pela abundante produção de normas inclusive as medidas provisórias.

Para uma concretização dos direitos sociais não são necessárias produções de normas, mas a busca da efetivação das mesmas, sendo esse papel condizente com a promoção de políticas sociais, desempenhado tendo a cooperação dos três poderes.

Mas é, também, um mundo em que cada vez mais os cidadãos e, em especial, as classes populares têm consciência dessa desigualdade, de que ela é injusta e de que viola os seus direitos, consciência que engloba o direito à igualdade como o direito à diferença. (BONAVIDES; 2007, P.10-11)

Não existe possibilidade de democracia e sua efetivação se as pessoas que participarem de sua construção não tiverem instrumentos que se concretizam com o mínimo existencial, educação, saúde, habitação, trabalho digno, lazer e segurança pública; não se pode falar em liberdade de expressão e participação popular é condição para sua existência.

Segundo Rawls (2004, p.149-151) , e sua proposta de igualdade racional entre os povos na sociedade nacional deve ser alcançada primeiro a redução das desigualdades em uma sociedade, aliviando os sofrimentos e as dificuldades dos pobres. A equidade de riquezas não seria possível e uma desigualdade muito grande entre o poder aquisitivo também não seria racional. Os menos favorecidos devem ter meios suficientes para fazer uso inteligente da liberdade e compartilhar uma vida razoavelmente digna. Numa segunda percepção racional Rawls percebe que a distancia entre ricos e pobres deve ser diminuída, pois do contrário alguns cidadãos são estigmatizados como inferiores, incorrendo numa injustiça. A sociedade descente ou liberal deve evitar hierarquias reconhecidas socialmente mediante expressões de deferência nas convenções, pois podem ferir injustamente o respeito dos que não são assim reconhecidos e o discurso que impede as pessoas de participarem do debate público por falta de preparo serve a este sentimento que inferioriza. A subsistência diminui este sentimento mas não podemos findar o pensamento libertário do discurso

apenas nessa possibilidade; a participação envolve abertura para todos no debate público. Rawls por fim, racionalmente provoca a consideração que as desigualdades crescem o processo político e no caso da sociedade nacional esse interesse se evidencia para assegurar a honestidade das eleições e das oportunidades políticas de concorrer a cargo público. Para Rawls a igualdade de oportunidades, traz as condições sociais de fundo para a independência do cidadão quanto a classe e origem em posição para ter a mesma chance de alcançar posição social mais favorecida, se tem os mesmos talentos e disposição para tentar, com políticas voltadas a essa igualdade de oportunidade incluindo a promoção da educação imparcial para todos e eliminar a discriminação. As dissonâncias serão corrigidas pela estrutura básica da sociedade dos povos.

Rawls trata com muita eficiência do direito à equidade protegendo as diferenças sociais, sem uma percepção radical socialista. A necessidade de manter uma distancia saudável entre ricos e pobres, permanecendo uma decência racional e razoável. A solidariedade deve ser buscada para manter as condições de existência dos menos favorecidos de oportunidades.

Para uma concretização dos direitos sociais não são necessárias produções de normas, mas a busca da efetivação das mesmas, esse papel condizente com a promoção de políticas sociais deve ser desempenhado tendo a atuação insistente dos três poderes.

Ao Judiciário cabe o papel democrático que lhe foi destinado pela Constituição de 1988, e que tem sido negado por este mesmo órgão, e deixar de se esquivar da realidade, agir com independência até mesmo se condizer uma postura de controle das atividades omissivas da administração pública e do Legislativo. Trazendo consigo em atitude revolucionária uma democratização, voltado às decisões que favoreçam a comunidade que lhe destinou um papel fiscalizador e balizador dos direitos.

Os mínimos sociais ou constitucionais são determinantes no conceito de cidadania. Trata-se das mínimas condições que acompanham a dignidade da pessoa humana em sua existência.

A dicção do mínimo existencial deve ser procurada na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da

dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. (TORRES, 2001)

Sem a concreção do conteúdo mínimo na efetividade de direitos sociais necessários, as possibilidades de sobrevivência do indivíduo se extinguem e neste mesmo diapasão desaparecem as possibilidades da liberdade.

O conteúdo mínimo existencial e a sua impossibilidade de realização, reflete todavia, no problema da pobreza, na medida em que a pobreza absoluta deve ser combatida pelo Estado devendo este prover a participação pública, completando o desejo pela democracia não oligárquica.

O herdeiro de Frankfurt, Habermas, não fala claramente de um mínimo existencial, mas preconiza em seu texto, as iguais possibilidades de participar do discurso para formação do direito positivo, como autores e destinatários das normas são necessárias liberdades individuais e os direitos fundamentais.

Como participar com iguais possibilidades se muitos cidadãos não conseguem ao menos se deslocar ao local do debate? Como uma pessoa que se encontra abaixo da linha da pobreza pode ao menos participar de uma democracia representativa e ser candidato?

Como concretizar as liberdades individuais diante da nossa realidade que é tão diferente da realidade alemã vivida por Habermas?

Alvaro Ricardo de Souza Cruz (2007, p.327) defende a teoria discursiva habermasiana, enfatizando que o frankfurtiano, defende a possibilidade do direito como instrumento a promover a solidariedade humana e a inclusão dos hipossuficientes.

Segundo Habermas é a própria coletividade que preconizando um procedimento discursivo racional produz esses direitos e então passa a protegê-los como autores deste direito estabelecido na estrutura constitucional estabelecida na “condição ideal de fala”, não seria menos do que os nossos juristas brasileiros traçam com relação ao conteúdo mínimo a uma existência digna. Concordamos que a percepção da igual oportunidade de participação do discurso tem que estabelecer parâmetros com relação aos direitos fundamentais básicos, diante da promoção da dignidade humana torna eficaz o discurso de participação.

Habermas divide em cinco categorias¹² os direitos fundamentais básicos.

Sabemos que nossa realidade é completamente diferente da realidade alemã, mas temos que aprender a ser democráticos mesmos com este quadro com um grande efetivo de miseráveis, o amadurecimento da democracia depende dessa abertura. Adequar a proposta da legitimidade à nossa realidade. Afinal o Estado amadurece em suas propostas na medida da sua evolução e não podemos simplesmente negar as possibilidades de legitimidade da construção discursiva que está atrelada à participação popular, não podemos negar esse fundamento do governo do povo pelo povo.

Dizer que o discurso habermasiano não cabe ao Brasil é estigmatizar um discurso que traduz a construção da legitimidade e co-originariedade na produção das decisões dos órgãos do Poder, tão necessários ao discurso democrático e dialógico. O conteúdo mínimo para uma possibilidade de existência digna, procede a uma abertura do discurso que requer a complementaridade da eficácia objetiva das normas programáticas de nossa Constituição da República que instituiu desde a sua promulgação metas a ser atingidas e que o Estado na Suas funções de governo tem se tornado omissor.

Continuando na linha defensiva da teoria discursiva habermasiana, Cruz(2007,p.373) defende que o vislumbrar do *mínimo existencial* esteja dentro da argumentação moral, uma vez que prevalece a perspectiva de reciprocidade de modo a garantir a todos as condições materiais para a possibilidade de participar dos discursos de formação da vontade política da sociedade, desaparecendo a lógica da “melhor locação” de recursos, pois a Sociedade deve dispor de um mínimo de recursos na viabilidade da existência física ou orgânica das pessoas.

¹² (1) Direitos fundamentais resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; (2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro de associação de parceiros do direito; (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de condições, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo; (5) direitos fundamentais a condição de vida garantida social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4). (HABERMAS, 1997, p. 159-160)

A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (TORRES, 2001).

Os direitos sociais são direitos que se concretizam através do Estado o que acaba por exigir do cidadão e do poder público, prestações materiais, inclusive quando há um *déficit* na maioria da população relativa a esses bens.

Para Andréas Krell (2002) o Estado mediante leis parlamentares, atos administrativos e criação real de instalações de serviços públicos deve executar a políticas públicas que facultem o gozo efetivo dos direitos fundamentais, no caso, a educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação.

Contemporiza-nos o pensamento segundo o qual os direitos a prestações positivas do Estado com relação às necessidades básicas dos indivíduos sejam aferidos em encontro com os direitos fundamentais sociais, pelo menos dentro da possibilidade da concreção dos direitos subjetivos individuais ou coletivos.

Nas linhas traçadas por Ingo Wolfgang Sarlet (1998) estamos vinculados à concepção de que o Estado se torna responsável pela garantia dos direitos de defesa, colocando à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, dos direitos fundamentais a prestações. Garantindo também, o Estado a premissa de que o indivíduo tem direito a conquista e manutenção de sua liberdade, o que depende da postura ativa dos poderes públicos.

Os direitos negativos ou de defesa preconizam uma não participação do Estado. Em posição contrária, os direitos positivos exigem do Estado uma contraprestação fática de natureza jurídica e material. A concreção da prestação positiva amplia as possibilidades da percepção dos direitos negativos.

Não haverá democracia onde não se concretizarem os direitos fundamentais e com a inexistência da democracia, não prevalecerão as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

Os direitos fundamentais a prestações são direitos de segunda geração. Os *direitos sociais* propriamente ditos seriam aqueles necessários à participação

plena na vida da sociedade, incluindo o direito à educação, a instituir e manter uma família, à proteção da maternidade e da infância; bem como para permitir o gozo efetivo dos direitos de primeira geração, com o reconhecimento do direito ao lazer e o direito a não haver discriminação. (SAMPAIO, 2004, p.262)

Sobre essas preocupações incidentais aos direitos fundamentais na promoção da inclusão democrática a teoria dos conjuntos de Agamben (2004) sustenta uma distinção entre pertencimento e inclusão. Para este autor, tem-se a inclusão quando um termo é parte de um conjunto, no sentido em que todos os elementos são elementos daquele conjunto. Continuando suas conjecturas vê-se que um termo pode pertencer a um conjunto sem estar incluído nele. Logo, um termo pertence a uma situação se ele é representado e contado como unidade nesta situação. Conclui então que um termo está incluído em uma situação se é representado na metaestrutura do Estado em que a estrutura da situação é por sua vez contada como unidade (os indivíduos, enquanto recodificados pelo Estado em classes, por exemplo, como eleitores).

Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto para fora da lei, e indiferente a esta, mas é abandonado por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar da vida e direito, externo e interno se confundem. (AGAMBEN, 2004, p.35-36).

A inclusão acontece quando um termo é parte de um conjunto, no sentido em que todos os elementos são elementos daquele conjunto. Um termo pode pertencer a um conjunto sem estar incluído nele.

A teoria deste autor pode explicar os níveis de exclusão a que o sujeito apenas pertence como unidade, não sendo contado como unidade deste conjunto comunitário vive em condições de extrema pobreza. Não podemos dar margem à indiferença à vida e especialmente à vida digna. Não podemos conceder um holocausto da exclusão, as pessoas que estão fora do bando certamente foram tiradas de uma realidade, como se a nuvem que divide as classes sociais seria aquela cortina de gás das câmaras de extermínio.

Afinal, fazendo parte do mesmo bando agimos de acordo com os desígnios da maioria e como unidade do mesmo conjunto; formamos nossas decisões baseadas no respeito ao limite estabelecido pelo Estado, o que nos propicia a coabitação num mesmo espaço universal e plural.

Não se trata de assistencialismo, mas de preservação da vida digna para as pessoas esbulhadas de qualquer pretensão perante a sociedade diante da possibilidade de participação. Na falta de condições básicas de sobrevivências se compromete um dos princípios básicos da democracia, a soberania popular. Não vivemos numa aristocracia o governo democrático tem de ter a égide da participação de todos e não de uma parcela da sociedade¹³.

Para quem vive no absoluto desamparo e ignorância, a distância que o separa da dignidade, ainda que em seu conteúdo mínimo, é todo o caminho da volta à própria humanidade. (BARCELLOS, 2002, p. 308).

Ana Paula Barcellos (2002), em sua obra sobre a eficácia dos direitos constitucionais, estabelece um núcleo para a exigibilidade do mínimo existencial à assistência à saúde básica, à educação fundamental, à assistência necessária e ao acesso à justiça em termos constitucionais. Mais adiante ela afirma que uma sociedade contemporânea, que crê nos postulados humanistas e na democracia, a dignidade da pessoa humana constitui valor fundamental.

O princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser absolutizado, podem ocorrer variantes de aplicação a casos concretos onde outro princípio venha a ser o mais adequado. Também afirmamos que sem a percepção da dignidade humana advinda da segunda metade do século vinte, não serve o propósito de uma racionalidade democrática.

Em uma sociedade como a nossa em que as pessoas desconhecem os seus direitos, que não lhe fora edificada a *phronesis* cívica com relação às leis e sua hermenêutica, podemos concluir que o Brasil se estabelece na contramão de uma sociedade aberta de interpretes condizente à proposta häberliana (2002). "O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico" (P.15)

¹³ "O mais grave é o fato de que, ainda hoje, vozes que se dizem democráticas e de esquerda, continuam sustentando o mesmo o mesmo discurso contra o Estado Social, defendendo uma sonhada e desejável democracia dialógica construída pela sociedade civil livre, sem perceber que os novos excluídos social e econômicos estão excluídos do diálogo democrático, passando a fazer parte da crescente massa de clientes do sistema penal em expansão". (MAGALHES, in: Sampaio, 2006, p.182)

Os cidadãos precisam participar dos debates públicos, afinal a democracia se efetiva através desta participação ativa de seus elementos, livres autônomos e dignos de deliberarem no encontro de seus interesses.

A humanidade procura o seu aprimoramento e não o contrário, a evolução é inevitável, a busca incansável pela felicidade universal é a proposta dentro do plano da idealidade e o próprio texto constitucional coaduna com este pensamento ao trabalhar com a via da erradicação da pobreza, no artigo 3º, inc. III como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

A felicidade Universal idealizada nesse trabalho não determina o elo inquebrável percebido nos ensinamentos do catolicismo num tipo de ação reversível do fazer aos outros o que gostaríamos fosse feito a nós mesmos; mas no respeito ao desejo do outro indivíduo, que não pode se realizar em nossos próprios desejos. O que se propõe ao outro não pode se realizar em nossa própria felicidade, mas na percepção do desigual que se amplia no respeito à felicidade que o outro deseja.

O distanciamento que o Estado propõe com relação aos seus consorciados pressupõe, uma larga distancia com a democracia.

E não podemos esquecer dos ensinamentos de Ferdinand Lassalle (2004) que trafega, pelos fatores reais efetivos de poder responsáveis por transformar nossa Constituição em mera folha de papel se não ajustamos a nossa realidade a uma vontade política.

Diante de todas as peculiaridades que envolvem a realidade de nosso país, podemos acertadamente concluir que o Estado Democrático de Direito encontra-se em vias de se efetivar, e na idealidade existe um longo caminho a ser percorrido pelas diferenças sociais e políticas que denotam um maior movimento à democracia participativa.

A democracia brasileira necessita de ter os seus acabamentos concretizados e não existe legitimidade nos movimentos que afastam os cidadãos das decisões do governo, alegando a impossibilidade de participar, uma vez que o Estado deve reconhecer a capacidade de participação de todos e buscar a promoção da existência

digna e ideais autônomos por parte de seus elementos. A falta de condições ideais no discurso popular não pode servir de freio, aja vista o modelo de democracia adotado, se o fizermos estaremos negando o modelo Europeu adotado. Percorreríamos então a dúvida de que modelo de democracia devemos seguir, ou somente negá-la.

Para que os indivíduos se sintam destinatários das decisões políticas o sentimento de produtor dessas decisões deve constar como progresso próprio e o próprio recebimento dessas pode amadurecer futuras escolhas.

Estamos construindo um modelo de democracia que venha a condizer com nossa realidade, inspirada no modelo grego e não concretizado neste, mas adequada à tempos atuais de democracia dialógica em medida de participação ideal do maior número possível ativo e que não perfaz um modelo voltado a uma compreensão oligárquica, onde a população é esquecida pelo Estado na tomada de decisões deixando ao encargo de poucos os interesses públicos.

A esfera pública democrática a se formar deve estar em consonância com os princípios constitucionais construindo uma integridade do direito e concretizando políticas públicas voltadas aos interesses desses excluídos do debate público, fazendo valer o pertencimento ao grupo.

O conteúdo mínimo existencial é necessário às pessoas excluídas das condições básicas, abrindo a possibilidade de liberdade e autonomia do discurso político.

É condição do Estado Democrático de Direito, reconhecer o cidadão como responsável para deliberar sobre as decisões públicas. O indivíduo não pode mais continuar a não ser reconhecido como capaz de tomar as decisões de seu interesse. Agindo dessa forma negamos o Estado Democrático de Direito e construímos um discurso que vai de encontro aos ideais democráticos.

Atuando como partícipe na construção das normas e deliberando sobre as decisões do governo, o cidadão reivindica a abertura dos espaços públicos e amplia possibilidade do discurso.

No entanto o indivíduo que vive à margem do conjunto social e excluído do debate dialógico, para se inserir na possibilidade participativa necessita de ter capacidade determinada pelas mínimas condições de sobrevivência, sendo que a

realidade de 30 milhões de brasileiros, sem moradia sem saúde básica sem ensino fundamental, lazer, emprego e segurança pública os colocam fora do modelo de democracia que está por concretizar. Integrantes do grupo, mas vivem à sua margem, percebidos como elementos que existem apenas como número a se fazer contar, mas que os direitos destinados não os alcançam.

4 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como estabelecemos no item anterior, os diversos fundamentos da cidadania necessitam que os indivíduos sejam assistidos pelo básico da proteção material em que se abrange um ideal de fala no discurso público ampliado ao maior número possível de cidadãos ativos.

O Supremo órgão judiciário tem servido de críticas com relação à legitimidade de suas decisões no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade e diante dos casos difíceis.

Para que este órgão não carregue nas costas os problemas do mundo como o Hércules dworkiano faria, descrevemos neste trabalho a possibilidade de audiências públicas que viriam a diminuir a sobrecarga que o discurso desses juizes acarretaria tendo que estabelecer as decisões com base no art.5º, XXXV da CR/88 que define a obrigação de dizer o direito pelo juiz. Passamos a defender uma cidadania atuante no judiciário.

No próximo item falaremos sobre a escolha difícil com a qual se deparou o aplicador do direito na ADPF 54, admitindo as audiências públicas como solucionadoras do conflito de legitimidade das decisões difíceis e do controle de constitucionalidade.

Não nos propomos fazer um estudo de caso, mas uma análise descritiva da primeira possibilidade de abertura à cidadania jurídica no Supremo a partir de duas ações constitucionais, ainda em tramitação, a saber, a ADPF nº 54 e ADI 3.510.

A segunda possibilidade a da ADI nº 3.510 proposta pelo já aposentado Procurador Geral da República Cláudio Fonteles, que discute o artigo 5º da Lei de Biossegurança, sob o número 11.105/05, atravessou a discussão e revelou o primeiro caso de Audiência Pública ocorrida no STF em 20 de abril de 2007 e que findou a decisão na permissão das pesquisas com células-tronco embrionárias no dia 29 de maio de 2008, caso analisado adiante.

4.1 ADPF nº 54: uma escolha difícil e dramática

Para iniciarmos falaremos um pouco da anencefalia, pois a ciência deve ser sempre companheira do discurso jurídico. Desse modo, não podemos nos apegar mais às bruxarias ou fenômenos da natureza para definirmos as normas que devam reger nossa sociedade.

Este caso de difícil decisão vem sendo amplamente discutido porque encontramos nele uma fonte de direitos éticos e de conflito principiológico, o que vem aumentando os questionamentos em torno do caso concreto.

A anencefalia é caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária, entre os dias 23 e 28 da gestação.

Nas proposições feitas por Andalaft Neto (2007) os fatores nutricionais e ambientais podem influenciar indiretamente para a ocorrência da deficiência uma vez que as gestantes podem ser expostas a produtos químicos e solventes nos primeiros dias de gestação, além da irradiação e deficiência materna de ácido fólico, além de álcool e tabagismo. Presumindo seja a causa mais freqüente a ausência de ácido fólico. E receita para os primeiros meses anteriores à concepção a ingestão de ácido fólico e nos primeiros três meses de gestação uma dose de 0,5 mg, por via oral, por dia.

A anencefalia é uma deficiência que o feto apresenta, sendo resultado principalmente da ausência de ácido fólico, ou vitamina B. Os maiores cometimentos dos casos são em mulheres de baixa renda proveniente de uma alimentação deficiente.

Esta deficiência poderia ser diminuída se houvesse por parte de programas sociais uma busca do melhoramento de condições das mulheres de baixa renda em idade fértil.

A dificuldade de classificação dessa anomalia se baseia sobre o fato de que a anencefalia não é uma malformação do tipo tudo ou nada, ou seja, não está ausente ou presente, mas trata-se de uma malformação que passa, sem solução de continuidade, de quadros menos graves a quadros de indubitável anencefalia. Uma classificação

rigorosa é, portanto impossível para a ciência atual nas primeiras semanas da gravidez.

Este seria o momento para o judiciário intervir nas políticas públicas que revelam a inanição de vitamina B às mulheres de baixa renda?

O caso deve ser discutido com todas as suas nuances, isso sabemos. Percebemos que esta análise nos leva à freqüente discussão do envolvimento do Judiciário com o controle das políticas públicas e o esclarecimento da possibilidade do controle e efetivação por este órgão.

As questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao Governo e à Administração Pública, mas tem o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pode e deve ser controlada pelos tribunais. (KRELL, 2002, p.100).

Conhecida tal anomalia, a ADPF nº 54 envolve muitas discussões que hoje ainda não se concluíram e não percebemos esta possibilidade de debate nesta argüição.

A grande discussão tem se centralizado em torno da corrente que defende a liberdade e autonomia da mulher, e de outra parte a que defende a proteção à vida, sendo que existem dicções em favor da dignidade da pessoa humana para ambos os lados.

Esquecemos de nos preocupar com a saúde da mulher especificamente. Agimos novamente tentando resolver os debates que afloram a sociedade sem nos preocuparmos com a prevenção dos problemas que neste caso também envolvem um universo maior de políticas publicas.

Como o Estado pretende estipular as políticas públicas que valorizem o estado emocional da mulher ou do casal nesses casos? Na realidade, não se trata de uma decisão que envolve a simples autorização ou não de aborto de pessoa deficiente e suas questões éticas envolventes; além dessa decisão enquadram-se problemas que decoram dessa decisão e que o Estado tem de enfrentar.

Sem contar evidentemente que os hospitais públicos não contam com um atendimento necessário à gestante, com aparelhamento de última geração que traduza

o diagnóstico em 12 semanas. Na maioria dos casos nem aparelhos de ultra-sonografia existem nos hospitais públicos.

Uma gestante que tem seu atendimento de pré-natal pela previdência pública, não consegue com a aparelhagem em disposição definir o quadro e acaba terminando a gestação sem saber do desenvolvimento da doença. Essas mulheres, ou o casal, também precisam da proteção da psicologia, pois se encontram frente a um problema que não havia sido preparada para um funeral, porque sabemos que esta deficiência não corresponde a tempo superior a mais que quarenta e oito horas em media de vida na maioria dos casos.

Estamos nos esquecendo realmente da mulher e de suas reais necessidades e principalmente da proteção à família também garantida pela constituição brasileira. Se desta forma quem defende a saúde da mulher não se preocupou com estas questões, de outra vamos levantar a possibilidade de vida do feto com deficiência.

Tratamos a anencefalia como deficiência, porque definitivamente é esta a definição terminológica correta. Assim, a forma de deficiência se manifesta na pessoa que apresenta a falta ou insuficiência da calota e do encéfalo craniano e a deficiência no geral é a falta ou insuficiência de parte do ser humano. Trata-se de uma deficiência física congênita que não traz condições de sobrevivência ao feto. Mas que a doutrina tem tratado como um tumor cancerígeno maligno que corresponde à sua urgência de retirada do organismo, neste caso o da mãe.

Não existe a proteção à maternidade apenas com a autorização do aborto do deficiente anencéfalo, a mãe tem de se encontrar amparada psicologicamente quando decidir pelo aborto de seu filho.

Mesmo nos casos em que a deficiência é constatada nas 12 primeiras semanas de gestação, tem que haver a confirmação duas semanas após. Esse período deveria servir para um acompanhamento psicológico do casal que determinaria a decisão da mãe. Afinal são 63% de desistência do aborto, quando se tem este tipo de acompanhamento.

A situação do pai e da mãe que têm de decidir pelo aborto do deficiente anencéfalo é muito dramática e muitas das vezes levada por uma vontade de estarem livres de um problema o mais rápido possível. Mas eles precisam de um tempo para

decidir o que seria melhor para a família, pois estão diante de uma decisão propensa a arrependimentos.

Somos animais e há muito já falhamos com a racionalidade. Esta é uma triste conclusão que nos alerta onde devemos caminhar para a racionalidade. Os desejos produzidos pelo irreal acabam nos confundindo em nossa atuação como homens racionais. Na busca de um mundo melhor, que deve ser uma constante em nossas vidas, não podemos buscar a digressão histórica de nossas atitudes. O nazismo que nos foi apresentado em tempos idos e a busca da perfeição de uma raça ariana e os caminhos apresentados foi por cada decisão tomada erroneamente, levando a humanidade a uma hecatombe.

A ADPF nº 54 trouxe para a realidade do discurso jurídico um tema que envolve uma escolha bastante difícil, pois de um lado se encontra o feto deficiente anencéfalo que tem a defesa do seu direito à vida e de outro a CNTS que busca os direitos das gestantes a uma gravidez saudável e autonomia para decidir pela concretização da gravidez.

O positivismo estabelece que quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra (DWORKIN, 2002).

Esta teoria da decisão judicial serve e muito para uma efervescência de um ativismo que já esteja ultrapassado.

Para Dworkin (2002) as decisões judiciais em casos difíceis devem ser geradas por princípios. Mesmo quando nenhuma regra regule o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. E mais adiante Dworkin vem afirmar: “Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática”. (2002, p. 127).

Dworkin na verdade estabelece críticas ao positivismo, e sua interpretação aberta dos princípios. Para esse jurista as regras são aplicadas ao modo do tudo ou

nada, ou seja, uma regra é válida e sua aplicabilidade é aceita ou não é válida, nesse caso não há aplicabilidade. Havendo colisão, uma delas é válida e a outra não. Os princípios como têm uma dimensão de peso com menor definição, acabam não determinando uma decisão, e seus fundamentos devem ser conjugados com os fundamentos de outros princípios. Em caso de colisão de princípios, aquele de maior peso se sobrepõe aos outros interpretados como de menor peso. Classifica os princípios e as regras como espécies do gênero norma. Assim como as regras os princípios são normas dotadas de imperatividade.

Os juízes ao se confrontarem com os casos difíceis devem, segundo Dworkin, legislar para o caso concreto. Os casos difíceis são aqueles em que os legisladores não conseguiram apreender uma norma que estipulasse uma solução para determinado caso. Para Dworkin, assim como os legisladores sopesam os princípios para chegar às leis, os juízes devem fazê-la para legislar no caso concreto. É verdade que o legislador trabalha permeando uma situação futura, enquanto o juiz deve legislar para uma situação que já ocorreu, mas que inexistia possibilidade legal. Dworkin ainda afirma que até o presente momento não se tem chegado a uma definição completa por parte da doutrina que não seja passível de controvérsias. Se a decisão baseia-se em princípios, não há contradição com a democracia.

No entanto, estamos diante de um caso difícil que exige escolha dramática. O pedido da CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde) versando sobre a possibilidade de interrupção de feto deficiente anencéfalo coloca o Supremo Tribunal Federal diante de um caso difícil, ou seja, exige uma escolha dramática entre a proteção da vida do feto ou a autonomia e liberdade da mulher gestante.

E faz aparecer a questão da proteção da vida declarada na constituição de 1988 como princípio basilar que edifica o Estado Democrático de Direito, demonstrando que dúvidas não existem além daquelas não estabelecidas pelo legislador que autoriza alguns casos e principalmente trata de forma clara o risco de morte para a mãe e o caso de estupro.

A interrupção voluntária é crime no Brasil e o Código Penal¹⁴, nos arts. 124 e 126, *caput*, havendo duas excludentes da antijuridicidade previstas no art. 128, incs. I e II.

Essas excludentes ocorrem em caso de aborto necessário para salvar a vida da gestante e quando resultado de estupro. Se a gestação de anencéfalo faz a mãe correr risco de vida, com certeza a discussão não seria necessária e o caso incorreria no art.128, inc. I do Código Penal.

O pedido que estimula o aborto de deficiente anencéfalo na inicial que tem como autora a CNTS é que uma nova interpretação em relação à aplicação dos preceitos do Código Penal, atinentes ao caso do aborto de deficiente anencéfalo, segundo a parte autora, alega a inviabilidade daquela patologia para a vida extra-uterina. Completando o pedido da parte autora, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na saúde pede que seja feita uma interpretação conforme a Constituição de tais normas do Código Penal, com a pronúncia de inconstitucionalidade na hipótese descrita, reconhecendo o direito de aborto pela mãe de feto anencefálico.

Trazendo à baila a análise grifada podemos perceber que a parte autora diz tratar-se de impossibilidade absoluta de vida extra-uterina, o que encerra uma completa falta perante o feto deficiente, uma vez que pela ocorrência dessa deficiência ele sobrevive em média por 48 horas como já traçamos anteriormente.

Caso o exame tenha propiciado a clareza de “normalidade”, qual a certeza tem uma mãe que esta criança ao nascer vá sobreviver por 80 anos? Ou por 48 horas? O termo absoluto é realmente pouco analisado. Quando se trata de vida e de tempo não se

¹⁴ “ Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.

Artigo 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena – Detenção, de 1(um) a 3(três) anos.”

“Aborto provocado por terceiro

Artigo 126 – Provocar aborto como consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 1(um) a 4(quatro) anos”

“ Artigo 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” (BRASIL, 2005)

sabe como obter uma informação exata. Nem mesmo a ciência e a tecnologia não conseguiram vislumbrar essa empreitada.

A mesma petição define a anencefalia como má-formação fetal congênita por defeito 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. E continua trazendo um conceito vulgar de “ausência de cérebro” ao debate, completando sem o devido fundamento científico, que inexistem quaisquer funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. No mais, restariam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. O que não descaracteriza o nascimento com vida.

Devemos perceber uma relação muito estreita de uma atitude preconceituosa e discriminatória ao conceito estabelecido pela parte autora que não reconhece a forma vital em uma pessoa que tem o seu tempo de vida na terra abreviado. Deveríamos então liberar a eutanásia ou ortotanásia nos casos onde ocorre diagnósticos morte de doente enfermo? Quaisquer sejam as enfermidades? Não estamos caminhando para um conceito de purificação da raça humana? Não seria tão importante a morte digna com o direito a uma despedida familiar?

Para Habermas (2004), os pais já se comunicam com o filho *in útero* não apenas criando uma visualização humana do feto, mas antecipando uma socialização que considera a ela deveres jurídicos e morais. A vida pré-pessoal ou vida do feto, como denomina Habermas, diferentemente da segunda vida extra-uterina a quem se pode dirigir a palavra, também compreende um valor integral para a totalidade de uma forma de vida “eticamente” constituída.

Para esse autor supracitado, “dá-se a distinção entre a dignidade da vida humana e a dignidade humana garantida juridicamente a toda pessoa – uma distinção que de resto, reflete-se na fenomenologia da nossa maneira sentimentalizada de tratar os mortos” (HABERMAS, 2004, p. 51).

A vida tem uma estreita relação com a morte. São duas possibilidades coexistentes nos trazendo a certeza de que um dia, depois de vivermos por determinado tempo, não podemos ter certeza de quanto ainda iremos viver, mas

sabemos que temos 100% de chance de morrer. É também inevitável a morte para todas as pessoas, não apenas para os anencéfalos. Parece óbvio, mas a parte autora insiste nesse aspecto, afirmando que os anencéfalos possuem 100% de probabilidade de morrerem após seu nascimento. A parte autora vai mais além ao afirmar que tem uma inexistência de todas as funções superiores, afirmando a falta de comunicação da criança com o mundo exterior. Caso isso fosse verdade a eutanásia também não seria tão debatida.

A parte autora nega que seja aborto eugênico, cujo fundamento consiste na eventual deficiência grave do feto em aborto voluntário e ainda segundo a parte autora não tem este feto nenhuma perspectiva de vida extra-uterina, entendendo como perspectiva de vida uma criança que nasça saudável, perfeita e que tenha condições de viver, caso não ocorra nada a partir do momento do nascimento, pelo menos cem anos. E pede ao Supremo Tribunal Federal que seja dada interpretação conforme a constituição dos artigos 124,126 e 128, I e II, do Código Penal excluindo a ilicitude no caso de aborto de anencéfalo por se tratar de inumano.

Assim declarando inconstitucional, com efeito *erga omnes* e feito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos do aborto eugênico de feto deficiente anencéfalo, que havia sido diagnosticado 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 de qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Esse pedido se acerta conceitualmente com um utilitarismo total que não poderia ser imaginado pelo utilitarismo clássico que vê a possibilidade desta interpretação apenas quando voltada para o bem.

Segundo Peter Singer utilitarismo seria uma das teorias consequencialista. O utilitarismo clássico considera correção de uma ação quando comparada com uma ação correta desde que comparada com uma ação alternativa, ela produza um aumento de felicidade a todos os atingidos, sendo errada desde que não consiga produzir esta felicidade. “As conseqüências de uma ação variam de acordo com as circunstancias nas quais ela é praticada” (P.11). O utilitarista é um realista, e não

despreza uma experiência prática. O utilitarista mentir pode ser para o bem como para o mau, a depender das circunstâncias que o ato acarretar.

Um outro tipo de utilitarismo tratado pelo autor Peter Singer (2006) é o preferencial, em que uma ação contrária à preferência de qualquer ser seja errada - a menos que essa preferência seja superada, em termos do seu valor, pelas preferências contrárias.

Na interpretação total do utilitarismo imaginemos uma mulher poder planejar ter dois filhos; se um morrer quando ela ainda estiver em idade de engravidar, pode ter outro. Suponhamos que uma mulher que pretende ter dois filhos dá a luz a uma criança normal e que, depois, nasça uma criança hemofílica. As dificuldades para cuidar dessa última podem impedir que ela cuide de um terceiro filho, mas, se a criança doente morresse, ela poderia dar à luz novamente. Outro filho compensaria a infelicidade com a felicidade de ter um filho saudável. Nesse caso, deve-se matar o bebê hemofílico.

Afinal o utilitarismo insiste que é justo um arranjo social que produza maior felicidade a longo prazo para o maior número de pessoas, e isso significa que a justiça possa recomendar violações, mesmo que nossas convenções condenem isso.

Um caso chamou atenção da imprensa americana em 1982, o caso do “Baby Doe”, pseudônimo legal de um bebê nascido em Blmington, Indiana, com a síndrome de Down e alguns outros, entre eles o mais grave era que a passagem que vai da boca ao estômago. O esôfago não tinha formação adequada. Era necessária uma cirurgia para que Baby Doe pudesse receber alimentos pela boca.

Os pais recusaram a permitir que ela fosse feita. Sem a cirurgia ele não demoraria a morrer. O pai alegou mais tarde que como professor tinha contato com pessoas com este tipo de deficiência e que não seria favorável para o bebê e para o resto da família a sobrevivência da criança naquelas condições. As autoridades do hospital buscaram uma solução para o caso no tribunal, e, tanto o tribunal local como a Suprema Corte do Estado de Indiana defenderam o direito dos pais de não permitir a realização da cirurgia.

A tentativa de o caso chegar até a Corte Suprema dos Estados Unidos chamou a atenção da imprensa e da opinião pública de todo país, mas Doe morreu antes de haver uma possibilidade a definir pela sua vida. Mais tarde o então Presidente Ronald

Reagan emitiu um regulamento determinando que se fizesse o necessário para salvar vidas de crianças em quaisquer condições.

O fato é que mais tarde foram reconhecidas algumas situações que não poderiam ser prolongadas as vidas. Dentre elas, os anencéfalos, os bebês prematuros demais, que tivessem sofrido hemorragia cerebral que de tão forte não viessem a respirar sem um respirador artificial e nem mesmo reconhecer uma pessoa, e bebês que devido à falta da maior parte do sistema digestivo, só se mantivesse viva com uma sonda que os alimentasse. Os regulamentos foram rediscutidos e acabaram dando mais discricionariedade aos médicos.

Já os ingleses reconheceram pelo Tribunal Superior que a qualidade de vida de uma criança é uma consideração relevante a ser examinada antes de se decidir se deve ou não submeter o bebê a um tratamento que lhe prolongue a vida. Em um caso com as mesmas especificações do americano, o tribunal determinou que a cirurgia fosse feita, pois a vida do bebê deixaria “demonstravelmente horrível”. Em outro caso em que o bebê nasceu com o cérebro malformado e varias outras deficiências físicas, o tribunal autorizou a equipe de pediatras a eliminar o tratamento de prolongação da vida. O mesmo procedimento foi adotado no caso em que uma criança que nasceu prematura demais e era cega, surda e com probabilidade quase nula de algum dia conseguir falar.

A questão que hora se estabelece pode incorrer em abertura para novos entendimentos com relação às deficiências, o que agora podemos admitir como possibilidade de aborto de deficiente anencéfalo pode ser num futuro próximo estabelecida para outras deficiências alargando as possibilidades que podem supor a uma vida digna.

Sejam quais forem as proporções que assumiram os crimes nazistas, todos partiram de coisas triviais. E parou quando a humanidade teve de intervir e acabar com o holocausto.

Esta hecatombe que estamos prevendo para os anencéfalos pode se expandir para mais deficiências e poderemos chegar a ampliação também da eutanásia para as deficiências uma vez que este também é um tema que vem discutido pela doutrina em grande constância e não podemos prever onde isto pode chegar, como o mundo e ate

mesmo os Alemães não conseguiam prever que uma política para mais empregos pudesse desembocar na matança histórica.

Nas folhas 13 e 14 da petição da ADPF 54, a parte autora define que:

“a discussão jurídica envolve uma ponderação de bens, supostamente em tensão: em que de um lado, está a potencialidade da vida do nascituro, e de outro, a liberdade e autonomia individuais da gestante. E completa afirmando que na inexistência de potencialidade da vida extra-uterina no caso de feto anencefálico, toda a atenção há de se voltar para o estado da gestante. E afirma que é até possível colocar a questão em termos de ponderação de bens ou de valores, mas a rigor técnico não há necessidade. A hipótese segundo a autora, é de não subsunção fática relevante aos dispositivos do Código Penal e que a gestante portadora de feto anencefálico que opte pela antecipação terapêutica do parto está protegida por direitos constitucionais que imunizam a sua conduta da incidência da legislação ordinária repressiva.”

Sendo esta a realidade que trata a autora, como então estamos com um debate tão amplo?

Como não existe nem mesmo o nascituro com interesse a proteger, como afirma a autora na folha 13 da petição da ADPF 54?

A lei não discrimina o aborto de fetos com deficiência anencefálica. O que lhe são garantidos os direitos em igualdade com os fetos que não são apresentadas deficiências, ou que tenham deficiências impossíveis de ser determinadas pela ciência. Ou agora iremos escolher apenas os fetos com melhores condições de sobrevivência para nascer? Seria uma evolução científica e tecnológica da teoria da purificação das raças?

A Constituição no seu artigo 5º *caput*, da CR/88, garante a todos, inviolabilidade do direito à vida (grifo nosso). E no Código penal no capítulo dos crimes contra vida, os artigos 124,126 e 128, I e II fazem referência ao aborto e não trata de excludente no caso de feto deficiente anencefálico.

O Pacto de São José de Costa Rica, em seu artigo 4º, estabelece que “toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Agora com interpretação segundo o STF de norma de mesma hierarquia constitucional estabelecida ao Pacto supra-citado, na interpretação

estendida da Emenda 45 não se poderia cometer o aborto pós momento da concepção e sim no período da nidação.

O Código Civil dispõe no seu artigo 2º de que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida sendo que a lei Põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro.

Quando começa a personalidade? Esta questão tão debatida não é essencial para o reconhecimento do direito do nascituro uma vez que o Código (e não pretendemos ser literais, mas não podemos desprezar o texto) dispõe expressamente no artigo 2º que a personalidade civil da pessoa começa no nascimento mas a lei protege o direito do nascituro. Podemos afirmar primeiramente que o nascituro tem direitos protegidos mesmo que não seja pessoa para o direito ou para a sociedade. (MAGALHÃES, 2006)

Segundo Dworkin (2003), um feto é pessoa humana, este é um consenso universal.

Portanto se é nascituro e a lei não põe a salvo as possibilidades de discriminação de deficiente anencéfalo, este é um crime contra a vida humana que tem potencialidade.

Seguindo a evolução textual do Pacto São José de Costa Rica, quando impõe que a vida do nascituro seja respeitada impedindo o homicídio uterino o art. 4º além de não permitir a morte do nascido não permite a morte do nascituro, o “homicídio legal” é condenado, mas abre exceções a países que o mantêm sugerindo que terminem com esta prática. E quanto aos países que em que não possibilidade de aborto, não admite que venham a introduzir em seus ordenamentos. (MARTINS, 2005)

Mesmo no ordenamento trazer a proibição ao aborto segundo Giovani Clark(2003) estimativas prevêem aproximadamente 1 milhão e meio de abortos por ano no Brasil, que caça o direito de nascer, originando o óbito de mais de 400 mil mulheres. A maioria desses abortos segundo o autor supra-citado, são executados devido a fatores econômicos.

Alguns juizes estão desobedecendo a decisão do STF que não decidiu o caso ainda e mesmo assim deferindo liminares que pedem seja liberado o aborto de anencéfalos, fundamentando suas decisões nos riscos de morte que essas mães estão correndo por estarem grávidas de anencéfalos. Caso algumas mulheres, estejam

mesmo correndo risco de morte, como dissemos anteriormente, basta cumprir o disposto no Código Penal, isso pode ocorrer em qualquer gravidez, não apenas com a de anencéfalos, não existindo cientificamente comprovação para tal discurso, pois a comunidade médica científica ainda não se manifestou neste ponto informando esta versão.

Muitos são os abusos e ativismos cometidos pelos juizes nesses tempos de necessidade de atualização doutrinária pós-positivista em frente ao positivismo. Portanto, as decisões que se referem a uma decisão que envolve controle de constitucionalidade devem pós a suspensão como foi o caso respeitar a decisão do STF, por conta no nosso sistema híbrido.

Mas o judiciário nas instancias inferiores tem decidido de forma a não ter o encontro em suas decisões, mostrando o quanto este tema complexo deve ser apreciado pelo Supremo, que tem a legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade em definição final.

A anencefalia até o presente momento não tem sido mostrada como risco de morte para a mulher grávida de anencéfalos, pelo menos com uma certeza científica. Acaso realmente este debate devesse ser incisivo, não caberia a discussão com relação à própria imputação de crime e mesmo a discussão levantada pela ADPF 54 de interpretação conforme se levando em conta a autonomia da mulher pediria a aplicação do Código Penal simplesmente. Mas considerar uma possível conclusão de risco de morte da grávida de anencéfalo com base apenas em alguns relatos médicos não é o coerente cientificamente.

Thomaz Rafael Gollop contempla que uma gestação de feto com anencefalia gera riscos de morte à mulher " em primeiro lugar, há pelo menos 50% de possibilidade de polidrâneo, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia no pós-parto, hemorragia e, no esvaziamento do excesso de líquido, a possibilidade de deslocamento prematuro de placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os fetos anencefálicos por não terem o pólo cefálico, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter o que nós chamamos de distorcida do ombro, porque nesses fetos, com freqüência, o ombro é grande ou maior que a média e pode haver um acidente obstétrico na expulsão no parto do ombro, o que pode acarretar dificuldades muito grades no ponto de vista obstrétrico". (In: ANIS)

Pela própria observação feita pelo médico professor da USP (universidade de São Paulo) não cabe generalizar os casos de riscos na gravidez de anencéfalo, pois esses mesmos riscos podem ser notados em gravidez de fetos sem esta deficiência.

Andalaft Neto também provoca um debate afirmando complicações nos partos de anencéfalos pela formação craniana, e em alguns casos a ocorrência de eclampsia, mas não oferece uma certeza clara e científica a enfrentar o tema, não tendo nenhuma comunidade médica embasando sua afirmação. No entanto, Maria Costa Fernandes(2007) expõe este pensamento em artigo intitulado “Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: Uma Análise Constirucional” destacando os merecidos cuidados que devem receber as gestantes de feto anencefálico, mas sem defender a interrupção por risco de morte da gestante.

Se forem verificados os riscos de morte à gestante de anencéfalo, o Código Penal já trata desta possibilidade sem fazer a distinção de deficiência. Afiramar que possivelmente a anencefalia pode causar risco de morte não pode ser a via correta para definir um aborto terapêutico.

Não se pode proferir que o deficiente anencéfalo seja um natimorto, uma vez que a definição de morte pela legislação brasileira e pela medicina ocorre quando cessa toda a função do cérebro. Inclusive quando optamos pelo debate sobre a doação de órgãos do anencéfalo, deparamos com a discussão de que não pode numa criança anencefálica ser obstruída da vida para que se retirem os seus órgãos e que da necessidade de transplante necessitaria dos seus órgãos estivessem em movimento.

Debora Diniz em entrevista concedida à revista Época em 2004, esclareceu que solucionou seu dilema moral acerca do aborto de anencéfalo ser prejudicial aos deficientes quando participando de um programa nos EUA sobre os desafios da deficiência e da justiça. Que teve a coordenação de duas teóricas americanas, onde uma Anita Silvers apresentava deficiência física e outra Eva Kittay, cuidava de uma filha com paralisia cerebral grave. As duas filósofas. Anita conversou com a Débora Diniz informando que olhasse em volta e percebesse que não havia ali nenhum anencéfalo, a Débora poderia se sentir confortável para falar dos anencéfalos, pois não havia pessoas anencéfalas no mundo, sendo desrespeito à comunidade deficiente compará-los com anencéfalos.

Ao perceber este debate não pude deixar de notar o preconceito e a forma incipiente a qual é tratado o tema, algumas pessoas que esquecem estar tratando de seres que nascem com vida, com deformidades físicas que impedem uma vida contínua, mas mesmo assim pessoas dotadas do direito de proteção.

A dignidade humana deve ser também reconhecida a estas crianças, que sofrem hoje com uma discriminação por parte da sociedade e dos próprios familiares.

As mães gestantes de feto com deficiência anencefálica ao optar pelo aborto lutam pelo seu direito à autonomia e liberdade, mas toda liberdade deve ser atribuída com responsabilidade e limite para que um direito também fundamental como o direito à vida para não ser ofendido e neutralizado.

A sobrevivência do anencéfalo com os atuais tratamentos é muito reduzida. São relatadas percentagens de nascidos vivos entre 40 – 60% enquanto depois do nascimento somente 8% sobrevive mais de uma semana e 1% entre 1 a 3 meses. Foi relatado um caso único de sobrevivência até 14 meses e dois casos de sobrevivência de 7 a 10 meses, sem recorrer a respiração mecânica. (BARTH, 2006)

Se não existe possibilidade de certeza científica no prognóstico, devemos nos dignar a perceber a provável continuidade da vida do feto deficiente.

Com a longa definição de que o feto deficiente anencefálico é pessoa humana e que não detém as características de um natimorto; devemos o respeito a sua dignidade e reconhecer a proteção constitucional primordial à vida, concluímos que estamos diante de um conflito de interesses e concordamos com a autora da ADPF 54, que não se trata de uma interpretação dada com relação à ponderação de valores, mas a uma interpretação conforme à constituição. O que coloca o STF diante de uma escolha difícil é o interesse protegido da vida e autonomia do feto com deficiência em contradição com o interesse que a mãe tem com relação à sua autonomia e liberdade.

Daniel Sarmento já vê a possibilidade de ponderação de valores constitucionais. Informa que o caso envolve ponderação de valores constitucionais, primando pela busca de um ponto de equilíbrio e em caso de sacrifício de um dos bens jurídicos que seja o menor possível tendendo a implicações éticas do problema equacionado, e para resultados pragmáticos das soluções levantadas.

Dois princípios fundamentais que se contrapõem e pedem então uma interpretação correta e justa do STF.

O Direito que pode responder aos desafios desta nova realidade que se afirma rapidamente também não pode ser um Direito construído apenas no parlamento, composto por regras que tudo pretendem prever. O Direito que pode responder aos desafios contemporâneos deve ser um Direito principiológico, construído no caso concreto, e logo com forte participação do Judiciário na construção da norma para o caso, o que nos remete à preocupação com o acesso à justiça, à igualdade real entre as partes no processo e à formação dos membros do Judiciário (MAGALHÃES, 2006)

Esta construção com a possibilidade viável da audiência pública vem ajudar em uma construção mais democrática, com o fundamental respeito à igualdade real entre as partes.

Segundo Dworkin “um juiz que segue a concepção do Estado de Direito centrada nos direitos tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso” (2005, p. 15)

E mais adiante afirma ser o juiz o seguidor de uma concepção centrada nos direitos, este mesmo juiz não deve decidir um caso controverso recorrendo a princípio incompatível com o repertório de sua jurisdição. Deve decidir muitos casos com fundamentos políticos, sendo nesses casos os princípios morais compatíveis com a legislação.

Afinal reconhecemos a Constituição como força normativa, a possibilidade efetiva de seus princípios e o fortalecimento da jurisdição constitucional são os fundamentos de uma ordem jurídico-institucional que impulsiona o fenômeno da constitucionalização do Direito.

Para Daniel Sarmiento (2007) o fenômeno da constitucionalização do direito envolve a idéia de que todos os institutos jurídicos devem ser relidos a partir de valores constitucionais; pois todos os ramos do direito devem se sujeitar a uma filtragem constitucional para que se convirjam à tabua axiológica subtendida à lei maior.

Estamos falando de uma supremacia da Constituição, tanto formal quanto material sobre o direito infraconstitucional.

Mediante a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição, deve o intérprete resguardar a normatividade superior dos valores constitucionais na medida em que impõe a opção pela interpretação que mais atribua eficácia ao Pacto Fundamental. Assim, a técnica caminha no sentido de afirmação da normatividade integral da constituição, impondo um compromisso com seus princípios reitores. (SCHIER, 1999, p. 131-137)

A interpretação conforme assinala para uma adequada manipulação técnica que permite a atualização da ordem ordinária em face dos valores constitucionais. O Juiz terá a oportunidade diante do caso concreto de realizar a adequação do conteúdo normativo de leis infraconstitucionais através da confirmação atual dos princípios da Constituição.

Esta é a interpretação que assinala o STF, na construção do Direito que não cabe apenas ao Poder Legislativo.

É deveras proeminente que a discussão que rodeia o caso do aborto de deficiente anencéfalo, deve ser buscada a sua interpretação na Constituição e nos direitos fundamentais e garantias individuais que a permeiam sendo encontrada a resposta adequada ao caso.

Como aprimoramento deste debate à abertura com a audiência pública que dará um rumo democrático à decisão não deixando Hercules na solidão do Olimpo.

Passaremos a análise dos princípios que demandam a escolha adequada do aplicador na decisão da ADPF 54 que envolve uma decisão difícil de controle de constitucionalidade.

4.1.1 A vida humana

A vida humana é sagrada. Essa frase para algumas pessoas pode parecer apenas coloquial e detentora de uma carga religiosa. No entanto, tem um significado muito maior em nosso agir, afinal proteger e defender a vida não enseja apenas critérios religiosos é além de tudo um discurso moral. Para a maioria das pessoas não

é tão abominável matar uma galinha ou um cordeiro, como seria matar um ser humano. Por que a vida humana tem um valor especial para as pessoas, ou um valor acima dos outros?

A proibição para se tirar, a vida de outra pessoa, tem reforçado a sobrevivência da sociedade que não poderia ser de outra forma senão levando-se o devido respeito à vida. É de imaginar o caos se a todos fosse permitido tirar a vida de outra pessoa senão em legítima defesa.

A autonomia é a capacidade de escolher ou tomar decisões e agir em consenso com essas decisões anteriormente definidas. Optar autonomamente pela vida é característica de um ser que pode optar por viver e distinguir a diferença entre viver continuamente e morrer. Matar uma pessoa que não optou por morrer constituiu desrespeito grave à autonomia da pessoa, e como a decisão de morrer ou viver diz respeito à mais fundamental das escolhas que alguém pode fazer, a escolha da qual dependem todas as outras. (SINGER, 2006)

Essa perspectiva sedimenta o suporte à defesa da vida e todas as possibilidades que essa narração possa trazer, afinal depois de tantas constatações que percebemos durante vários percursos no tempo defender a vida é dever, não como autoridade, mas como solidariedade.

A conclusão é de que a vida tem o seu valor fundamental e inviolável. Este já se tornou um consenso amplo e universal. A defesa da vida promove a possibilidade de racionalidade do homem, que a defende para sua própria preservação.

La consideración de la vida humana como bien jurídico fundamental em toda su evolución y desarrollo fundamenta la legitimidad de su protección como un bien *político*, como ya se ha dicho, y no porque las acciones lesivas contra ella sean moralmente negativas. Esto justifica que, junto con la importancia del bien que está en juego, la protección de la vida esté en función del límite a partir del cual una lesión se considera nociva para la sociedad (PINTO, 2004, p. 613)

Mesmo que essa proteção seja de reivindicação religiosa, não podemos nos apegar na laicização do Estado para promover uma campanha contrária à proteção da vida. Um agnóstico pode defender a vida e sua proteção tanto quanto uma pessoa extremamente religiosa.

Segundo Eros Grau(2008) em voto conferido na decisão sobre as pesquisas com células-tronco, o seu convencimento parte ao contrário do que foi afirmado ao redor da Lei 11.105 sobre a ciência e religião, pois alguns dos que assumem o lugar de quem fala e diz pela Ciência acreditam em certezas maiores que as que assumem os líderes religiosos mais conspícuos defensores de um discurso retórico a afirmar a cura através de tais pesquisas.

O aborto é uma opção pela morte do embrião humano em formação. Para Dworkin (2003) a vida neste caso ainda nem começou. Mas com certeza Dworkin tem de concordar com seu desenvolvimento e possibilidade de vida.

Para Ives Gandra (2005) a diferença entre o nascituro e o nascido não é de natureza, pois ambos são seres humanos, mas de grau, que define os diferentes estágios de desenvolvimento, com melhores ou piores condições de existência.

Amplas discussões sobre ao assunto têm tomado a esfera pública com lutas entre os contrários e os favoráveis ao aborto, o que revela um confronto a todo o tempo. Os grupos anti-aborto têm saído às ruas nos Estados Unidos para reivindicar na frente das clínicas abortivas, as quais têm sofrido alguns ataques e depredações. Essa divisão tem criado profundas confusões em seu direito constitucional e desfigurando a sua política.

Essa disputa também tem migrado para outros países como na Alemanha, que inclusive com a reunificação onde a oriental permitia o aborto como método contraceptivo, não houve forma de reunificação das leis sob o levante desta disputa, a solução foi fazer valer para o território que fazia parte da oriental a permissão ser concedida por um período temporário.

Em 1992, depois da divisão que acompanhou o partido democrata cristão que governava , o Parlamento unificado finalmente adotou uma lei de conciliação para o país, permitindo que as mulheres gestantes decidissem quanto a necessidade de abortar nos três primeiros meses de gestação. Os adversários declararam a nova lei inconstitucional e apelaram ao Tribunal Constitucional. (DWORKIN, 2003)

Na Polônia eminentemente católica e ex-comunista, que assinava na liberalidade do aborto, em 1993, adotaram uma lei totalmente restritiva. A Itália e a Espanha recentemente adotaram leis mais liberais sobre o aborto sobre protestos da

igreja católica que tem forte influência nesses países. A Grã-Bretanha liberou o aborto em 1967, mas ainda não chegou a um consenso e os grupos anti-aborto têm conseguido, em sua luta, restringir alguns abortos.

A Irlanda, em 1983, através de Emenda Constitucional reconheceu o direito à vida de uma criança em gestação. Diferentemente, neste mesmo país, houve um episódio em que uma garota pretendia fazer o aborto em outro país onde ele era legalizado e foi impedida por mandado de segurança. Isso provocou muitas reações de protestos a ponto do Primeiro Ministro irlandês convocar um plebiscito nacional. Os irlandeses que votaram, recusaram emendar a Constituição no sentido de permitir o aborto para proteger a vida. Fizeram uma distinção da vida do feto em relação à saúde da mãe. No entanto, aprovaram que uma mulher pudesse viajar para outro país se assim quisesse proceder ao aborto.¹⁵

No dia 11 de fevereiro de 2007, o povo português foi às urnas para em referendo decidir sobre o aborto, que teve aprovação popular. Não compareceram à votação mais de 50% dos eleitores o que anula o resultado do referendo. A questão será levada ao Parlamento para aprovação de Lei que libere o aborto naquele país. Acreditamos que um consenso naquele país esta longe de ser alcançado e que longos debates se formaram em torno da constitucionalidade da Lei a ser votada.

Temos trazido essas discrepâncias ou falta de consenso nos diversos países para introduzir a questão da intromissão de leis que não geraram um consenso universal ou não atingiram amplamente a maioria da população desses países que em lados opostos lutam a sua população. Confirmando como havíamos dito antes que o discurso ético na prática tem que ser ampliado para o maior número possível de atores. As normas não poderiam ser positivadas sem que houvesse uma ampla aceitação. A aceitação das normas deve ser percebida por todos como se as leis produzidas fossem próprias a cada indivíduo signatário das normas.

Não podemos aceitar o argumento da dependência do feto em relação à mãe e que esse argumento lhe deixa escolha sobre a interrupção da vida do feto.

¹⁵ Para maiores aportes veja a obra “Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais”, de Ronald Dworkin, 2003, e neste viés Peter Singer, “Ética Prática”, 2006.

Ao se pronunciar sobre o assunto, o professor José Luiz Quadros de Magalhães (2006) reconhece o nascituro como pessoa que sofre os efeitos das relações sociais, pois detém características da coletividade, advindas dos genes de seus antepassados e também como produto do meio em que vive dependente de sua mãe e que também é dependente de suas relações sociais e naturais. O nascituro para este jurista é a exemplo de qualquer outra pessoa humana um ser social coletivo e único.

Não seria relutante dizer que o feto seja pessoa humana. Nenhum ser humano vive sozinho, portanto a mãe também é pessoa dependente de outras para sobreviver. É como nos revela a estória de Robson Cruzoé, quando sozinho numa ilha precisou se comunicar com um papagaio para não se sentir sozinho. Segundo Hannah Arendt(2004) quando trabalha com esfera pública e privada em sua obra: “nenhuma vida humana, nem mesmo a vida de eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos”. A gestante também precisa de outras pessoas para sobreviver, precisa do grupo para se relacionar, ninguém consegue se estabelecer no mundo sozinho.

O potencial de vida do feto humano é importante não por criar um direito de reivindicação à vida, mas para deter quem queira matar um feto, pois estará privando a humanidade desse ser e configura um erro. (SINGER, 2006)

O feto e o seu potencial de construção no mundo com toda a carga cultural de seus antepassados, a usurpação dessa possível construção com o aborto pode significar a interrupção de uma construção racional e valiosa para a nossa realidade.

O nosso século tem sido protagonista de muitas mudanças revolucionárias das atitudes morais. Nem sempre essas atitudes têm favorecido as relações sociais. A maior parte continua travando imensas polêmicas. O aborto, tema que tratamos com maior análise em nosso trabalho, antes era proibido em quase todos os países, hoje é legal em muitos deles, ainda que se tenha travado uma constante luta entre os segmentos a favor e contrários. No Brasil o aborto é proibido aberta a possibilidade de excluí-lo pelos fundamentos do Código Penal e pela proteção que a Constituição

estabelece com relação à vida. A Constituição não determinou o início da vida e quando começava a proteção porque o legislador previu a proteção da vida no geral.

Se essa questão está longe de atingir um consenso, voltamos a referir que ainda assim a possibilidade do debate traria a proximidade do consenso.

4.1.2 A liberdade humana

No art.4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 conceitua liberdade da seguinte forma:

“A liberdade consiste em fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo de iguais direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis”.

Pela definição que a Declaração estabelece limites à promoção da liberdade, onde se inicia o direito de outrem. O princípio da liberdade não pode ser absolutizado retornando ao ponto de partida, ou seja; “o homem lobo do homem” iniciais do liberalismo moderno.

“Passa-se, assim, do estado de liberdade, no sentido filosófico de livre arbítrio, à existência de liberdades cercadas por regras, ou seja, pelo direito”.(ISRAEL, 2005, p. 17)

As liberdades públicas são reconhecidas pelo Estado e definidas pelo direito.

“A liberdade pública evoca o direito público, mas na verdade, isso significa que existe a intervenção do Estado e do Direito”. (ISRAEL, 2005, p. 13) As liberdades públicas estariam ligadas às relações com o Estado e as liberdades privadas às relações entre os particulares.

Para Habermas(1997) “ o conceito de lei explicita a idéia do igual tratamento, já contida no conceito do direito: na forma de leis gerais e abstratas, todos os sujeitos tem os mesmos direitos”(P.114)

Não podemos deixar de frisar que o direito à liberdade está umbilicalmente ligado ao direito à igualdade e que não podemos estabelecer critérios de diferenciação entre os indivíduos para atribuir-lhes mais liberdade que a outros, estaríamos incorrendo em discriminação, escolhendo os indivíduos mais fortes para sobreviver. Pois segundo a concepção dworkiana (2003), “respeitar a igualdade é tratar a todos com o mesmo respeito e consideração”. Respeitar o direito à igualdade não seria tornar a sociedade homogênea, mas limitar os desejos desiguais, que interferem no tratamento a igual condições de vida digna, as ações livres devem se portar dentro de limites de uma presumível viabilidade.

Pela informação trazida em sua obra Philip Pettit (2007) “uma ação é livre se, somente se, ela tem um caráter que é consistente com o fato de o agente ser consideravelmente responsável por ela. A ação é responsável compatível”. (p.55)

A ação do agente que age com liberdade deve se materializar de maneira responsável.

Um agente é considerado responsável, não apenas por suas crenças e desejos, mas por crenças avaliativas sobre os efeitos resultantes de seus atos, dentro de uma racionalidade, prudência e moralidade. Somente os agentes que têm condições para reconhecer os padrões e responder a eles podem ser responsáveis pelos seus atos de liberdade. (PETTIT, 2007)

Uma pessoa é livre quando se relaciona com outras pessoas, e nesse relacionamento consiga controlar racionalmente suas ações. O que nos leva a elaborar a seguinte questão: que tipo de capacidade pode estipular que o agente responsável seja livre?

Para Pettit (2007) ser livre envolve estar adequado para ser responsável por aquilo que se faz. Não podemos falar é verdade em apenas coletividades livres, mas em indivíduos livres. O Estado não deve coagir a liberdade individual, mas estabelecer limites a esta liberdade no âmbito de um posicionamento adquirido como válido por toda a sociedade.

A liberdade reprodutiva consiste em se estar livre para constituir uma família e a responsabilidade com a liberdade sexual, quando da probabilidade de exercer este

direito as possibilidades que podem ocorrer com a gestação. Seria vista como uma adequação da liberdade.

Somente os dementes são absolutamente livres, pois lhes falta a consciência de pertencimento ao grupo e a falta de consciência de pertencimento ou o desconhecimento do futuro não o desqualifica como pessoa.

4.1.3 A dignidade humana

A dignidade da pessoa humana encontra-se configurada nos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (art.1º III), pode-se perceber que não restou ao princípio da liberdade estabelecimento fundador. O nos faz presumir que a dignidade da pessoa humana seja um princípio não absoluto, mas um vetor a ser protegido diante da adequação ao caso concreto onde se propugna a proteção à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana seria mais ampla do que a vida digna para nós estes termos não são sinônimos, pois, a dignidade da pessoa humana configura os estabelecimentos da vida digna e da morte digna.

A dignidade da pessoa humana, estabelecida como princípio fundador da ordem jurídica e como princípio fundamental com relação à interpretação constitucional não se pode ignorar os outros princípios.

Ana Paula de Barcellos (2002) reconhece a dignidade humana em seu núcleo básico em que tem a pretensão de exigibilidade frente ao Estado das pessoas que são consideradas sem condições de subsistência.

Para Sarlet (1998) o direito à garantia de uma existência digna esta ligada à problemática do salário mínimo, da assistência social, do direito à previdência social e do direito á saúde. Ingo Sarlet traduz na verdade o conceito de vida digna através de prestações de recursos materiais essenciais. E que os problemas referentes a

efetivação assumem dimensões muitas vezes trágicas, ceifando a vida dos titulares de direito pela falta de prestações materiais. O autor ainda completa que a omissão por parte do Poder Público, alegando ser o direito à saúde uma norma de eficácia limitada e os habituais argumentos de falta de recursos e incompetência do Judiciário em relação ao controle e destinação dos recursos públicos, não podem prevalecer nas hipóteses em que esteja em jogo a vida humana. A constituição ao consagrar o direito à saúde vedou qualquer possibilidade de pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art 5º, inc. XLVII, *d*).

Cabe nessa oportunidade lembrar que o aborto de pessoa deficiente anencéfala aproxima-se da idéia de pena de morte, pois o aborto é a interrupção da vida que se encontra no ventre da gestante. A comparação a uma semente como ilustra Daniel Sarmiento (2007) não condiz com a versão humana, pois sua maturidade no útero da mãe não pode mais ser comparada a uma sementinha, como traduz o autor diferenciando semente e árvore, pois esta pessoa em potencialidade já adquiriu autonomia pois carrega como dissemos antes, uma bagagem genética e histórica de seus antepassados.

O direito à vida digna estabelece uma faceta do direito à morte. Estes têm sido debates forjados em prescrever a autodeterminação da vida privada em decisão existencial.

No Brasil, o art. 66 do Código de ética Médica, aprovado pela resolução n.1.246/88, proíbe o médico de utilizar meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que o pedido deste ou de seu responsável legal, e aponta os procedimentos alternativos. (SAMPAIO, 1998, p.354)

Se não é ético abreviar a vida, porque seria ético abreviar a vida de um anencéfalo?

O que é um anencéfalo? É um ser que merece respeito e dignidade?

A dimensão da dignidade toma uma dimensão inerente à pessoa em sua existência universal. Não podemos afirmar que a gestante tenha mais direito à dignidade que o feto.

Hoje a incerteza é única certeza, e mesmo a morte ficou meio incerta. Parece haver vida antes da vida e morte antes da morte. A vida não ficou mais fácil. A morte ficou mais complicada. (ROCHA,2004, p.12)

Para Carmen Lucia (2004), o direito de viver dignamente estende-se ao processo de aperfeiçoamento contínuo e de garantia de estabilidade pessoal, compreendendo, o direito à saúde, à educação, à cultura, ao meio ambiente equilibrado, aos bens comuns da humanidade, enfim, o direito de ser em dignidades e liberdades.

O direito à existência digna amplia a consideração constitucional do ser, por existir um ser desde a concepção. “As tessituras de vidas que se entrelaçam, até mesmo fisicamente devem ser vistas, cuidadas, garantidas e respeitadas em sua condição de plena dignidade quando as circunstâncias determinarem a dignidade da outra”. (ROCHA, 2004, p.26)

O conceito de dignidade humana ganhou aplicabilidade na segunda pós-Grande Guerra Mundial, uma reação esboçada ao nazi-facismo onde muitas vidas se perderam para que o mundo se indignasse com a política de purificação da raça ariana e perda da dignidade humana pelos judeus, homossexuais alemães, deficientes alemães, os incapazes, os ciganos e as pessoas submetidas a experiências horrendas. Apesar dos abortos terapêuticos que existiram nessa época ter um cunho eminentemente político, o que neste caso específico falar de eugenia não forma essa ideologia.

Percebemos que não será necessário passarmos por erros de diagnósticos, outros pedidos, quando detectadas qualquer deficiência para nos indignarmos.

A apelação à saúde da gestante que passa por uma gravidez que sabemos não terá continuidade com todo um histórico de vida daquele feto, já basta para servir de indignação uma vez que esta pessoa humana tem direito a uma existência digna e até mesmo a uma morte digna, com todas as despedidas dos seus familiares. Toda grávida passa por transformações em seu corpo, está mais sensível psicologicamente o corpo passa por mudanças, não existe outra forma de gerar um filho ainda conhecida que não traga essas mudanças à mulher.

O homem voltou-se na atualidade para a percepção da tolerância que respeita a dignidade humana em sua existência, a tolerância deve ser observada para que não ocorra o preconceito e a discriminação com relação ao feto anencéfalo.

A tolerância também nos aduz em favor de uma razão moral; o respeito á pessoa alheia. E como a intolerância segundo Bobbio (1996) pode ser positiva diante da indignação não devemos ser tolerantes com uma pratica discriminatória da vida humana e os que não devem ser tolerados são os intolerantes.

“Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e conhecimento” (ROCHA,2004,p.30)

Quando contrariamos a dignidade humana nos perdemos em nossos sentidos, é um direito inerente à vida humana e a nossa percepção desse direito perfaz a nossa racionalidade. Toda pessoa humana é digna.

Para Carmen Lúcia (2004), “o direito será mais justo e mais humanitário quando mais reflita a ética a se impor em todos os comportamentos humanos e a adequação e efetividade de todos os ordenamentos aos princípios magnos do constitucionalismo contemporâneo, em especial, ao da dignidade humana. (p.173)

O homem há de ser respeitado em sua dignidade, sendo manifestada em cada um ou em todos os homens, é condição de dignidade ser membro da espécie humana o que implica numa visão de todos e de cada um dos que a compõem.

O embrião ou o morto, não tendo condições para titularizar a personalidade em direito, acabam compondo a humanidade a são protegidos pelo direito, mesmo mantendo outra situação na humanidade e pelo que cada qual representa de forma autônoma um ser humano. (ROCHA,2004)

Concordamos que a dignidade humana é intangível e inviolável. A essência da dignidade acompanha a racionalidade humana.

A autonomia da vontade não pode ser totalizada em sua plenitude, que pode ser relativizada em face da dignidade em sua dimensão assistencial, pois segundo Dworkin (2005) o tratamento dispensado à aqueles que em dadas circunstâncias, como os que apresentam estado de demência, não percebendo sua capacidade de autodeterminação, ainda assim devem receber tratamento digno. Dworkin defende tanto a voz ativa quanto a voz passiva da dignidade humana sendo ambas conectadas,

de tal investidura que a vida humana de todo e qualquer ser humano, e mesmo quem já perdeu a consciência da dignidade deve tê-la respeitada, as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância distintiva de suas próprias vidas.

4.2 Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: uma abertura aos guardiões da democracia

O controle concentrado abstrato de constitucionalidade vem a muito sendo criticado quanto à sua legitimidade ao argüir sobre a construção legislativa e conseqüentemente de esforços de ativismo judicial.

No momento em que o relator das ADPF 54 e a ADIn 3.150 instituíram a possibilidade de decisão por audiência pública, mesmo que o art. 6º, §1º da Lei nº 9.882/99 e o artigo 9º, §1º da LEI 9868/99 falem em audiência pública de autoridades com amplo conhecimento sobre o tema em debate; vêm converter à minimização deste conflito com a abertura da participação popular no Supremo Tribunal Federal. Buscando cumprir com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito: a soberania popular.

A soberania popular como gênese na modernidade estabelece os limites da lei para a atuação do Estado sem sobrepor a liberdade individual. Passamos então a ser súditos do direito. E mesmo o direito não limita a soberania popular que exerce seus limites também fora do direito formal.

O fiscalizador da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, enquanto o fiscalizador da democracia é o povo, que a estabelece na constituinte e a reafirma em seus propósitos.

Na atual postura social brasileira, estamos diante de uma possibilidade de conclusão da democracia. O poder não é efetivamente exercido pelo povo e sim emana dele com a representação. A democracia é o poder do povo, com o povo e pelo povo. É

diante desta afirmação que pretendemos buscar a efetividade da participação popular dando plenitude à soberania popular.

A democracia tende a uma efetiva participação do povo nas decisões do Estado. A nossa Constituição atual é uma das mais democráticas. A cidadania permite ao povo que este haja em defesa das instituições democráticas.

Porque nos dignamos a descrever este pensamento de abertura e participação popular?

Na verdade, a referência que o Relator da ADPF nº 54 faz à audiência pública, e a sua deferência constada em 20 de abril de 2007 com a discussão que envolve as pesquisas com células-tronco embrionárias, não totaliza uma abertura à participação democrática e popular que deve coadunar com a realidade. Estabelece os fundamentos da Lei nº 9882/99, em seu artigo 6º, § 1º que, “se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejam a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos, para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Na última parte do parágrafo, em que prescreve o relator ainda poderá fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Isso nos faz concluir que o relator definindo por ouvir as declarações em audiência pública, abre um novo espaço previsto na lei, mas ainda não efetivado e com a ADPF nº 54, se instaura e se torna real. Mais adiante o mesmo parágrafo afirma que as declarações devem ser efetuadas por pessoas com experiência e autoridade na matéria. Essas pessoas se enquadram em um conceito subjetivo de experiência e autoridade. No entanto, convém informar a possibilidade de ser qualquer pessoa interessada na matéria que se abriu a discussão. Na ADPF nº 54 o relator entendeu a necessidade da discussão via audiência pública e que sejam ouvidas as declarações das pessoas que quiserem se apresentar ao debate público na defesa dos ideais democráticos.

Da mesma forma encontramos ênfase a esta abertura com a audiência pública já realizada em 20 de abril de 2007, tendo o relator ouvido a sociedade sobre questões que envolvem a decisão em torno na ADIn 3.150, que trata das pesquisas

científicas com células-tronco embrionárias, tendo o relator do processo agido da forma como pretendo o relator da ADPF 54.

Assim que encontrarmos a decisão adequada, ou seja, o consenso ao caso concreto o ato se vincula juridicamente preservando os atos institucionais.

A prática de países pobres revela o consenso como uma forma que tem que atingir qualquer lide, pois o debate não termina enquanto não entrarem em consenso. Às pessoas que se confrontam não é dado o direito de se levantarem somente quando o conflito for extinto.

Em Atenas o cidadão participava ativamente da vida pública, inclusive nas discussões do judiciário. A chamada *Heliéia* contava com seis mil jurados escolhidos por sorteio. Eram julgados neste tribunal processos de direito privado, público ou ainda de direito constitucional. As discussões sobre o direito e a política eram assuntos de todos, isto é, o povo guiado pelos oradores: Demóstenes, Isócrates, Lísias que tratavam de todo tipo de processos sem muita tecnicidade para se fazerem compreendidos pelo auditório popular (VILLEY, 2005).

Acreditamos que a proposta de audiência pública no Supremo Tribunal Federal venha resgatar esta democracia direta que viveu o povo grego, de forma mais elaborada e próxima da modernidade, através de uma abertura à participação popular na nossa realidade democrática.

O modelo de audiência pública está previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federais no Título III que trata da participação da sociedade civil no capítulo III, artigos 255 a 258. Podem ser realizadas dentro das comissões para instituir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, mediante proposta de qualquer membro da comissão ou apedido de entidade interessada, onde a Comissão selecionará as autoridades, pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, abrindo também a oportunidade a diversas correntes de opinião. Não há no regimento demonstração de vinculação da decisão tomada pela audiência e leva à conclusão da não ocorrência. A Comissão no final dos trabalhos arquiva os documentos, e a ata da audiência no âmbito da própria Comissão.

Quando se faz presente a seleção de pessoas ao debate este fica adstrito àquela escolha, limitando o discurso, um perigo à própria construção do debate.

No regimento interno do STF não constam critérios específicos para a realização da audiência pública, apenas o Título IV trata superficialmente, identificando as audiências públicas ou reservadas em seus artigos 154 e 155, com alguns atos que não definem como deve transcorrer todo o processo. Revela o momento da instrução a ocorrência da audiência pública, e a presidência pelo ministro relator do processo, que deve deliberar sobre o que lhe for requerido, ouvidos os advogados propositores. Não há nenhuma forma de especificar como ocorrerão as audiências públicas e por este motivo a proposta aqui apresentada se reveste da forma apresentada no Poder Executivo por entender ser o mais aproximado da democracia e do Estado de Direito garantidor da participação cidadã.

Segundo Simone Goyard-Fabre (2003), a democracia ateniense teve como axioma básico de sua Constituição, a participação dos cidadãos na organização e funcionamento da Cidade-Estado, desta forma, reconhecendo o “povo” como corpo político e da “cidadania” como centro da existência política. Ainda que a história tenha alterado o termo das noções de “povo” e de “cidadania” das democracias antigas, estes continuam sendo os pilares da ordem democrática.

Esses elementos continuam a estabelecer o principal vetor da democracia e no importante papel que a sua consolidação empreende.

O modelo de audiência pública a ser utilizado pelo STF e que foi acolhido neste trabalho se aproxima do modelo adotado pela administração pública, pois é mais participativo e aberto ao público e este modelo deixa claras as suas escolhas, tratando de seus interesses. No modelo do Legislativo, copiado como modelo na primeira audiência pública que ocorreu no STF, o discurso público não se apresentou adequado aos interesses democráticos, as escolhas feitas pelo Relator Carlos Ayres se apresentaram restritas ao discurso científico, idêntica à convocação dos *amicus curae*.

No site desse órgão as pessoas interessadas em participar dos debates públicos podem inscrever oferecendo os seus dados pessoais para que na oportunidade da audiência seja sorteado um número de participantes por debate que seria número suficiente para o amadurecimento do discurso. Além da oportunidade via internet, os

correios conveniados também poderiam desempenhar um importante papel, disponibilizando formulários que seriam preenchidos pela população sem acesso à internet e enviados para o STF, para serem apurados os dados das pessoas interessadas que serão sorteadas.

As informações seriam disponibilizadas na mídia pelo próprio relator do processo, como na audiência pública do Executivo que informa previamente os interessados em participar da pauta que será discutida e das regras do debate com relação ao tempo de intervenção, direito à réplica, entre outros.

O relator poderá ainda, a exemplo do papel desempenhado por autoridade pública, na audiência da administração pública, instalar a sessão e encerrá-la. Também poderá dar a palavra e suspendê-la, quando for o caso, conduzindo a audiência de acordo com as regras estabelecidas previamente e resumindo os debates para que sejam lavrados num termo pelo escrivão ou quando se optar pode ser por meio gravado por meio tecnológico fidedigno. O relator poderá se entender necessário interrogar os presentes, após suas próprias intervenções. A manifestação dos participantes deve ser registrada. Qualquer interessado poderá participar do debate público garantindo a democracia direta.

É necessário que se estabeleça uma posição imparcial do relator para que os participantes sejam ouvidos sem nenhuma formação pré-contextual. A participação deve ser gratuita e não deverá ser cobradas custas dos participantes que poderão apresentar documentos na audiência, inclusive perícias e laudos técnicos, que deverão ser juntados aos autos, uma vez que a instauração de audiência pública seja feita na fase de instrução processual admitindo-se a produção de provas que forem compatíveis com o procedimento processual. Quando o relator encontrar conveniência poderá inclusive suspender a audiência para realização de determinada prova relevante à decisão.

Segundo o exemplo da *hiliéia* grega, os temas debatidos poderiam ser constitucionais, e casos de imprevisão de norma.

Também com o exemplo referendado, teríamos a figura do orador equiparada ao que hoje temos como *amicus curae* que esclareciam as possibilidades estabelecidas no caso concreto. Com esclarecimentos técnicos como faziam Demóstenes, Isócrates

e Lísias, mas não tanto sofisticados para que o público possa compreender com maior facilidade e deliberar sobre a questão.

A audiência pública é instituto de participação popular na Administração Pública, de caráter vinculante, consultivo ou meramente opinativo, inserido na fase introdutória do processo decisório, consistente na realização de uma sessão pública aberta a todos os interessados e voltada ao esclarecimento e à discussão de todos os aspectos e problemas envolvidos em uma determinada decisão administrativa. Sendo a audiência pública nas especificações da Lei, formalidade essencial, pois se relaciona à devida instrução da decisão administrativa. Quando não for prevista em Lei, o Chefe do Executivo poderá convocar audiência pública, previa à sua decisão. (PEREZ, 2004)

Como está estabelecido no Regimento Interno do STF na instrução processual.

A audiência pública na administração pública não tem caráter vinculante das decisões tomadas pelos populares, tornando-se apenas efeito consultivo ou meramente opinativo, que abre a discussão pública a todos os interessados em sessão pública voltada ao esclarecimento e à discussão de todos os aspectos do problema. (PEREZ,2004)

As decisões se formam quando não há mais discussões e constitui um consenso sobre o problema. Todas as pessoas devem ser ouvidas, pelo menos as com interesse no debate, e se não houver possibilidade de se ouvir todas elas em um único dia, pelo número muito grande de participantes, a audiência será prorrogada para novo dia e assim por diante até que todas as pessoas sejam ouvidas. A audiência pública do dia 20 de abril de 2007 no STF durou oito horas e foi finalizada com a audiência de todos os escolhidos a falar.

Os participantes têm direito, com fulcro no devido processo legal, de obterem em prazo razoável, uma resposta do Judiciário, fruto da motivação de todas as discussões.

No Judiciário, mudaríamos um pouco da forma estabelecida pela Administração Pública, poderíamos viabilizar uma vinculação da decisão em ato jurídico instituído que se formaria com o debate. Este evento mudaria os rumos das discussões sobre a legitimidade e o papel deste órgão.

A crítica de que o Supremo Tribunal Federal não incorreria em tempo para a análise constituída de debate em audiência pública não procede, haja vista que este

egrégio Tribunal se fortalece numa maior aproximação com o povo, tema que tem figurado na doutrina como um dos problemas que afligem a legitimidade deste órgão e a confirmação é o primeiro exemplo que já se concretizou.

A celeridade e economia processuais se apequenam diante do argumento de que a riqueza da ciência jurídica contemporânea está justamente no fato de que cada caso contém suas peculiaridades, permitindo a construção de uma cidadania ativa que garante uma abertura de interpretas da Constituição.

4.3 A possibilidade de audiência pública na análise da ADPF nº 54

Antes de ser ajuizada a ADPF nº 54, o STF discutiu o Hábeas Corpus nº 84.025 impetrado por duas organizações não-governamentais em favor da gestante Gabriela de O. C.. O processo foi distribuído ao Ministro Joaquim Barbosa que prontamente elaborou relatório e voto favorável ao aborto do deficiente anencéfalo e apresentou-os em plenário. Mas durante a sessão plenária soube-se que o parto havia acontecido prematuramente. O nascituro batizado de Maria Vida faleceu em apenas sete minutos após o parto. A sessão foi então interrompida e extinguiu-se o processo por perda do objeto.

Hoje a mãe de Maria Vida, incorpora o Movimento Pró-Vida e defende o nascimento dos anencéfalos e dentro do movimento vem tentando convencer outras mães a deixarem seus filhos nascer com dignidade, enfatizando a sua experiência pessoal. Para Gabriela inicialmente tinha um problema e tinha que resolvê-lo rapidamente, por isso optou por pedir a interrupção, mas após a negativa do pedido em 1ª Instancia se afirmou ela não quis mais concretizar a ação em outra Instância, que foi levado pela ANIS sem a manifestação de seu desejo. O que gerou uma fraude no discurso promovido no STF, pela euforia de feministas que queriam um símbolo de sua luta pela libertação da mulher. (As declarações de Gabriela O. C. e seu marido estão no site do Movimento Pró-Vida)

Tempos depois a CNTS ajuizou a ADPF nº 54, tendo o patrocínio do advogado Luiz Roberto Barroso. Este requereu a suspensão dos processos em andamento nas hipóteses de aborto de deficiente anencéfalo, pedindo que fossem assegurados às gestantes o direito da prática de aborto nesses casos e a exceção também ampliada ao médico habilitado para que pudesse, além de fornecer o diagnóstico, fazer o aborto, sem a necessidade de prévia autorização judicial. Consta que existem poucos médicos habilitados a esse tipo de diagnóstico no Brasil, além de ser um exame caro e inacessível à população pobre e a incerteza do diagnóstico avalia uma necessidade de mais outros exames como o de radiografia e o de alfafetoproteína para a acolhida de melhores resultados sendo a ultra-sonografia ineficaz em apresentar resultados corretos.

O diagnóstico de anencefalia é bem próximo ao de outras deficiências como: hidrocefalia, iniencefalia, síndrome da banda amniótica e encefalocele, somente um médico especializado e com aparelhagem sofisticada pode revelar a certeza do diagnóstico da doença, o que falta os recursos necessários na rede pública de saúde.

A CNTS requer que seja o ato do Poder Público causador de lesão e preceito fundamental, o conjunto normativo extraído dos artigos 124, 126 e 128, incs. I e II, a interpretação dada a esses dispositivos de lei nas decisões judiciais. Assim também interpretação da Constituição em face dos artigos do Código Penal, e que no caso de aborto de deficiente anencéfalo não se insira nas hipóteses dos artigos supra citados, descaracterizando portanto, a sua ilicitude.

A liminar requerida pela CNTS teve seu deferimento em 01/07/2004, em decisão do Ministro Marco Aurélio Mello, relator do processo, onde foram suspendidas as demandas que estavam transitadas em julgado, estabelecendo a inimputabilidade nos casos de aborto de anencéfalo deficiente.

No dia 20/10/2004, com a análise da questão de ordem provocada pelo Procurador-Geral da República para análise de cabimento da ADPF nº 54 foi revogada parcialmente a liminar, mantendo-se a suspensão dos processos e das decisões judiciais. Entretanto, foi afastada a inimputabilidade nos casos de aborto de feto com deficiência anencefálica. Após a decisão do relator, o Ministro Carlos Ayres Brito pediu

vista dos autos, suspendendo a questão de ordem. Em seguida, a liminar foi apreciada pelo plenário, o qual decidiu conter o referendo dado pelo Ministro Marco Aurélio.

Na data de 27/04/2005, foi reconhecida a admissibilidade da ADPF nº 54. Deferiram votos a favor os Ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres de Britto, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Celso Albuquerque de Mello, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim (na época, o então presidente). Foram contrários ao seu reconhecimento os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso.

Após a admissibilidade, os autos retornaram ao relator para instrução do processo.

O Ministro Carlos Ayres Brito se dispôs a descrever acerca da admissibilidade processual da ADPF nº 54. *Ipsis literis*:

quando se trata de aplicar de aplicar a técnica da *interpretação conforme*, não há que se obter a compreensão de um dado texto normativo inferior pelo imediato cotejo entre ele e a Constituição Federal. Ainda não, porque se tal imediatidade comparativa ocorresse, a interpretação conforme deixaria de ser um mecanismo de controle de constitucionalidade para se transformar em mais um centrado método de hermenêutica do Direito em geral. Com o grave inconveniente de estimular o juiz-intérprete a “forçar” adaptação da norma inferior à normatividade constitucional, na perpetração de um tipo de corrigenda ou inovação de conteúdo que implicaria vulneração ao princípio da Separação dos Poderes. Princípio de que deflui um insuperável limite exógeno ao Poder Judiciário, somente legitimado a atuar como “legislador negativo” ou *contralegislador*, em sede de controle de constitucionalidade, porém jamais na condição de legislador positivo (como tantas vezes tem proclamado este Supremo Tribunal de justiça). (BRASIL, 2004)

Tamanho descrição apresentada pelo Ministro supracitado convencionou algumas críticas referentes a esse órgão supremo no discurso de produção positiva da norma, uma vez que a contribuição seria mais ampla diante dessa possibilidade jurídica.

O STF na opinião de Fernandes (2007) afastou um dos maiores obstáculos ao reconhecimento da constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez de feto anencefálico, ao entender que a hipótese não seria de atuação como legislador positivo, mas de interpretação conforme.

Mais adiante o Ministro Carlos Ayres Britto completa o raciocínio:

a interpretação conforme é uma temática de eliminação de uma interpretação desconforme...Quero dizer: o saque desse modo especial da interpretação

conforme não é feito para conformar um dispositivo subconstitucional aos termos da Constitucional Positiva. Absolutamente! Ele é feito para descartar aquela particularizada interpretação que, incidindo sobre um dado texto normativo de menor hierarquia impositiva, torna esse texto desconforme a Constituição. Logo, trata-se de uma técnica de controle de constitucionalidade que só pode começar ali onde a interpretação do texto normativo inferior termina. Primeiro, a interpretação do texto segundo os seus próprios elementos de compreensibilidade e por imersão no diploma com que nasceu para o Direito Positivo. Pronto! Depois é que se faz, não a reinterpretarão desse texto para afeiçoá-lo à normatividade constitucional, mas tão-somente uma comparação entre o que já foi interpretado como um dos sentidos dele (texto normativo) e qualquer dos dispositivos da Constituição. Donde o nome interpretação conforme a Constituição significar, em rigor, um imediato cotejo entre duas pré-compreensões ou dois antecipados entendimentos jurídicos: o entendimento que já se tem de qualquer dos dispositivos constitucionais *versus* aquele específico entendimento a que também previamente se chegou de um dispositivo infraconstitucional. (BRASIL, 2004)

Os argumentos que fundamentam a interpretação conforme fiscalizam os preceitos infraconstitucionais em conformidade com a Constituição sem aferir uma construção positiva, pois se trata de controle de constitucionalidade que lança novo entendimento de dispositivo infraconstitucional com leitura condizente à norma constitucional atual.

O Ministro Carlos Ayres Britto, como os demais, admitiu a não possibilidade da busca alternativa do pedido quanto à inconstitucionalidade infraconstitucional.

A Ministra Ellen Gracie tendeu a questão como passível de solução no discurso do Legislativo, também não admitindo uma interpretação com construção positiva na interpretação conforme a Constituição. Mas pode ser adiantada a decisão da então Ministra percebendo seu voto no que tange à admissibilidade, em que percebemos um embrião com uma preocupação social e a defesa da mulher com relação às políticas públicas a serem admitidas: “A sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas”. (BRASIL, 2004).

O Ministro Gilmar Mendes quanto à possibilidade alternativa do pedido da autora se pronunciou:

Trata-se, como se percebe singelamente, de diploma legal pré-constitucional, não sendo seus dispositivos originais suscetíveis de controle mediante ação direta de inconstitucionalidade, consoante pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não seria hipótese de ação declaratória de constitucionalidade nem de qualquer outro processo objetivo. (BRASIL, 2004)

O ministro Gilmar Mendes estabelece uma confluência referente ao mérito estabelecido por este trabalho, admitindo não ser a via difusa a via preferencial para promover este tipo de ação, pois no julgamento do Hábeas corpus 84.025, a situação se tornou prejudicada:

Ainda que cabível o *hábeas corpus* proposto perante o Supremo Tribunal Federal, este não será a via mais adequada, pois até chegar a esta instância, em geral, a gravidez já estará num estágio tão avançado que não será recomendável a sua interrupção. Mas continuemos a desenvolver o raciocínio! Caso a criança não tivesse nascido, o Tribunal poderia escusar-se de julgar o *writ*? Parece-me que não, por ser o *hábeas corpus* admissível, no caso, como instrumento de proteção da liberdade individual. Cabível o *hábeas corpus*, teríamos duas situações possíveis: a autorização ou não da interrupção da gravidez. Se o Tribunal autoriza, que norma permissiva ele estará a invocar para admitir a interrupção de gravidez? Com certeza, estará reconhecendo, em sede de *hábeas corpus*, ainda que não o façam expressamente, uma nova causa excludente da ilicitude implícita ao art. 128, ou a inaplicabilidade à espécie do art. 124, ambos do Código Penal. Se o Tribunal proíbe a interrupção da gravidez na espécie, há de admitir a constitucionalidade da formula legislativa pela não inclusão do aborto de feto anencéfalo. (BRASIL, 2004)

Depois de admitida a ADPF nº 54, em 27/04/2005, pós Questão de Ordem pedida pelo Procurador Geral da República Cláudio Fontinelles, o pedido da autora está para ser acatado ou não dependendo de audiência pública firmada pelo relator Marco Aurélio em 28/09/2004 com a já inclusão no processo como *amicus curae*, sendo as entidades que requereram a oportunidade.

O STF realizará pela primeira vez na sua história, audiências públicas. Nestas, será assegurada a possibilidade dos representantes dos mais diversos setores da sociedade civil se manifestarem sobre o assunto, fomentando um debate amplo, público e democrático, em que se espera sejam debatidas questões polemicas, com o devido respeito às posições divergentes. Assim, não obstante a decisão proferida pelo STF dificilmente venha por fim à celeuma sobre o assunto, todos os setores envolvidos no processo de debates poderão reconhecer a sua legitimidade, uma que amparada em um aberto e plural processo de discussão (FERNANDES, 2007,p.132)

A Lei nº 9882/99, em seu art. 6º, §1º produz o efeito de atingir um nível de interessados com base em seu critério de “alto conhecimento da matéria” que, comumente, gera o risco de não corresponder ao âmbito de abrangência dos reais afetados. Assim se aproxima muito mais de táticas voltadas a uma estranha

“democracia aristocrática” do que uma proposta inclusiva típica do Estado Democrático de Direito.

Com os ingressos dos Ministros Enrique Ricardo Lewandowski e Carmem Lúcia Antunes da Rocha, espera-se lograr uma interpretação que busque limites à reforma material da Constituição e uma busca por proteção subjetiva da dignidade humana.

Deixamos para esse momento a interpretação admitida pelo Ministro aposentado, Néri da Silveira, em parecer emitido à União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro sobre a não admissão da ADPF nº 54:

“Não é, para tanto, meio adequado a argüição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, § 1º, da constituição, com a disciplina conceitual do art.1º, *caput*, da Lei nº 9882/1999. Nem cabe, ademais, como restou demonstrado, *interpretação conforme a Constituição*, de normas infraconstitucionais, que venha a alterar o conteúdo ou a natureza das regras interpretadas, inclusive, com introdução de hipótese normativa nova, máxime em se cogitando de disposições de direito penal, de inequívoco e preciso alcance, em enumeração exaustiva, consoante sucede com regra de exclusão de *penas*. Compreendo, destarte, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental em exame não possui condições de ser conhecida” (SILVEIRA, 2004, p.10)

A conclusão atinente ao mérito do Ministro Néri da Silveira foi de que desde a concepção não se pode negar a existência do ser humano, que tem o amparo do direito à vida e a prerrogativa da dignidade humana, qualquer seja o prognóstico de seu futuro. Inclusive quanto à duração de sua vida. Concordando nesse viés com a nossa posição, temos afirmado que o tempo de vida no caso do deficiente anencéfalo não pode ser majorado a ponto de uma discriminação eliminatória de sua potência de vida.

Afinal é necessário que a criança dê sinais de vida para ter adquirido a capacidade civil. O choro e a insuflada de ar dos pulmões demarcam o nascimento com vida. A morte logo em seguida não desaparece com a sua existência, tanto que esta, mesmo curta, pode transmitir os direitos sucessórios a outrem.

4.4 ADI 3.510, artigo 5º da Lei de Biossegurança 11.105/05, uma realidade

Para quem a incredulidade assegurou que não aconteceriam as audiências públicas no STF, por ser um órgão completamente abarrotado de processos e sem tempo para o debate público, a realidade se mostrou contrária no dia 20 de abril de 2007, com o acontecimento da primeira audiência pública no Supremo.

Foi sem dúvida um avanço para uma abertura à participação popular no Judiciário, onde a discussão referente à ADI 3.510 que trata da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, traz para o debate entre os membros do Órgão Máximo do Judiciário e pessoas da sociedade civil as pesquisas com células embrionárias.

Mais uma discussão que é traçada no âmbito da moral e do direito, e que propõe ao STF, definir o começo da vida. Tarefa muito complicada, exigida mais uma vez ao discurso de aplicação e sem falar desnecessário nesse debate. Numa superação do positivismo jurídico, há uma renovação entre o sistema de valores e o sistema de normas. Uma decisão que envolve a percepção de princípios da proteção à vida, o direito a uma vida digna em uma extremidade e em outra a defesa da saúde das pessoas com enfermidades e deficiências que acreditam nos avanços científicos e nas possibilidades de tratamento que estas pesquisas podem conseguir com fulcro na livre expressão da atividade científica.

Encontramos nestes termos um desacordo moral razoável, que não é nada além da ausência de consenso entre duas posições racionalmente defensáveis. (RAWLS, 2000) Os caminhos a serem definidos a partir do desacordo moral ensejam a abertura do diálogo com a sociedade levando em consideração a projeção de sua formação plural.

O biodireito encontra-se em desenvolvimento e se volta ao estudo da biotecnologia e da biomedicina, são exemplos desta afirmação: a reprodução assistida, a clonagem terapêutica e reprodutiva, as pesquisas com células-tronco, etc. A bioética, no entanto, vem demarcando os limites de atuação diante destas possibilidades do progresso científico, buscando os fundamentos morais a serem preservados no âmbito das discussões.

As características determinantes pela busca da promoção das pesquisas com células-tronco é em primeira ordem por se converterem em diferentes tecidos no

organismo, em segundo plano a sua capacidade de produzir células idênticas a si mesmas, Nem todas as células têm essas características com a mesma intensidade. As *totipotentes* possuem capacidade de diferenciar-se dos tecidos que compõem o corpo humano. As *pluripotentes* ou *multipotentes* podem diferenciar-se em quase todos os tecidos, menos o da placenta e anexos embrionários. E finalmente as células *oligopotentes*, que se diferenciam em poucos tecidos ou as *unipotentes* que conseguem se diferenciar em apenas um tecido. Os *totipotentes* e *pluripotentes* somente são encontradas nos embriões. Somente podendo ser extraídas após até três semanas de fecundação. Essas células são importantes, porque até o presente momento os estudos mostram que elas podem diferenciar-se com mais facilidade promovendo um melhor aproveitamento nos possíveis tratamentos, principalmente nas enfermidades cerebrais.

Ao STF, cabe o papel de encontrar o ponto de equilíbrio entre os princípios constitucionais e o sentido majoritário do processo político. Com a primeira audiência pública da história o Supremo Tribunal Federal acolhe um diálogo dos mais fascinantes e áridos sobre a condição humana.

A dúvida freqüente de quando começa a vida se fez presente: na fecundação, na nidação, após duas semanas, de oito a dezesseis semanas, em vinte e sete semanas, ou com o nascimento com vida?

O momento da fecundação que tem os católicos e protestantes como defensores é o encontro do espermatozóide com o óvulo, formando o embrião. O momento da nidação ocorre entre o quinto e o sexto dia após a fecundação, é o momento em que o óvulo fecundado se aninha na parede do útero que se encontra apto a recebê-lo e alimentá-lo, envolvendo o embrião de condições reais de vida. Após duas semanas o embrião tem acelerada a sua formação e aparecem os vestígios das primeiras formações dos órgãos, inclusive do sistema nervoso, o que serve de defesa da vida por analogia, se a vida se cessa com o funcionamento cerebral, começa quando do início da formação do cérebro. A partir da oitava e até a décima sexta semana, o embrião se torna feto e defendida por um número maior de pessoas com mais fervor, pois é neste momento que aparecem os órgãos e membros. Na vigésima sétima semana o feto começa a perceber as sensações, inclusive a dor. O nascimento

ocorre após nove meses de gestação e em alguns casos fetos nascem com menos tempo e sobrevivem normalmente. A constituição brasileira não diz o momento que começa a vida, mas coloca a sua proteção como fundamento e não havendo uma certeza que nos possa ser enviada pela ciência, não podemos nos esquecer que o Pacto de São José de Costa Rica estabelece a proteção da vida a partir do momento da concepção. Esta referência não é inconstitucional, pois coloca a salvo a vida como defende a constituição brasileira.

A descoberta do início da vida não é o mais importante a ser estabelecido no discurso decisório, mas como devem ser observadas as pesquisas com células embrionárias que são tratadas no artigo 5º da Lei 11.105/05. Este referido artigo, tenta abarcar tema tão complexo; os embriões produzidos em laboratório à partir da chamada produção *in vitro*.

Casais que não podem conceber seus filhos pelo método natural acabam optando pela técnica artificial que é a fertilização por proveta, ou *in vitro*. Este é um método de reprodução assistida que propõe a resolução quanto à infertilidade de casais. Consiste na retirada de diversos óvulos do útero feminino para serem fecundados evitando que o tratamento seja repetido por várias vezes. Na dinâmica e inserção de hormônios, acabam sendo produzidos em número superior ao necessário e guardados congelados para o caso de nova tentativa ou na desnecessidade de utilização dos mesmos que precisam da anuência ou dos pais e da necessidade em ter mais filhos. Quando conseguem o número dentro das projeções econômicas do casal e condições de disponibilizar afeto dentro do planejamento familiar, esses embriões que foram congelados permanecem neste estado até a inviabilidade uterina total.

Devemos nos ater à percepção sobre esse embrião que é produzido em laboratório artificialmente, pois sem a implantação em um útero ele perde toda a possibilidade de viver.

A vida começa na concepção é o que definimos antes abordando o Pacto de São José de Costa Rica, e a sua proteção deve ser entendida a partir desse momento. Esta determinação está longe de ser uma posição religiosa, as pessoas que defendem uma postura anti-defesa da vida usada para justificar os abusos que devem ser cometidos na projeção científica, encontrar a posição que convença a realização de

uma moral de um determinado grupo não é necessariamente defender uma corrente impregnada de valores religiosos e se a igreja católica vem defendendo os princípios de proteção à vida não há nada a criticar, pois ela esta cumprindo o seu papel institucional e não podemos esquecer que os valores humanistas beberam na fonte cristã os seus fundamentos.

As pesquisas com embriões não ferem esta proteção, pela própria permissão já existente quanto à produção desse embrião, *in vitro* e não no útero, desde já destacado, local essencial ao desenvolvimento da vida em fase inicial.

O método de reprodução assistida beneficiou muitos casais desde 1978; quando ocorreu o primeiro nascimento de um bebê, fruto da produção em laboratório do feto. (BARROSO, 2007, P.244) No entanto, não ocorreu o cuidado de produção de norma que estabelecesse os limites a esta biotecnologia.

Sabemos que a não existência de norma que defina alguns padrões de conduta, não proíbe o judiciário de construir uma decisão que satisfaça a lide. O judiciário pode dar sentido à construção da decisão via interpretação de princípios constitucionais e do caso concreto, mas se ainda não existe uma formulação de normas que tratem da própria produção desses embriões, produzidos em laboratório e o discurso de fundamentação ainda não completou nenhuma norma a este respeito; além da discussão da inconstitucionalidade do artigo 5º da lei 11.105/2005, ao final deve ser feita uma consideração em torno do tema e indicação ao órgão legislador que trace os limites a estas tecnologias.

Os legisladores inseriram na Lei de Biossegurança que trata de todo tipo de transgênico, um artigo que diz respeito à pesquisa com células embrionárias; totalmente equivocada a sua inserção nesta lei a tratar de tema polêmico de diretriz moral, carregado de especificidades.

Uma vez que se entende pela possibilidade da produção *in vitro* de pessoas humanas, a norma deveria abarcar o entendimento dos limites estipulados. Agora que existem milhões de embriões, já produzidos e congelados qual a sua destinação digna quando o planejamento familiar já se completou?

Uma possibilidade real levantada é a possibilidade de adoção, nos Estados Unidos onde dois por cento dos embriões descartados pela família são adotados, mas

e os outros 98 por cento? Sabemos, no entanto que não existe uma política que dê publicidade a este tipo de adoção sendo essa a razão do baixo aproveitamento dos embriões via adoção. Acontece esta eventualidade quando são descartáveis e a família não precisa mais desses embriões, pois já atingiu um número de elementos que puderam ser planejados dentro da família.

Esta é mais uma polêmica, uma vez que podem ser adotados e existem casais que concorrem a esta possibilidade; os pais que colheram o material genético podem impedir o segmento da vida? Em outras palavras, podem impedir a adoção uma vez que não pretendem mais utilizar estes embriões congelados? Por isso o concurso normativo se faz necessário que trate das especificidades deste tema. Um projeto de iniciativa do Senado Federal de autoria do Senador Lucio Alcântara PLS 90/99, trata da reprodução assistida não mereceu o devido tratamento da Casa legislativa e foi arquivado no Senado ano passado.

O direito à saúde e da expressão da atividade científica devem ser aqui valorizados, estabelecendo a permissão para utilização das células embrionárias descartáveis, concedente à pesquisa guardando o devido cuidado na terapia e o reconhecimento da omissão do legislador quanto a tema tão controverso.

O lixo é a solução mais digna do que a Ciência?

Esta foi a pergunta mais repetida pelos cientistas na audiência pública do dia 20 de abril de 2007, pareciam que os cientistas favoráveis às pesquisas além de contribuir para o debate com conhecimento, queriam uma resposta para dar seqüência a um trabalho promissor interrompido. Quando falamos de dignidade humana este principio se abre às suas mais flexíveis projeções.

Na leitura do artigo 5º podemos verificar que a sua inserção nesta lei não contempla a plenitude racional e trata-se de tema que deve ser minuciosamente trabalhado em norma mais complexa, para que o manto do arrepio social não se verta sobre a produção dos embriões.

A discussão que envolve o artigo 5º não contemplou o diálogo que limita a atuação dos pesquisadores, assegurando que não façam experimentos genéticos.

O referido artigo 5º não trata de forma convincente da clonagem terapêutica, proibindo de modo genérico a clonagem humana, tema controverso e que vai

certamente ser fundamento de discussão no Judiciário em futuro próximo, pois mais uma vez as expectativas em encontrar uma forma de terapia para males humanos sem ferir princípios que atendam ao interesse reprodutivo da família sejam dessa forma protegidos.

O Dworkin(2005) tem defendido que essa possibilidade pode ser percebida sem ofensa a valores porque dentro de um padrão que diferencie as pessoas encontramos fundamentos na educação e vivência mais marcantes que as combinações genéticas para formação de uma pessoa. E completa afirmando que na clonagem não há um total controle sobre as características desejáveis.

Veja a redação do artigo 5º da LEI 11.105/05:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

O caput do referido artigo acima trata não somente da pesquisa, mas também da terapia, tema que cientificamente não existem certezas para serem administradas em pacientes humanos. As pessoas tornam-se voluntariamente cobaias dessas pesquisas que oferecem avanços científicos.

Quanto à inviabilidade, desde o momento da fecundação artificial da célula se apresenta, pois sem um ambiente próprio ao seu desenvolvimento esta célula não se reproduz e não se torna pronto para se desenvolver e sair do útero.

O autor da ação direta de inconstitucionalidade esclarece em sua inicial que os dispositivos impugnados contrariam “inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado Democrático

de Direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana” e ainda vem a completar o texto afirmando “é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para seu desenvolvimento”.

O autor já verifica que é pessoa humana e isso é indiscutível, mas que precisa de uma mãe, que o acolha em seu útero para essa pessoa ter um ambiente adequado ao seu desenvolvimento. O avanço científico mudou essa concepção de a mulher engravida com a concepção, uma vez que na concepção, nos casos de reprodução de proveta, a mulher não está presente. Podemos concluir então, que os embriões fora do útero materno, não estão em condições próprias de proteção à vida numa gravidez.

Como então será a solução através da via judicial? Obrigando essas mesmas mulheres a fecundar todos os óvulos por ela produzidos? Pode um pai que colabora com seus cromossomos exigir a proteção da vida de seus filhos, presos em um tanque de congelamento e que sejam implantados no útero de sua mulher? E se não for mais sua mulher? Tem esta mulher a obrigação de continuar a ser mãe de seus filhos?

Para Cláudio Lemos Fonteles “a mulher engravida no momento da fecundação”. Como atualizar esses conceitos diante da reprodução artificial? A mulher neste caso, não tem no seu útero o embrião, para que este possa se desenvolver, e já se esgotaram as chances de recorrer a este método, pois a família já está completa.

O embrião se torna viável quando está no ambiente uterino, fora dele não existe possibilidade de vida a ser desenvolvida. A vida deve ser defendida sempre, é claro que estes métodos de fertilização e reprodução humana deve ser tratado com cuidado pelo nosso legislador ordinário o que até o momento ainda não ocorreu. Quando entenderam que deviam falar das pesquisas com células embrionárias, inseriram em uma lei que tratava de transgênicos, desvalorizando o discurso que envolve este tema. No entanto, este não se trata definitivamente de aborto que é a retirada do embrião do útero materno, aqui não existe um útero e um embrião inserido para o desenvolvimento natural.

O nascituro não é este embrião produzido em laboratório, o nascituro é pessoa que se encontra a caminho do nascimento e indubitável é o deslinde de que este embrião não está a caminho do nascimento, pois precisaria inicialmente se instalar no útero materno.

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. (RODRIGUES, 2001, p.36)

A vida não deve ser tratada em potencialidade, porque podemos desembocar outros equívocos com outras circunstâncias, como o caso dos anencéfalos. A potência analisada neste diapasão pode aproximar critérios de perfeição o que seria um erro evitável.

Os três anos contemplados no inciso dois, do referido artigo, não anula a possibilidade de viver do embrião, mas o viabiliza para as pesquisas, alguns cientistas disseram na audiência pública do STF de 20 de abril de 2007 que os embriões resistem até dez anos congelados, um retorno a esse ponto pode flexibilizar este lapso temporal e aprimorar um consenso.

Parte interessante deste artigo é o parágrafo 1º que contempla os pais genitores a guarda e defesa do embrião em qualquer hipótese, é necessário o seu consentimento, diminuindo assim as chances de adoção dos embriões rejeitados encontra na proibição dos pais a negativa de possibilidade de vida. Mas outro ponto conflita com esta possibilidade, pois o material genético dos pais carrega suas feições e historicidade e os pais negam a adoção de seus embriões por outras pessoas justamente por não querer que venha a nascer em outra família um filho com suas características evitando muitos conflitos que podem surgir desta experiência, como encontro entre irmãos sem o devido conhecimento dos laços físicos.

Na sua parte final o artigo 5º trata dos limites à comercialização dos embriões e células ou tecidos humanos, vedando linhas de atuação científica que são condenáveis internacionalmente e tipificadas na lei 9.434/97.

Muitos avanços traçados com células-tronco adultas retiradas dos órgãos humanos já se completaram e firmam para o autor da ADIn 3150 a falta de necessidade das pesquisas com células embrionárias. O que não pode configurar a verdade, pois os avanços científicos acontecem a todo instante e não se congela o conhecimento científico, para alívio das respostas encontradas a todo tempo.

O relator do processo, Carlos Ayres Britto (2008) em seu acórdão enfatiza:

“ Convencido de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a

toda a humanidade, **determinei a realização de audiência pública**, esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa. O que fiz por provocação do mesmíssimo professor Cláudio Fonteles e com base no § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, mesmo sabendo que se tratava de experiência inédita em toda a trajetória deste Supremo Tribunal Federal. Dando-se que, no dia e local adrede marcados, 22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas *agitados* nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação constitucional que nos cabe julgar. Do que foi lavrada a extensa ata de fls., devidamente reproduzida para o conhecimento dos senhores ministros desta nossa Corte Constitucional e Suprema Instância Judiciária. Reprodução que se fez acompanhar da gravação de sons e imagens de todo o desenrolar da audiência, cuja duração foi em torno de 8 horas.”

Evidente que a audiência pública realizada sob o comando do Relator Carlos Ayres de Britto, não foi o modelo idealizado neste trabalho, onde pareceu mais uma audiência com os *amicus curae*, pessoas com conhecimento científico, que trouxeram seus conhecimentos ao debate público e foram criteriosamente escolhidas pelo próprio Relator do processo, as que defendiam a vida sob qualquer circunstância e as que defendiam a pesquisa e as possibilidades de ganhos com a saúde e a livre expressão científica.

Este modelo que se concretizou esta longe do modelo a ser alcançado em uma democracia moderna, onde o povo e não somente alguns como na antiguidade grega tinham o privilégio de opinar. Além da pouca importância atribuída pelos ministros do Supremo ao evento, onde os que lá compareceram, não permaneciam para a coleta de informações, configurando um descaso descabido ao primeiro propósito de abertura à participação popular no Judiciário via audiência pública.

Os ministros do Supremo não podem confundir o papel destinado a eles pela constituição, alguém tem de avisar: - não é o de guardiões, porque este papel é do povo e sim de fiscalizador. Não podem de forma alguma negar a abertura dialógica e democrática, acreditando na sua potencialidade de semi-deuses voltando as costas aos cidadãos, como fiscalizadores da Constituição Federal devem ser os primeiros conformadores de seu designo ordenatório.

Os dois temas trazidos tanto o aborto de anencéfalo, quanto a pesquisa com células-tronco embrionárias, trazem a discussão da vida para o discurso de aplicação. Até se completam, pois para tentar explicar o início da vida, o relator do processo Carlos Ayres deixa claro que a vida somente pode ser percebida com critérios de

desenvolvimento quando na nidação, no momento em que o embrião se encontra no útero materno.

Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. Este é o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte., (BRITTO)2008

Este modelo de audiência pública que foi apresentado pelo STF, em abril de 2007, não é o modelo idealizado neste trabalho, o modelo foi copiado do usado pela Câmara dos Deputados Federais onde pessoas com conhecimento técnico sobre o tema são trazidas para demonstrar esclarecimento sobre o tema e colocando-se em lados opostos constroem o debate, não pode vir a edificar um dialogo democrático, vale ainda lembrar que o Legislativo Federal não contempla a presença do *amicus curae*, figura que pode permear as decisões do STF. Não é o modelo idealizado neste trabalho porque a forma como a audiência pública se apresenta na administração pública é o mais adequado democraticamente e o discurso é mais aberto. No entanto, devemos entender este momento, como um caminho que pode ser pretendido em evolução, afinal o órgão máximo amadureceu no percurso histórico brasileiro e o grau de legitimidade que construiu serve de invólucro para mais este possível ganho democrático. O inicio foi ainda promissor, pois apresentou a necessidade do debate público, em órgão tradicionalmente fechado.

No dia 30 de maio de 2008 foi decidida liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias, conferindo legalidade e legitimidade ao artigo 5º da Lei de Biossegurança Para seis dos onze ministros, o artigo 5º da Lei de Biossegurança não viola o direito à vida , nem mesmo dignidade da pessoa humana . Foram favoráveis à constitucionalidade da Lei de Biossegurança em seu artigo 5º os ministros, Carlos Ayres Britto (relator), Ellen Gracie, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso Mello.

Os ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes , apreciaram a lei defendendo a sua constitucionalidade, mas pretendiam que fossem anexadas algumas considerações como um Órgão Central, que fiscalizaria as ações científicas do ponto de vista ético, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), o que foi alvo de calorosa discussão no final do julgamento e não foi apoiada pela Corte.

Os ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Carlos Alberto Menezes de Direito afirmaram que defendem as pesquisas com células-tronco quando os embriões utilizados e ainda viáveis não forem destruídos para este fim.

O Relator da ADI 3510 Carlos Ayres Britto, acolheu a improcedência da ação com base na Constituição Federal que garante o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica. Salientando um espírito de sociedade fraternal defendido pela Constituição Federal. Qualificou a Lei de Biossegurança como um “perfeito e bem concatenado bloco normativo”. Defendeu que a vida humana para existir necessita ser o embrião implantado no útero materno. Ainda procurou embasamento nos artigos da Constituição Federal que tratam do direito à saúde nos artigos 196 a 200 e completou defendendo a obrigatoriedade do Estado em garanti-la defendendo a utilização das células-tronco para o tratamento de doenças.

A ministra Ellen Gracie acompanhou integralmente o voto do relator. Ainda afirmou que pré-embrião não se enquadra como nascituro, pois sua própria condição o esclarece bem a sua falta de probabilidade de nascer.

O ministro Menezes Direito não acompanhou o relator, julgando a ação procedente parcialmente, acolhendo uma interpretação conforme a Constituição do artigo questionado sem retirar qualquer parte do texto da lei. Ainda propõe autorização expressa dos genitores dos embriões e na proibição de destruição dos embriões utilizados, com exceção dos inviáveis. Para o ministro Menezes Direito, “as células-tronco embrionárias são vida humana e qualquer destinação delas à finalidade diversa que a reprodução humana viola o direito à vida (BRASIL,2008)”.

Carmem Lúcia também acompanhou integralmente o voto do relator. Para ela essas pesquisas não violam a dignidade da pessoa humana, mas em contrário contribuem para dignificá-la. ”A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos

voltados à recuperação da saúde, não agredem a dignidade humana constitucionalmente assegurada” (BRASIL, 2008).

Eros Grau fez três ressalvas ao artigo 5º da Lei de Biossegurança: A primeira determinando a criação de um comitê central do Ministério da Saúde para controlar as pesquisas; a segunda, que sejam limitadas as fertilizações em apenas quatro óvulos por ciclo e que a produção de células-tronco embrionárias seja obtida a partir de óvulos fecundados inviáveis.

Ricardo Lewandowski, entendeu a ação parcialmente procedente, votando favoravelmente às pesquisas com células-tronco. Mas entendeu que deve haver restrições para realização das pesquisas.

Joaquim Barbosa entendeu que as pesquisas com células-tronco não recai em inconstitucionalidade, pois proibir tais pesquisas “significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e os benefícios que dele podem vir” (BRASIL,2008).

O ministro Cezar Peluso identificou seu voto ao do relator afirmando que as pesquisas com células-tronco embrionárias não ofendem o direito á vida, porque os embriões congelados não são pessoa humana. Ainda salientou a importância de que essas pesquisas sejam rigorosamente fiscalizadas entendendo que o Congresso Nacional necessita aprovar instrumentos legais para o intento.

O ministro Marco Aurélio acompanhou integralmente o voto do relator, invocando o principio da razoabilidade para atuar em conjunto com os artigos 1º em seu inciso III que trata da dignidade da pessoa humana e 5º da Constituição Federal em seu caput que trata da inviolabilidade do direito à vida. Entendo as restrições à lei pode acarretar uma atividade legislativa do Judiciário, exorbitando de suas funções. Para ele jogar os embriões descartados no lixo completaria um sentimento egoísta de grande cegueira, quando a melhor opção é a de serem usados para curar doenças.

Celso Mello acompanhou o voto do relator afirmando que o Estado laico não pode ser influenciado pela religião e reafirma a constante busca da felicidade e o direito da dignidade pelas pessoas á margem da sociedade.

Por fim o ministro Gilmar Mendes defendeu que a Corte levantasse a ressalva da necessidade de controle das pesquisas por um Comitê Central de Ética e Pesquisa

vinculado ao Ministério da Saúde e que o Decreto 5.591/2005 que regulamenta a Lei de Biossegurança, não supre essa deficiência, ao deixar de atribuir funções de forma expressa para o controle das pesquisas com células-tronco.

Este tema está mais que determinado seu dissenso e longe do debate chegar a um consenso, este firmado por esta decisão do Supremo Tribunal Federal ainda vai se deparar com duros debates.

5 - Audiência pública no STF, uma interpretação possível.

O controle concentrado no Brasil tem sido alvo de diversas críticas que apontam para uma desvalorização do controle difuso onde se percebe uma maior proximidade com o discurso democrático entre as partes e o Estado e neste momento o nosso órgão supremo do Judiciário encontra-se maduro o suficiente para construir um debate mais próximo do modelo adotado na administração pública mais adequado à democracia.

Indubitavelmente, os direitos subjetivos cercam-se de proteção maior na medida em que são também discutidos no âmbito difuso, porém, em alguns momentos a necessidade pela busca da implementação de alguns direitos se faz necessária a via concentrada por se tratar escolhas dramáticas e difíceis que envolvem uma discussão profunda com a sociedade e que tem seus efeitos coletivos.

Faz-se necessária uma discussão com relação ao *non liquet* (utilizada na Roma antiga), decisões que os juizes inferiores tomavam de enviar os processos para outras instâncias superiores quando se deparavam com conflitos onde não estavam estabelecidas normas que predispuham a explicar o caso tornando da decisão conflituosa em princípios. Mas como não cabe neste momento trabalhamos este instituto, trazemos apenas uma interlocução que pode ser de domínio de um outro

tema e que poderia resolver a questão que debate sobre a supervalorização do controle concentrado e da obrigação do juiz dizer o direito.

A ADPF nº 54 e a ADIn 3150 resguardam o advento de audiência pública no Supremo, vem a ser a melhor forma que se junta à possibilidade de amenizar as discussões que fundamentam a legitimidade das decisões dos nossos Ministros.

Feitas essas considerações, percebe-se que a abrangência e as repercussões geradas em torno das discussões do aborto, em seu sentido amplo, envolvem aspectos que vem muito além do próprio direito. Atingem um profundo âmbito de questionamentos morais, principalmente quando se retrata a situação do feto anencéfalo, fragilizado biologicamente por sua condição de deficiente. Não se trata simplesmente de expurgar indivíduos com manifestações de anomalias, sejam físicas, sejam mentais, da sociedade. Trata-se de questionar se situações como essas não implicam na assunção de uma “seleção natural” de pessoas as quais devam ou não ser contempladas pelo Estado Democrático. Ou quando tratamos de pesquisas com células-tronco embrionárias que carregam axiologicamente os discursos e dificultam uma decisão como foi em maio deste presente ano.

Por isso, deve-se considerar que a aludida matéria, objeto da ADPF nº 54 e ADI 3150, têm seus foros de jurisdição no controle concentrado de constitucionalidade. Nesse caso, o objeto de controle é avaliado pela ótica interpretativa do colegiado de juízes que compõem o STF.

A ADI 3150 mostrou uma aproximação muito grande do discurso dos ministros com a sociedade e sem dúvida foi um avanço histórico na construção da democracia.

O Hércules dworkiano, capaz de carregar o mundo nas costas, precisa dos homens para atribuir à ação um melhor feito. Segundo Hannah Arendt (2004), os feitos dos homens e dos Deuses eram cantados pelos bardos, e não os feitos dos Deuses ou somente dos homens.

A conclusão nos leva para as linhas próximas de maior participação popular junto aos feitos dos nossos mortais cabem a tarefa da defesa da Constituição e tornar a interpretação dos casos concretos próximos Deuses, que atuam no Supremo Tribunal Federal. Diante da impossibilidade de se tornarem de normas.

Para Dworkin (2003), a atuação do Hércules se colocaria no propósito de concentrar-se nas questões de princípio que, segundo o direito como integridade, forma o direito constitucional que ele aplica. Em seus dizeres:

“uma acusação que certos juristas fariam a Hercules é injusta e, o que é ainda pior, obscurantista. Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer. O leitor pode discordar de alguns julgamentos que apresentei em seu nome; se eu lhe contasse um pouco mais sobre sua carreira no Olimpo, é bem possível que discordasse de outros mais. Mas, se Hercules tivesse renunciado à responsabilidade de decidir quando deve basear-se em suas próprias convicções sobre o caráter de seu país, teria sido traidor, e não um herói da limitação judicial”. (DWORKIN, 2003, p. 476)

E saindo em defesa de Hércules argumenta:

“O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciousa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a ultima palavra, sua palavra não será melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o principio acima da pratica para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por ultimo, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter”.(DWORKIN, 2003,p. 492)

A tese dworkiana tem se tornado importante nos dias atuais e espaço nos trabalhos dos juristas brasileiros, pelo esforço da busca da legitimidade da jurisdição constitucional, assim como a luta pela coerência na interpretação do Direito.

Para Dworkin, o Direito deve ser entendido como integridade, na ocorrência de um caso concreto, todas as normas do ordenamento, princípios abstratos, princípios formais e regras, se unem para uma decisão adequada do caso concreto, impossibilitando uma interpretação baseada em ponderação de princípios. E a possibilidade sedimentada da audiência publica no STF, qualifica o debate e promove a sociedade e suas decisões.

No controle concentrado a grande discordância é com relação à falta de debate com os cidadãos a possibilidade de aplicação das normas constitucionais e caba por tornar-se o único interprete da Constituição, transformando o texto constitucional no que o Tribunal tem interpretado como sendo constitucional.

Haberle propõe a tese de que no "processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potencias públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de interpretes da Constituição"(2002, p.13) .Todos os cidadãos intérpretes da Constituição mesmo porque não podemos alegar desconhecimento da lei.

Um espaço público democrático somente será construído se a competência do STF, de fiscalizar a constitucionalidade das normas não ser apenas uma exclusividade deste órgão. Não podemos conformar com a possibilidade de a interpretação constitucional permanecer nas mãos de poucos, que dadas prerrogativas se tornam legisladores permanentes. (OMMATI, 2003)

Acreditamos que as questões atinentes ao controle de constitucionalidade não podem ser estabelecidas apenas por nossos julgadores olímpicos. É indubitável o papel do cidadão no Estado Democrático de Direito e a sua efetiva participação. Os espaços públicos devem incorrer em sua ampliação inclusive no judiciário, eliminando as críticas estabelecidas com relação ao controle nas mãos de poucos que acabam por denotar o arbítrio.

Não obstante nossa posição de reconhecê-los como guardiões legítimos da Constituição e de defensores dos preceitos fundamentais alicerçados em nosso constitucionalismo, o resgate da soberania popular a que nos avoca o próprio texto constitucional nos impulsiona a alargar discussões como essa a toda a esfera pública. Afinal, os reflexos dessas decisões terão repercussão para todo o povo. Nas palavras de Häberle, a esse mesmo povo deve então se reconhecer a força da "sociedade aberta de intérpretes".

Segundo Antonio Álvares da Silva (2004), ao retomarmos a história podemos trazer uma concepção determinada pela constituição de 1824, a imperial, que defendia em seu art. 152 a presença do povo nos julgamentos, admitindo os jurados ao lado dos

juizes, que julgavam tanto as causas criminais quanto cíveis. Aos jurados caberia o fato aos juizes a aplicação da lei.

Diante desta realidade passada podemos perceber uma regressão ao espaço público pelo Judiciário, pois verificamos hoje apenas uma participação em causas criminais, no Tribunal do Júri e que tem sido vitoriosa, perpassado o tempo esta forma de decidir.

As audiências públicas no STF, ainda que se trate de controle concentrado, as decisões se tornam mais legítimas, democráticas e acertadas, pois exercitam a soberania direta do povo.

6. CONCLUSÃO

Esse trabalho discute meios jurisdicionais de ampliação do espaço público no âmbito das decisões do Poder Judiciário no esforço de concretização de nosso Estado Democrático de Direito. Nessa feita, foi fundamental a análise de questões referentes à abertura da participação popular junto às decisões do STF em detrimento de casos polêmicos, a exemplo da situação verificada no caso de aborto de deficiente anencéfalo e nas pesquisas com células-tronco embrionárias.

Sendo assim, a análise do histórico do STF nos revelou que esse órgão, durante toda a sua trajetória, ainda que de forma contida, tem servido como instrumento de defesa das liberdades e garantias individuais. Importante mecanismo, nesse sentido, representou a instituição do *habeas corpus* através do lendário jurista Rui Barbosa. Desde os primeiros momentos de constituição da República brasileira, atravessando dificuldades institucionais em épocas como aquelas verificadas no período de ditadura militar, até a consolidação do Estado Democrático de Direito, esse órgão judicial, estatuído como fiscalizador constitucional revelou uma atuação autônoma. Tal atuação não se constitui apenas formal, mas materialmente essencial para a tutela efetiva de garantias e direitos fundamentais que delineiam o exercício da chamada cidadania jurídica.

No entanto, ao se pensar em padrões reais de democracia judicial, apenas essas características não são ainda suficientes para o STF constituir-se como espelho maior de nossa justiça. A legitimidade depende de outros fatores que extrapolam a competência enfeixada nesse órgão composto por 11 juízes responsáveis por uma população de mais de 180 milhões habitantes e inumeráveis e crescentes demandas.

Com efeito, o repensar da jurisdição constitucional participativa depende do contentamento de formas reais de expressão da própria cidadania, cuja participação popular seja sustentada através de novos espaços de discussão legalmente constituídos. A importância das Leis nº 9.882/99 e nº 9.868/99 é salutar, vez que atrai a inserção da participação do povo na formação de audiências públicas para a

composição de debates referentes à construção de discursos abstratos de constitucionalidade.

Para tanto, observamos justamente uma recomposição das posturas entre dois pólos fundamentais: Estado, figurado na atuação do Poder Judiciário, e sociedade civil.

O grande marco da modernidade hoje vivenciada se justifica na abertura e reconstrução dessa esfera pública, que abandona o solipcismo decisionista, ainda que nos retratemos a um colegiado de juízes, e dialoga com a opinião pública ao fazer da soberania popular uma realidade que eleva o povo ao status positivo de participação na arena de discussões. Então, a esfera pública aclamada sob a égide da democracia participativa representa a junção de esforços entre poderes do Estado e o poder do povo na construção do interesse público latente.

A partir dessas premissas, esse trabalho teve como objetivo demonstrar a importância da participação popular como canal de democratização do Judiciário, o que, por vez, se traduz em forma de legitimação de seus atos decisórios. De encontro com essas preocupações, levantamos a hipótese da viabilidade da efetivação de audiências públicas como procedimento capaz de garantir essa tão necessária legitimação, para que se torne incontestes a função do STF de guarda constitucional e dos direitos fundamentais.

A audiência pública se faz necessária no momento em que o Judiciário se encontre diante de casos onde o legislador não seja capaz de prever norma efetiva diante de casos de difícil solução. Também diante do controle de constitucionalidade, haja vista a miscelânea de preceitos jurídicos, valores morais, éticos, clínicos, psicológicos espalhados em nossa sociedade, tal como se procede com a questão do aborto de anencéfalos e pesquisas com células embrionárias.

Assim, há um compromisso constitucional pela resolução de conflitos que envolvam preceitos fundamentais como a vida, a liberdade, pois o comando do art. 5º, inc. XXXV, da CR/88 prevê que “a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não se cabendo ferir o princípio do juiz natural.

O Estado Democrático de Direito atribuiu uma ampliação à atuação do STF, que interpreta a Constituição e tutela os seus preceitos.

Nesse trabalho deixamos claro o papel do Judiciário observado pelo Estado Democrático de Direito, atribuindo a tal órgão uma fiscalização da Constituição, ampliando as suas atribuições perante o ordenamento jurídico. A questão tão debatida da legitimidade do controle concentrado não nos deixa dúvidas da impossibilidade do discurso de inconstitucionalidade, tendo em vista a definição do artigo 102, I, da CR/88 explicitar a função de guardião da Constituição e as Leis nº 9882/99 e nº 9868/99 regulamentarem em seguida as ações pertinentes ao controle concentrado.

A atuação política do STF não pode deixar de ser considerada, pois o órgão supremo do Judiciário não ficaria à margem das decisões que implementem modificações da estrutura do Poder do Estado.

Não há que falar em legitimidade das decisões judiciais num modelo de Estado instituído como Estado Democrático de Direito postergando a participação do discurso construtivo aberto ao povo, tendo em vista a imposição de seu papel de co-autor e destinatário das normas.

A democracia projetada em nosso texto constitucional aspira a inserção de mecanismos e institutos de participação direta para que a justiça social seja alicerçada em decisões pautadas em critérios de racionalidade inclusiva. Nesse propósito, não nos resta outra saída além da implementação do controle popular de constitucionalidade.

A proposta de uma *hilleia* tecnológica vem atender a uma abertura do espaço que a cidadania deve exercer na efetivação de seus interesses públicos e privados. Na atualidade esses espaços devem ser ampliados pela participação popular em *lócus* dialógicos, como as audiências públicas. Elas podem trazer ganhos à legitimidade das decisões do STF, que diante dos casos difíceis e do exercício do controle de constitucionalidade, aproximam-se dos cidadãos que defendem seus interesses nesse novo espaço de cidadania judiciária.

A proposta que trabalhamos fora estabelecida a partir do modelo que já vem sendo utilizado com sucesso na Administração Pública, em que subsistem instrumentos de participação para vinculação das decisões habilitadas pelo participantes do discurso no Judiciário. Com a presidência da audiência ficando a cargo do relator do processo e ainda a ajuda técnica que dispõem as audiências no

Executivo, transporta para a figura *amicus curae* que atende muito bem esse papel no Judiciário, importando em um interesse de participação dos elementos da sociedade.

Para que haja uma integral participação dos populares no Judiciário, e o discurso não seja prejudicado, necessário se faz uma participação com real liberdade, que os participantes possam expressar seus interesses acobertados por um conteúdo mínimo de condições, pois a participação cidadã torna-se dependente da proteção dos direitos fundamentais sociais básicos, assim como moradia, emprego, educação, saúde e lazer. Sem a percepção desses direitos pelo menos em fase de concreção não existe a possibilidade em se falar de uma participação das decisões públicas por seus cidadãos. A nossa realidade social não coaduna com o desenvolvimento social e democrático dos países mais desenvolvidos.

Na era tecnológica e contemporânea os espaços de atuação do indivíduo não se transportam apenas para os âmbitos local, regional ou nacional. Estamos diante de uma nova navegação e descobrimento que condiz com uma universalidade transposta num ambiente de rede. O homem não pode mais agir como lobo de si mesmo, pois as relações que regem as suas atitudes têm uma observação universal tecnológica limitada inclusive pelos Pactos Internacionais ao qual nos associamos.

O homem busca a promoção de suas melhores atitudes que refletem na busca de um mundo melhor e não pode retroceder nessa tensão entre o real e o ideal.

As audiências públicas no STF vêm afirmar abertura ao espaço público nas questões difíceis e naquelas outras que envolvem o controle de constitucionalidade, onde os interessados a participar do discurso tornam-se incluídos na construção democrática do sistema jurídico.

O primeiro caso definido por audiência pública nesse órgão advém da ADI 3150 que liberou as pesquisas com células tronco embrionárias e posteriormente a análise da ADPF n° 54, proposta pela CNTS. Tal ação traz ao debate o aborto provocado de feto com deficiência anencefálica, o que coloca os julgadores do Supremo diante de casos de difícil solução que envolve um julgamento ético, estabelecido por pensamentos que se contrapõem, proteção da vida, deitando dúvidas sobre o início e a liberdade científica favorável a uma melhora na saúde de algumas pessoas; e uns em defesa da vida do feto e os outros em defesa da liberdade e autonomia da mulher.

A decisão que liberou as pesquisas com células-tronco deveria ter indicado ao legislador uma melhor definição em lei os limites aos pesquisadores, o que foi deixado a cargo de órgão fiscalizador, não sabendo se eficaz. A proteção da vida tem de ser concretizada num ambiente próprio. As projeções de vida *in vitro* devem também ser cuidadas em lei para evitar os abusos e a produção excessiva.

Definindo sobre a morte do anencéfalo, devemos tratar também da morte com dignidade, de questões sobre políticas públicas, uma vez que a deficiência tem sua causa na falta de ácido fólico e de fatores ambientais decorrentes da má alimentação e da poluição ambiental, da liberdade responsável. Tamanha a sua complexidade e relevância no mundo jurídico que sua decisão deve ser fruto de diálogos abertos.

Portanto, a democracia transforma a figura do súdito em autoridade do cidadão que não apenas se submete ao Direito, como também participa da criação e legitimação de normas. Por isso falamos em sua envergadura jurídico-moral auxiliando na prática da justiça.

7. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

ANDALAF NETO, José. Anencefalia: *posição da FEBRASCO*. Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, São Paulo, 04 jan. 2007. Disponível em: <http://www.fefebasgo.org.br/htm> Acesso em 30 jan. 2007.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal – Esse outro desconhecido*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional. Aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade – por uma teoria geral do direito*. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Governo de homens ou governo das leis. O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*. Trad: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1998.

BOMFIM, Edson Rocha. *Supremo tribunal federal: perfil histórico*. São Paulo: Forense, 1979.

BRASIL, Constituição da República Federativa: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 37. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Saraiva de legislação)

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. 3ª Edição. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CITTADINO, Gisele. *Direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CLARK, Giovani. *O fetiche das leis. Desemprego*. Belo Horizonte, julho. 2001. Disponível em < http://www.desemprego.org.br/artigos/fetiche_leis.php. > acesso em 10 de fev.2007.

CLARK, Giovani. *Genocídio econômico*. Consultor jurídico. São Paulo, 2003. Disponível em < <http://www.conjur.estadao.com.br/static/text/2726,1>> acesso em 10 de fev. 2007.

CORREA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal*. Corte constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Instituto de Estudos Jurídicos e Econômicos, 2001.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. *O direito no Brasil colonial*. In: WOLKMER, Antônio Carlos.(Coord.) *Fundamentos da história do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DELGADO, Luiz. *Quadro histórico do direito brasileiro*. Recife: Editora Universitária, 1974.

DINIZ, Débora. *Em nome da mãe*. Entrevista concedida à Revista Época. Edição 321. 17 de julho, 2004. Acesso em 02 de novembro de 2006. Disponível em <http://revistaepoca.globo.com>.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

FABRE, Simone Goyard. *O que é democracia?* Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, Maira Costa. *Interrupção de gravidez de feto anencéfalo: uma análise constitucional*. 2007 in SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2007.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 2. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975.

GALUPPO, Marcelo Campos. *O que são direitos fundamentais*. 2003. in SAMPAIO, José Adercio Leite. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GINSBURG, Carlo. *Olhos de Madeira – nove reflexões sobre a distância*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

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

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?* Tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política. Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução: Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Barueri, SP: Manole, 2005.

JAYME, Fernandes G. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

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

KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (dês) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional – Tomo III*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1ª Edição, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito do nascituro: vida e pessoa*. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <adriana.ruas@gmail.com> em 26 fev. 2006

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 1ª Edição, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? a questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad: 3ª Edição, 2003.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Forense. 10ª. Edição, 1984

OMMATI, José Emilio. *Paradigmas constitucionais e a inconstitucionalidade das leis*. Porto Alegre: Antonio Sergio Fabris, 2003.

PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PETTIT, Philip. *Teoria da liberdade*. Tradução de Renato Sérgio Pubo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINTOS, Guillermo Díaz. *El derecho fundamental a la vida*. In: BETEGÓN, Jerônimo (et. al) (Coord.) *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2004.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução: Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, Jonh. *O direito dos povos*. Tradução: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, Jonh. *Liberalismo político*. Tradução: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *A Reforma do Poder Judiciário*. Revista de Informação Legislativa 240, Brasília, a. 35, n. 137, jan/mar. 1998. Disponível em: http://www.senado.gov.br/cegraf/rii/pdf/pdf_137/r137-23.pdf/html Acesso em 23 out. 2006.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e á vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey. 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Antônio Álvares da. *Reforma do Judiciário*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVEIRA, José Néri. Parecer. Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, Porto Alegre, ago. 2004. Disponível em: <http://www.providafamilia.org.br/index.php/htm>
Acesso em 20 dez. 2006.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VALLADÃO, Haroldo. *História do direito – especialmente o brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2000.

8 ANEXOS

8.1 ANEXO I

LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.

Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II - (VETADO)

Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

§2º(VETADO)

Art.3º A petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

§ 4º (VETADO)

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas argüições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 8º A decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em argüição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de dezembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

8.2 ANEXO II

LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999.

Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO II

DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Seção I

Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I - o Presidente da República

II - a Mesa do Senado Federal

III - a Mesa da Câmara dos Deputados

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal

V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal

VI - o Procurador-Geral da República

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que

emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

CAPÍTULO III

DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Seção I

Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade

Art. 13. Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal:

I - o Presidente da República

II - a Mesa da Câmara dos Deputados

III - a Mesa do Senado Federal

IV - o Procurador-Geral da República.

Art. 14. A petição inicial indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido

II - o pedido, com suas especificações

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.

Art. 15. A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 16. Proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência.

Art. 17. (VETADO)

Art. 18. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 19. Decorrido o prazo do artigo anterior, será aberta vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de quinze dias.

Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

CAPÍTULO IV

DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória

Art. 25. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.

Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito

vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

CAPÍTULO V

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS

Art. 29. O art. 482 do Código de Processo Civil fica acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 482.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades."

Art. 30. O art. 8º da Lei no 8.185, de 14 de maio de 1991, passa a vigorar acrescido dos seguintes dispositivos:

"Art.8º

I -

n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica

§ 3º São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I- o Governador do Distrito Federal

III - o Procurador-Geral de Justiça

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal

V - as entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, demonstrando que a pretensão por elas deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais

VI - os partidos políticos com representação na Câmara Legislativa.

§ 4º Aplicam-se ao processo e julgamento da ação direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios as seguintes disposições:

I - o Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade

II - declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Lei Orgânica do Distrito Federal, a decisão será comunicada ao Poder competente para adoção das providências necessárias, e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias

III - somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Distrito Federal ou suspender a sua vigência em decisão de medida cautelar.

§ 5º Aplicam-se, no que couber, ao processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal."

II - a Mesa da Câmara Legislativa

Art. 31. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de novembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.