

O Estado Contemporâneo e o  
Controle da Constitucionalidade  
os Paradigmas de Jurisdição  
Constitucional e a Ampliação  
e Aprofundamento da  
Democracia.

Procedimentalismo, argumentação ou  
hermenêutica substancial.

*Contemporary State of Control of  
Constitutionality of the Constitutional  
Jurisdiction of the Development and  
Deepening of Democracy. Procedural,  
argumentation and substantial hermeneutics.*

*Ivo José Kunzler\**

---

\* Kunzler, Ivo José. Advogado; Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFPEL; Mestre em Direito Tributário e Constitucional pela UNISC; Especialista em Direito Tributário pelo IBET; Especialista em Gestão Ambiental pela FEEVALE; Doutorando na UBA em Direito Constitucional.

## Resumen

Por intermédio deste artigo, pretendo investigar o controle jurisdicional da constitucionalidade do STF e outras Cortes Supremas, e de como se espera ser o processo jurisdicional do futuro. A fonte teórica para a mudança do paradigma jurisdicional, para um processo jurisdicional aberto, onde os interesses sociais em debate possam se expressar e participar do evento judicial de composição de conflito, é que se delinea pelo processo democrático alinhado com a teoria do procedimentalismo do pensamento habermasiano, ou de outro lado, dentro do processo da argumentação de Alexy. O Estado haverá de alterar seu componente público para que os atores sociais façam parte e ampliem o processo democrático da jurisdição, tendo como alvo o processo mais profundo de realização de justiça.

**Palavras-chave:** Justiça, Democracia, Participação.

## Resumen

En este artículo se investiga la revisión judicial de la constitucionalidad de la Corte Suprema Brasileña y otros tribunales supremos, y cómo se espera que sea el tribunal del proceso futuro. La fuente teórica para el cambio del paradigma judicial para un proceso de audiencia pública, donde los intereses sociales en el debate se expresen y participen en el caso judicial de composición de conflictos es que delinea el proceso democrático en línea con la teoría de la procedimentalismo que pensó Habermas, o la otra, en el proceso de razonamiento de Alexy. El Estado va a cambiar su componente público para que los actores sociales sean parte del proceso democrático y ampliar la jurisdicción, la orientación del proceso más profundo de la realización de la justicia.

**Palabras clave:** Justicia. Democracia. Participación.

## **1. Introdução. Duas formas de encontrar o consenso judicial**

Esta é uma análise da jurisdição constitucional, particularmente relacionada ao controle de constitucionalidade a ser feito pelo STF e por outras Cortes Supremas, a partir de um novo paradigma de juízo desenvolvido pelo pensamento de Habermas. Pelo certo, esta perspectiva não é tarefa fácil a ser implementada, tendo em conta a virada histórica, senão filosófica e sociológica necessária. A base deste fundamento está na obra da filosofia e sociologia alemã do pós-guerra, e principalmente nos estudos de Jürgen Habermas, a partir da Escola de Frankfurt. Com este material jurídico e filosófico é que vamos a partir da obra indicada inserir algumas ideias e exemplos contextualizados.

No Brasil, o professor Rogério Gesta Leal tem se dedicado exaustivamente ao estudo do Estado, enquanto expressão de poder, da Democracia e do Direito (Leal 2006: 17). E como não podia deixar de ser, o Juiz e o STF são igualmente objeto de seus estudos, e têm um papel central nos objetivos do Estado Democrático de Direito, senão que a função jurisdicional do Estado, e a de distribuir e realizar a justiça no caso concreto, assim como na obtenção do chamado consenso jurisdicional. Leal, talvez por ser magistrado, e por isso conhecer o peso da atividade jurisdicional, e toda a carga positiva e negativa que carrega a expressão da atividade mais completa do Estado, do Direito e da Democracia, o anseio da felicidade de todos.

Diante do atual quadro de crise de paradigma do Estado, diagnosticado nos seus mais variados aspectos pelos mais diferentes teóricos, crise institucional, política e jurídica. Transparece no esgotamento do modelo da Democracia Representativa como expressão da República, como organização da sociedade atual, e na ineficiência e na incapacidade da realização da justiça como desejo e objeto principal da atividade estatal. E é desta crise, que vem a proposta substitutiva do paradigma, uma perspectiva de alteração da lógica dirigista para uma lógica

procedimentalista, de ampliação da democracia e participação por dever social da sociedade, na construção desta perspectiva nova, defendida por Leal, calcada na teoria de Jürgen Habermas.<sup>1</sup>

A outra fonte teórica para a formatação do Controle Jurisdicional atualmente, é a Teoria da Argumentação, desenvolvida por Alexy (2005: 217), segundo que a solução se daria por uma justificação da decisão, que poder-se-á distinguir em dois aspectos fundamentais: a justificação interna e a justificação externa. Na justificação interna se verifica a correção, isto é, se esta decisão segue logicamente as premissas que se expõem como fundamentação, enquanto que na justificação externa se faz a correção destas premissas.

## **2. A origem histórica do poder judiciário como elemento central do estado e sua atualidade contemporânea**

Não há verdadeiramente uma unanimidade sobre o fato que demarca o nascimento do Estado e suas funções. De acordo com Marx, o Estado tem uma origem na divisão da sociedade em classes antagônicas, e como resultado da atuação do trabalho:

Aqui, porém, tinha surgido uma sociedade que, em virtude do conjunto das suas condições econômicas, tinha sido obrigada a cindir-se em livres e escravos, em ricos exploradores e pobres explorados, uma sociedade que não só não podia reconciliar essas oposições, mas também tinha de agudizá-las cada vez mais. Numa tal sociedade só podia existir ou numa luta aberta permanente dessas classes uma conta a outra ou então sob a dominação de um terceiro poder que aparentemente situado acima das classes em disputa, reprimitesse esse conflito aberto e só permitisse que a luta de classes se travasse, quando muito, no terreno econômico, de uma forma dita legal. A organização gentílica tinha chegado ao fim da

---

<sup>1</sup> Habermas, Jürgen. Nasceu em Düsseldorf na Alemanha, em 18 de junho de 1929, é um filósofo e sociólogo alemão. Licenciou-se em 1954, com uma tese sobre Schelling (1775-1854), intitulada “O Absoluto e a História. De 1956 a 1959 foi assistente de Theodor Adorno no Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt. No início dos anos 1960, realizou uma pesquisa empírica sobre a participação estudantil na política alemã, intitulada “estudante e Política”.

sua existência. Tinha sido feita saltar pela divisão do trabalho e o seu resultado, a cisão da sociedade em classes. Foi substituída pelo *Estado* (Marx y Engels 1985: 365).

No entanto, uma resposta afirmativa a esta pergunta, não resolveria igualmente as ponderações postas aqui, uma vez que estamos diante da crise mais profunda que a instituição organizativa da sociedade já viveu. O Estado tal como está montado, configurado atualmente, não consegue dar respostas afirmativas aos anseios e reclamos da sociedade, não realiza nem a democracia nem a ditadura, nem consegue mais realizar a justiça, o que revela inclusive a incapacidade de tomar a si a guarida do Direito, como expressão mais simples de realização da paz.

Estamos numa incursão muito breve do Estado, sobre as lições da natureza política da instituição do Poder Judiciário e suas determinantes sociais e históricas, para compreender melhor como surgiu esta expressão do poder no Brasil, e como aconteceu o amadurecimento até a atualidade, inclusive sobre o comportamento corporativo do conjunto dos agentes que atuam internamente no aparelho estatal, a chamada burocracia estatal. O Poder Judiciário, juntamente com os outros poderes, é uma face da expressão da máxima importância no conjunto das relações institucionais, e que envolve um conjunto indistinto de atores e agentes políticos, como Sociedade, Mercado, o Estado e o Direito. Perpassando a noção de poder mais sociológica do que filosófica sobre o tema, citando Max Weber Leal, assevera:

Assim, a expressão Poder significa a possibilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra qualquer resistência, e qualquer que seja o fundamento dessa possibilidade. (Leal, 2007: 17).

E ainda, logo em seguida afirma o autor que:

De sorte que, para que uma tal imposição de vontade possa subsistir, é mister que os homens se submetam á autoridade dos que se impõem em cada caso. Quanto ao fundamento da obediência em face da imposição da vontade, Weber busca organizar uma tipologia das fontes

de legitimidade, a saber, o que ele denomina de motivos de legitimidade de uma dominação, em sua obra, descritos como historicamente três: a) a autoridade do “passado”, do costume consagrado pela validade imemorial e pela atitude habitual de sua observância (chamada de dominação ‘tradicional’), tal como exerceram o patriarca e o príncipe patrimonial de todos os tipos; b) a autoridade do dom da graça pessoal extraordinário (carisma), ou seja, a devoção totalmente pessoal e a confiança pessoal em revelações, heroísmo e outras qualidades de caudilho do indivíduo (dominação ‘carismática’), tal como a exercem o profeta ou —no terreno político— o demagogo e chefe político de um partido; c) finalmente, a dominação em virtude da “legalidade”, ou seja, em virtude da crença na validade de um estatuto legal e da ‘competências’ objetiva fundada em regras acionalmente criadas (disposições de obediência no cumprimento de deveres conforme o estatuto), descrevendo aqui o típico modelo de organização Estatal moderna”. (Leal 2007a: 17)

A partir desta formatação de ideias, é que Leal chega as suas conclusões sobre a perspectiva procedimentalista da gestão da coisa pública, que durante esta análise iremos aprofundar, e de certa forma contrapor a outras alternativas. Logo em seguida, assevera Leal que por tais razões é que, na modernidade, o exercício do poder e da autoridade racional dependem de estruturas administrativo-burocráticas impessoais, hierarquizadas e profissionais. Buscando uma fundamentação racional do surgimento da atual formação estatal, Leal leciona:

Com base nesta perspectiva de Poder racional é que a Idade Moderna gerou um contingente enorme de pautas reflexivas, filosóficas, políticas e pragmáticas de experiências no âmbito da gestão dos interesses públicos e privados, notadamente em termos de modelos governamentais, legislativos e jurisdicionais. Sejam quais forem tais experiências e fórmulas, todas elas estão centradas na premissa da exigência de justificação e fundamentação racionais dos atos e comportamentos administrativos do Estado, e de suas instituições operativas”. (Leal, Op. Cit.: 14).

O que se tem visto, no entanto, é que este Estado por intermédio dos seus tribunais, particularmente pelos Tribunais Constitucionais, não tem

conseguido, ou não tem criado as condições para cumprir estas pautas que lhe são atribuídas. É o que o Professor Bercholz leciona ao afirmar:

La cuestión reviste gran importancia desde una perspectiva politológica que se preocupe por el aporte que, a la gobernabilidad del sistema político democrático, debe realizar uno de los tres poderes en los que se divide la administración estatal. Asimismo un difícil y precario consenso en las decisiones del Tribunal, debilitan la necesaria “doctrina o derecho judicial” que la Corte debe producir y que es esperado por los tribunales inferiores a fin de resolver jurisprudencia contradictoria y/o conflictiva. (Bercholz 2004: 75).

Conforme se pode deprender desta afirmação do professor Bercholz, a busca do consenso jurisdicional está muito mais relacionado aos sistema político em vigor do que as questões de interpretação interna e ao pensamento dos juízes. Caberia aqui fazer menção ao pensamento de Pietro Costa (2010: 204), ao afirmar que após a segunda guerra mundial, voltam ao auge os direitos políticos e tornam-se parte integrante das novas constituições o pluralismo de opinião e de posições políticas, o sufrágio universal, as Câmaras representativas e os partidos políticos.

### **3. As origens do poder judiciário e do estado brasileiro**

Na tentativa de entender a formação do Estado brasileiro, na sua origem história, pode-se sinalar:

Com tal perfil formativo, tanto o Estado como as instituições privadas brasileiras coloniais tinham, a princípio, um compromisso aristocrático e oligárquico, convivendo com sistemas normativos e de administração alienígenas e servientes à coroa - ou ao Poder tradicional e carismático que bem identifica os andares da família real no país” (Leal, Op. Cit.: 15). Isto porque os magistrados partiam de Portugal a fim de ocuparem os postos no Poder Judiciário local, com a finalidade precípua de representar os interesses da Metrópole e na as aspirações locais”. (Ibidem: 17).

Na tentativa de explicar a origem e a formação do atual quadro funcional e técnico burocrático interno do Estado, incluso o Poder Judiciário, tem-se um conjunto de agentes atuantes, e em grande parte com interesses distintos e em disputa, conforme sinala Leal:

Os funcionários públicos que, por sua vez, desempenham suas funções nestas instituições, tendem a reproduzir aquele modelo, mantendo relações de distanciamento e até indiferença para com a Sociedade Civil, quando muito realizando seus misteres comum formalismo de tal forma burocrático que descontextualiza a inserção do serviço prestado às demandas que lhes são afetas, pouco preocupados com questões atinentes a qualidade, utilidade, finidade e eficiência comunitárias das ações públicas levadas a cabo”. (Leal, Op. Cit.: 19).

Com a abordagem acima, o autor chega a uma conclusão prévia, onde afirma seu pensamento da seguinte forma:

Esta crise da administração da justiça, na verdade, toma contornos mais amplos e profundos, uma vez que está em jogo e na arena pública do debate mais politizado do país questões que tocam a identidade e a vocação política do judiciário, em face de um cenário societário de complexas conflitualidades (...)”. Por óbvio que a formação dos magistrados ao longo deste período em muito contribui para a colmatar o seu perfil às matrizes positivistas e formalistas da ciência do Direito”. (Ibidem: 20-21).

Com característica e comportamento próprios, os magistrados brasileiros são chamados a se posicionar diante da sociedade, e acima de sua condição puramente burocrática de decidir pequenas demandas e contendas entre partes, são verdadeiramente empurrados a assumir e tomar decisões que afetam toda a sociedade. São obrigados a assumir posições claras, e em algumas circunstâncias revelar o conteúdo ideológico que trazem de berço.

Diante de tais posicionamentos, a própria magistratura, no Brasil, dá pistas dos delineamentos que tomaram sua formação teórica e ofícios, a saber, partir de deontologia branda e inerte, fundamentada em, no mínimo, três postulados informativos da corporação: (1) o dever de neutralidade



do magistrado, enquanto imparcial aplicador da lei; (2) o dever de produtividade quantitativa, deixando ao largo a qualidade axiológica de suas decisões; (3) o dever de postura/comportamento social adequado à função estatal e soberana que ocupa”. (Leal, Op. Cit.: 22).

Como já dito antes, as contradições que existem na sociedade perpassam também a instituição Estado-juiz, e os interesses particulares são levados para dentro da instituição, e devem ser absorvidos e resolvidos institucionalmente. Diante da dupla face da sociedade, a pública e a privada, com a qual convive toda a sociedade, sobressaem as seguintes questões segundo Leal:

Ao lado da crise de legitimação referida, apresentam-se no mínimo duas outras crises, a de identidade e a de eficácia, correlatas da primeira, eis que, em nível de identidade, estas instituições (públicas e privadas) passam não mais a distinguir quais suas funções originárias e efetivamente públicas, servindo como meros instrumentos de assalto ao poder por interesses e corporações pouco representativas da sociedade como um todo, em nível de eficácia, por terem perdido sua legitimidade e sua identidade, não conseguem —e se quer priorizam— atender as demandas efetivas e operacionais da comunidade que representam oficialmente. (Leal, Op. Cit.: 26-27).

Posta a problemática do atual Estado, acrescenta Leal que há um certo consenso entre sociólogos e politólogos no fato de que as relações sociais, a partir da segunda metade do século XX, são marcadas por graus distintos, mas progressivos de complexidade e tensionalidade, em razão mesmo do processo de transnacionalização radical de mercados e interesses internacionais.

## **4. O poder judiciário e as mudanças de pensamento no Brasil**

### **4.1.**

A jurisdição, isto é, a natureza política do Estado Democrático de Direito na sua feição de poder Judiciário, de quem deve dizer o direito

para a sociedade, igualmente transmuda e sofre influência das mudanças políticas e sociológicas do mercado e da sociedade, senão vejamos: E sobre a pressão de tais cenários, atores políticos, públicos e privados, vêm sofrendo mutações significativas, a ponto mesmo de questionar quais as funções, ações e limites do Mercado, do Estado, das Organizações Sociais”. Entende o professor, que as novas características e obrigações inerentes a função de estado devem botar em cena, uma sociedade muito organizada na sua complexidade, para assumir positivamente a condição de expressão democrática:

A despeito de tais considerações, é certo que é o Estado em suas dimensões institucionais que ainda detém o monopólio formal hegemônico de formatação do plexo normativo regulador de comportamentos e condutas individuais e sociais, até porque esta tem sido a formação constitucional vigente na maior parte do Ocidente”. Em tempos de profundas revisões sobre os desafios do Poder Judiciário, revela-se internacional a preocupação com seus vínculos sociais”. A partir desta consciência, mister é reconhecer que quaisquer transformações ou mudanças nos atuais modelos de gestão do Judiciário existentes implicam um processo que tende a ter resistências *naturais*, razão pela qual devem ser implementados com cuidado, de forma planejada e controlada, por meio de indicadores que apontem o sucesso ou não das atitudes adotadas”. (Leal, Op. Cit.: 31-34).

Em análise as complexas relações e tradições, senão pelos vícios internos do aparelho estatal que foram se firmando durante os tempos leciona Leal:

Ancorado em tal reflexão é que posso sustentar que um governo ou uma sociedade, a partir da Idade Moderna e hodiernamente, está vinculado a um pressuposto que se apresenta como novo em face da Idade Antiga e Média, a saber: a própria ideia de democracia. Para ser democrático, pois, deve-se contar a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem, de um lado, espaço d participação e interlocução com todos os interessados e alcançados

pelas ações governamentais e, de outro lado, o atendimento às demandas públicas da maior parte possível da população” (Ibidem: 37). Ao lado disso, é preciso ter-se em conta que, na tradição da Democracia Liberal brasileira, desde os seus primórdios, sempre se designou como único e verdadeiro padrão de organização institucional da sociedade aquele baseado na liberdade tutelada formalmente pela lei, na igualdade formal, na certeza jurídica, no equilíbrio entre os Poderes do Estado, forjando uma unanimidade sobre a pertinência de atitudes, hábitos e procedimentos, os quais, geralmente, refletiam a reprodução do *status quo* hegemônico e vigente”. (Ibidem: 39).

Aqui parece oportuno transcrever a opinião do Professor Becholc sobre o sistema jurídico e sobre as técnicas de controle de constitucionalidade na Argentina, pois que ao que indica, coincidem com as mesmas características no Brasil:

La CSJN no puede expedirse de oficio sobre cuestiones de constitucionalidad de normas administrativas o legales, se requiere petición expresa de parte a efectos de resolver sobre el tema, por lo que alguna parte involucrada debe tachar de inconstitucional una norma a fin de que la CSJN se expida. Sin embargo la cuestión presenta algunas controversias doctrinarias y recientemente la Corte en el caso “Mill de Pereyra”, de 2001, abrió la posibilidad de la declaración de oficio. (Bercholz 2004: 52).

## **4.2. A justificação da decisão pela argumentação e ponderação - uma questão de interpretação constitucional conforme a constituição**

Para a análise de caso concreto, tomaremos o tratamento dado ao mesmo caso pelos tribunais argentinos e pelos tribunais brasileiros a luz do que os principais personagens envolvidos no julgamento, como o caso do Ministro do STF no Brasil, Luís Carlos Barroso, que é um defensor da argumentação, da ponderação e da argumentação jurídica de Robert Alexy.

### **4.2.1. El caso dele feto anencefálico na Argentina e no Brasil**

#### **4.2.1.1. A jurisprudência da Argentina**

Neste estudo se terá em conta os estudos e investigações realizados por Rabbi-Baldi, ao descrever o fato, suas particularidades e circunstâncias, e seu conseqüente julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça e pela Corte Constitucional, a Corte Suprema de Justiça, da cidade de Buenos Aires conforme segue:

T. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” se requirió “anticipar el parto o interrumpir el embarazo” en razón del “riesgo para la salud física y psíquica” de la madre ante la existencia de un feto anencefálico, esto es, de quien, al carecer de los hemisferios cerebrales, no tiene posibilidades de vida autónoma separado del seno materno más allá, en general, de unas doce horas. Denegada la medida en primera y segunda instancias, el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, por mayoría, hizo lugar al pedido y ordenó “inducir el parto o eventualmente practicar intervención quirúrgica de cesárea”. Apelada la medida, ésta fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia —también por mayoría— al considerar, en lo esencial, que el estado de gestión (octavo mes de embarazo) permitía realizar aquella práctica. En lo que sigue, reproduciré algunos extractos de las diversas intervenciones que resultan de interés al objeto de este tema. (Rabbi-Baldi Cabanillas 2013: 103).

Dos votos dos juízes que decidiram o caso sobrevém com nítida clareza a força argumentativa, e a chamada ponderação de direitos e princípios constitucionais, senão a força própria dos Direito Humanos, na forma como se observa na obra de Alexy e outros adeptos da chamada teoria da argumentação. Aliás, oportuno referir que no caso se estaria diante de um caso especial.

E aqui o próprio Alexy nos responde a questão de como se distingue a argumentação jurídica da argumentação prática geral, que é uma das questões centrais da teoria do discurso jurídico. Aqui se pode estabelecer um ponto: a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente. Segue ainda Alexy, dizendo que a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, que se fundamenta: (1) na referência das discussões jurídicas a questões práticas, isto é, a

questões sobre o que pode ser feito ou omitido, e (2) na discussão dessas questões sob o prisma da pretensão de correção. Assim, trata-se de um caso especial, por que a discussão jurídica (3) se faz sob condições de limitações do tipo mencionado. E por isso menciona-se Alexy, que a tese do caso especial pode por isso ser atacada de três maneiras. Pode-se afirmar que nas discussões jurídicas: (1) não se trata de questões práticas. (2) não se suscita nenhuma pretensão de correção ou (3) suscita-se certamente a pretensão de correção, mas as limitações vigentes na discussão jurídica não podem ser chamadas de “discurso”. (Alexy 2005: 210-211).

Diante do caso posto para julgamento, os juízes são desafiados pelos fatos, pelo direito, pela jurisprudência a encontrar uma solução adequada ao direito, e principalmente adequada ao Direito Constitucional e aos Direitos Humanos incorporados ao Direito interno da Nação Argentina, e também aqueles constantes nos Acordos Internacionais assinados e ratificados pela Nação Argentina. Esta necessidade, fica visível e perceptível, quando em primeira e segunda instância de conhecimento, os juízes que decidiram, tomaram sua decisão diferente do que aquelas decisões tomadas pelas Cortes Superiores.

Neste sentido, Rabbi-Baldi nos contextualiza, trazendo as opiniões e os votos dos diversos juízes que atuaram no caso, e também da promotoria, conforme segue:

El voto del juez de la corte estadual Maier, luego de reconocer que la anencefalia “no significa ausencia completa de toda actividad cerebral, pues si así fuera ni siquiera los movimientos internos que el feto necesita para vivir (por ej. respiración, impulsos cardíacos), existirían, esto es, moriría”, sin embargo, parece hacer suyas las opiniones de diversas autoridades para quienes “la anencefalia representa, entre todas las patologías fetales, un carácter clínico extremo”, por cuanto “la ausencia de los hemisferios cerebrales (...) constituye la representación de lo subhumano por excelencia (...) por faltarles el mínimo de desenvolvimiento biológico exigido para el ingreso a la categoría de humanos, de modo que “la vida que subsiste no es, hablando propiamente, una vida humana,

la vida de un ser humano destinado a llegar a ser (o ya ser) persona humana” (énfasis añadido). (Rabbi-Baldi Cabanillas Op. Cit.: 103-104).

Conforme se observa, o argumento é muito mais social ou sociológico do que jurídico, mais prático do que legal, mais político e humanitário do que filosófico. Na mesma linha será o voto da posição contrária, isto é, do Procurador Geral, e dos juízes de votos de discordância, senão vejamos:

La réplica a esta postura llega, entre otros, por parte del Procurador General de la Nación y por los votos en disidencia de la Corte Suprema del que tomaré, por razón de brevedad, el del juez Nazareno. Así, el primero refiere, entre otros, al Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (art.75, inc. 22 de la Constitución Nacional, texto según la reforma de 1994), en cuanto dispone que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, según la cual “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 2.1; énfasis añadido) (Cap. V de su dictamen, p. 14 y 15).

Nesta linha, deve-se observar, que para o Procurador da Nação, o argumento central que define sua posição diante da causa e do fato posto em julgamento recebe o seguinte argumento em sua defesa:

No es “ociosa” la “reproducción” de esos y otros textos, ya que “en los votos de mayoría [de la corte estadual] se niega la pertinencia de estas citas, ya sea —según afirman— (...) porque no existe “persona” cuyos derechos se deban tutelar —por la ausencia de rasgos humanos en el nasciturus— o, simplemente porque al carecer el niño de viabilidad extrauterina, no se puede considerar que exista vida” (ibíd., p.15). A su juicio, estas consideraciones confrontan la idea defendida por la Corte Suprema en Fallos, 322:2701, según la cual “la consideración primordial del niño (...) orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas

las instancias” (ibíd., p. 16). De ahí, que, a su vez, “esa protección se acentúa conforme es mayor la indefensión de la persona, ya fuere por su minoridad o por no haber nacido aún”, de modo que “en nada afecta a la plena vigencia de sus derechos la alegada inviabilidad del nasciturus, ya que su sola condiciona de niño, sin importar cuál fuere la extensión de su vida extrauterina, lo hace merecedor de esas proyecciones. Ellas deben estar presentes, so pena de incumplirlas, en cada uno de sus breves, y quizá únicos, instantes de vida luego de nacer” (ibíd., p. 17 y 18). (Rabbi-Baldi Cabanillas Op. Cit.: 104-105).

Acrescenta ainda Rabbi-Baldi em sua aula, que: “por su parte, el voto del juez Nazareno se estructura, entre otras consideraciones y en cuanto aquí tiene relevancia, sobre el parámetro científico de la biología, según el cual” “la secuencia del ácido desoxirribonucleico, identificado bajo la conocida abreviatura ADN es el material encargado de almacenar y transmitir la información genérica”, de suerte que “es un hecho científico que la construcción genética de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues el ADN del huevo contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles” (consid. 8, p. 42). (Leal, Op. Cit.: 105).

Agora veja bem, o espaço jurisdicional onde os Juízes das cortes argentinas atuaram, e onde o Promotor atuou, foi um espaço de poucas normas escritas, além de normas genéricas previstas em Tratados Internacionais, cláusulas ou normas muito vagas previstas na Constituição argentina, no entanto, eles tinham a obrigação de encontrar uma solução para o caso, e então, optaram por partir para a busca argumentativa, pela ponderação entre os direitos do nascituro, do princípio da proteção da vida do feto anencefálico e os direitos da integridade física e psicológica da mãe, portanto, dentro do plano geral dos Direitos Humanos.

#### **4.2.1.2. A jurisprudência do Brasil**

No Brasil, a questão da anencefalia veio à tona com o ajuizamento da ADPF/DF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, que foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.

Segundo Bunchaft, a problemática fundamental do debate teórico envolvido na questão da ADPF n. 54 consiste, nas palavras do atual Ministro do STF, Luís Roberto Barroso: “se, ao declarar a não incidência do Código Penal a uma determinada situação, estaria o STF interpretando a Constituição —que é o seu papel— ou criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador”. E conclui o Ministro: “Como se sabe, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação, reconhecendo tratar-se de uma questão de interpretação constitucional e não de criação de direito novo”. Em suma, de acordo com a doutrina, a interpretação conforme a Constituição pode implicar: a) uma delimitação do conteúdo da norma; b) sua não aplicação a um determinado contexto fático; c) a inconstitucionalidade de uma das normas decorrentes do texto, sendo que não há necessidade de uma declaração de inconstitucionalidade da norma, que permanece íntegra em ambas as situações. (Bunchaft 2013: 181-182).

A autoria requereu inicialmente e em sede de liminar, a suspensão da aplicação dos dispositivos penais referentes a punibilidade do aborto nas situações apontadas, contidos no Código Penal, do que lhe foi deferida a liminar. Logo em seguida, por maioria de votos, o plenário do STF julgou procedente o pedido constante na ADPF 54 ajuizada pela CNTS para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é crime tipificado nos artigos 124, 126 e 128, II do Código Penal, vencidos os Ministros César Peluso e Ricardo Lewandowski. Por sua vez, o Ministro relator citou a Resolução 1752/04 do Conselho Federal de Medicina, que consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais. Assim, o direito à vida de um feto inviável não poderia prevalecer sobre a dignidade da pessoa humana, privacidade, saúde e integridade física e psicológica da mãe. (Bunchaft, Op. Cit.: 183).

A questão que interessa bastante aqui no desenvolvimento desta investigação aparece no voto do Ministro Luiz Fux, na seguinte nota:

Há uma tensão entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais. na sua percepção, “a criminalização de condutas, a



imposição de penas e o regime de sua execução devendo realizar os desígnios da Constituição, precisam ser justificados e não poderão ter natureza arbitrária, caprichosa ou desmesurada”. Nesse sentido, deverão observar o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, inclusive e especialmente na vedação do excesso. (Bunshaft, Op. Cit.: 184).

Ainda, neste quadro teórico, e dentro do mesmo voto, o Ministro Luiz Fux asseverou que: “que se deva considerar, que essa ponderação de preceitos se caracteriza como um estado de necessidade justificante, desenvolvido na jurisprudência alemã. Trata-se de estado de necessidade supralegal, a fim de adequar a lei as necessidades sociais.” Dentro deste assunto polêmico, sobreveio no Brasil uma inovação processual, o *Amicus Curiae*, instrumento de participação da sociedade, por suas entidades formalmente organizadas, que participam ou atuam em processos nos quais requeiram participação, e são convocadas. Por isso, este fato merece uma análise ainda que sucinta, é o que segue.

#### **4.2.1.3. A audiência pública jurisdicional no Brasil - o *Amicus Curiae***

Na tentativa de bem localizar este tema, Bolzan de Moraes propõe uma reflexão sobre o que se denominou chamar de *Jurisprudencialização da Constituição*, persistindo na verificação das transformações do Estado contemporâneo e, sobretudo, dando enfoque à atuação jurisdicional em um contexto de constitucionalismo dirigente (J. J. Gomes Canotilho) confrontando com um ambiente de crise(s) e imerso em um processo de judicialização do cotidiano, do que conclui o autor: dá-se assim, seguimento ao debate quanto ao espaço que a jurisdição conquistou no paradigma do Estado Democrático de Direito, particularmente na sua atribuição de garante da Constituição, em especial quanto a busca de realização e concretização das “promessas” constitucionais, compreendendo a Jurisdição Constitucional como um espaço privilegiado de disputa acerca do significado do projeto constitucional. (Bolzan De Moraes 2013: 94).

Dentro deste aspecto, haverá de se considerar o impacto e a função do princípio democrático (participativo) e suas possibilidades na democracia constitucional onde a intervenção jurisdicional tornou-se

um elemento central no campo de disputa em torno da realização dos conteúdos constitucionais. Inserido na ótica da *Jurisprudencialização da Constituição*, está afigurada a Audiência Pública Jurisdicional como espaço deliberativo privilegiado à possibilidade de interação entre o STF e a sociedade, e constituem-se em um fato relevante para o redesenho das formas de atuação da jurisdição.

E dentro deste quadro de abordagem, Bolzan nos dá um retrato vivo e atualizado da audiência pública sobre fetos anencefálicos, e dos contornos processuais e constitucionais envolvidos:

A audiência foi convocada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello e realizada nos dias 26, 28 de agosto e 4 e 16 de setembro de 2008. Proposta em junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), a ADPF 54 pleiteia junto ao Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme a Constituição dos Artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal, para declarar inconstitucional a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencefálico. Com a ação, pretende a confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) possibilitar que, em casos de anencefalia, fosse possível a gestante interromper a gravidez sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer outra forma específica de permissão do Estado, o que garantiria, por consequência, a integridade dos profissionais envolvidos na execução de tais procedimentos. O judiciário vinha praticando entendimento no sentido de possibilitar a interrupção mediante autorização judicial. Entretanto, segundo descrito na pericão inicial, decisões contrárias desequilibram a jurisprudência até então consolidada, ensejando a propositura da ação com pedido de liminar para suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais nos quais fossem aplicados ou pretendessem aplicar os dispositivos do Código Penal rechaçados. (Bolzan De Moraes, Op. Cit.: 109).

Conforme se pode ler nos fundamentos acima, e do que conclui Bolzan, Foi evidente a contribuição da Audiência Pública na fundamentação do voto do relator, principalmente no que coube a conceituação do termo “anencéfalo”.

## 5. O Novo STF –A expressão da justiça como política das maiorias– uma corte constitucional aberta a intervenção da sociedade

Ao se analisar o comportamento e a ideologia do Poder Judiciário brasileiro, em que ao juiz não era dado expressar sua feição ideal, e com isto sempre ficou ancorado ao pensamento político e ideológico de quem governou, Leal tece o seguinte comentário:

Com tal perspectiva eminentemente formalista e neutral, há uma tendência ainda majoritária entre os juristas pátrios de reduzir os deveres do Estado a uma vinculação e controle do ordenamento jurídico vigente, negando o processo legislativo como um foro de enfrentamento ideológico e político, ao mesmo tempo que desconhecem que tanto o Direito como a Lei representam uma forma condensada das relações de força entre os grupos sociais que determinam a sua origem, seu conteúdo e sua lógica de funcionamento”. (Leal, Op. Cit.: 40).

Diante de um aparelho judiciário que não possuía independência do governo, nem se propunha a isso, este se tornou uma instituição com forte caráter homologador de todas as decisões privadas, e refletiu durante os tempos a sua expressão liberal, sem intervenção nos graves problemas sociais e de ordem coletiva, senão vejamos:

Por tais razões é que os direitos civis e políticos das Constituições liberais cumpriram um papel importante ao seu tempo, porém não avançaram como poderiam à direção do social e de suas tensas demandas, matéria que não é objeto aqui enfrentar. Basta referir que a cultura da legalidade extremada que se instaura, limitando as ações do Estado aos termos permissivos do sistema jurídico, tinha tanto a preocupação de regular o Poder, como de ampliar as ações individuais do *homo-faber*, operando como hipótese de que todos os bens e interesses, desde que não violadores de normas jurídicas, eram permitidos e disponíveis”. (Leal, Op. Cit.: 43). Aqui se invoca novamente as lições do professor Bercholz, para dizer que: “Esa dificultad para lograr consenso mínimo, se repotencia si lo

que se pretende es un voto unánime o al menos con la menor cantidad de disidencias posibles, tanto cuantitativa (la menor cantidad de jueces disidentes posible), como cualitativas (sería el posible caso de un solo voto disidente pero con una argumentación muy sustentable, profunda y plausible, desde una perspectiva tanto jurídica como política y social)". (Bercholz 2006: 76).

Advieram os crescentes problemas e a crise do modelo liberal individualista, vigente no Brasil, e com ela as transformações necessárias na atuação do STF:

Ocorre que, a partir da primeira metade do século XX, o processo de exclusão social da marginalização provocado pelo modelo de crescimento econômico dissociado do desenvolvimento social que marca o contemporâneo estágio do capitalismo contribui, definitivamente, à revisão geral da Democracia Representativa e suas instituições (públicas e privadas), inclusive atingindo os Poderes de Estado, haja vista serem eles os depositários da vontade soberana popular". Talvez se possa dizer que, em verdade, é toda uma concepção de Estado que entra em mutação a partir daquele período histórico, caracterizado por seus matrizes mais sociais e compromissados com o restabelecimento de equilíbrios necessários em face das diferenças gritantes e desestabilizadoras de uma ordem mínima de civilidade" (Ibidem, p. 46). Pode-se afirmar que surge um Estado-Juiz mais compromissado com a manutenção da pacificação das relações sociais, o que não implica compromisso com a mudança estrutural das relações de força mantidas nesta sociedade". (Leal, Op. Cit.: 47).

Vieram os tempos das novas constituições, surge o chamado Estado Democrático de Direito, que absorveram os apelos da sociedade para inscrever em seus textos, importantes alterações legislativas e de compreensão da necessidade de suplantar o paradigma anterior:

É possível se verificar, no âmbito do nominado Estado Constitucional, em termos de vinculação normativa às relações sociais, (a) um certo deslocamento da primazia da lei à primazia da Constituição; (b) um deslocamento da reserva da lei à reserva da Constituição; (c)

outro deslocamento do controle jurisdicional da legalidade ao da constitucionalidade”.

Ao lado disto, a ideia de Estado Constitucional amplia significativamente a natureza política e os compromissos comunitários dos Poderes Estatais, pois igualmente vinculados aos objetivos e finalidades da República, compromissados com os valores positivados pela cidadania através do Poder Constituinte originário”. (Leal, Op. Cit.: 49).

Desafio a parte é o entendimento acerca do papel do juiz neste quadrante, se ele deverá assumir importância fiscalizadora da Constituição, como quer o professor Streck (2007), com a chamada força ativa da jurisdição constitucional, ou fortalecer o aspecto democrático do Estado, com papel eminentemente político, para permitir que se fortaleça o poder legislativo, criando e melhorando sua atuação, e ingressando um novo ator na cena, e partindo-se diretamente para uma verdadeira gestão pública sobre as demandas e sobre as definições de todas as questões de Estado. Tão ricas e nobres quanto as que até agora expusemos, são também estas fundamentações, que foram buscadas em outro grande teórico alemão, Hans-Georg Gadamer.<sup>2</sup>

## **6. As alterações na forma de justificar o controle constitucional - argumentação e ponderação, procedimentalismo, e agora substancialismo**

O mundo inteiro passou a absorver as novas formatações do constitucionalismo moderno, e assim pode ser descrito entre nós:

O Brasil hoje possui uma Teoria da Constituição de nível elevado, preocupada com as questões da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade; todavia - e este é o centro do debate que quero propor, não consegue lidar de maneira satisfatória com os problemas políticos, sociais e econômicos inerentes à nova ordem constitucional no país, isto porque as soluções apresentadas situam-se

---

<sup>2</sup> Gadamer, Hans-Georg (11 de Fevereiro de 1900 - 13 de Março de 2002) foi um filósofo alemão reconhecido por sua obra chamada: Verdade e Método (Wahrheit und Methode).

entre o instrumentalismo constitucional e a crença no Poder Judiciário como ‘salvador da República’, ou a adoção de concepções processuais da Constituição, limitada a um instrumento de governo ou a uma carta símbolo da identidade nacional”. (Leal, Op. Cit.: 55).

A partir da segunda metade do pós-guerra principalmente, entram em cena os chamados direitos de terceira geração, as garantias da dignidade da pessoa humana, das coletividades, da proteção do meio ambiente, que mudaram a postura do Estado, senão vejamos:

Se for verdade que a nova —correta e necessária— postura do Estado Democrático de Direito vem ao encontro de medidas urgentes voltadas, às garantias da dignidade da pessoa humana, no sentido de minimizar os efeitos do modelo de crescimento econômico imposto pelo mercado transnacionalizado (sem transformá-lo radicalmente), cumprindo quiçá um papel revolucionário (tal qual o da burguesia do Estado de Direito quando do rito de passagem do medievo à modernidade), da mesma forma que o Estado de Direito burguês, este contemporâneo Estado tem sido cooptado por interesses corporativos dos agentes do mercado, transformando-se em grande gestor de interesses muito mais privados do que públicos, tornando ainda mais avassalador o seu insulamento em face da sociedade Civil”. (Leal, Op. Cit.: 56).

Neste sentido as lições de Comparato (2010: 237), e apesar de ainda muito lento, foi se mudando por influência destas ideias o comportamento dos juízes e do Poder Judiciário como instituição, cada dia se inserindo mais Direitos Humanos na pauta, conforme observa:

Destarte, ao menos em grande parte dos países de modernidade tardia e economia dependente, como o Brasil, é possível visualizar, daquele período em diante, o surgimento de um Judiciário promove doer de medidas sociais compensatórias e mesmo satisfativas para determinadas demandas individuais coletivas, e aqui podemos citar os casos das decisões judiciais envolvendo fornecimento de medicamento, garantia de energia elétrica e água, que se avolumam nos Tribunais de todo o país” (Leal, Op. Cit.: 57). Estas novas realidades que se criam, para alguns juristas, impõem que os juízes descubram, definam, harmonizem e justifiquem o peso concedido aos diferentes interesses e valores

societários, que determinem os princípios constitucionais que subjazem à decisão do caso particular” (Ibidem, p. 58). Tais normas morais, na verdade, vão tomando corpo mais formatado aos moldes das normas jurídicas quando se percebe sua associação histórica direta com antigos preceitos incorporados pelo direito natural, transmutados em direitos da pessoa humana, até os direitos fundamentais constitucionalizados”. (Leal, Op. Cit.: 68).

Com o novo comportamento do Estado-juiz, as antigas bases individuais e liberais oram cedendo espaço ao direito das coletividades, e com isso a Democracia como um dos importantes pilares do Estado Moderno, absorveu estas mudanças, e mais, chamou para si a necessidade de torná-las efetivas por seus agentes internos, senão vejamos:

Estas são as bases a partir das quais se pode falar em Democracia Auto legislada por sujeitos políticos emancipados (cidadãos), o que somente é possível na modernidade em face do estabelecimento de regras jurídicas que garantem as liberdades públicas e o processo de regulação social representativa”. (Leal, Op. Cit.: 69).

De tal maneira, que se pode afirmar que a tese da realização do Controle de Constitucionalidade pelos métodos antigos está definitivamente superado, e que o substancialismo, baseado na teoria de Han-Georg Gadamer, que leva em conta as tradições, a história, uma hermenêutica adequada e de acordo com a Constituição, é uma das fontes seguras a ser seguida. (Streck 2007: 39).

## **7. O advento dos princípios de direito - uma opção a mais**

As mudanças são refletidas na jurisprudência, na doutrina e principalmente na interpretação do direito, dentro de novas perspectivas sistemáticas e de valores, onde os princípios de direito passaram a ocupar o mais alto lugar na normatividade, senão vejamos:

Desta forma, o nexu interno entre o direito objetivo e subjetivo, de um lado, e entre autonomia pública e privada, de outro, só pode ser

explicitado se levarmos a sério tanto a estrutura intersubjetiva dos direitos, como a estrutura comunicativa da autolegislação, e as explicarmos adequadamente” (Ibidem, p. 74).

Salta aos olhos o Princípio da Segurança Jurídica (Ávila 2011: 197). Diante do desafio epistemológico posto, e das necessárias alterações dos caminhos da afirmação do Estado como instituição afirmativa da República, da realização da justiça dentro do perfil princípio lógico e paradigmático e da ampliação da Democracia com a intervenção positiva de novos e efetivos atores da sociedade organizada, é que vai se amalgamar a ideologia mais autorizada, senão, o que nos propusemos a analisar:

Mas qual a medida desta modificação estrutural do Estado Democrático de Direito para os fins de suprir as demandas que lhe ocorrem, mas especialmente em relação à jurisdição? Isto é que Habermas vai nos propor a partir da discussão sobre a justiça e sua legitimação, envolvendo pontualmente o papel da legitimidade da jurisdição constitucional (...)” (Leal, op. Cit.: 76). Aqui está o centro epistemológico das demais assertivas que Habermas vai fazer em relação à Jurisdição Constitucional, isto é, tomando como ponto de partida as diferenciações necessárias que há entre normas deontológicas e normas axiológicas, cujas constituições e razões de justificação e fundamentação se distinguem (conforme visto), bem como suas dimensões pragmáticas no mundo da vida cotidiana”. (Ibidem, p. 81).

A oposição entre garantismo e autoritarismo corresponde, assim, à alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: cognoscitivismo e decisionismo, entre comprovação e valoração, entre prova e inquisição, entre razão e vontade, verdade e potestade”.

Com toda a autoridade de quem estuda o tema, afirma Leal novamente:

Se for verdade que, ao menos em grande parte dos países de modernidade tardia e economicamente dependente, como o Brasil, o surgimento de um Judiciário promovedor de medidas sociais compensatórias e mesmo satisfativas para determinadas demandas individuais e



coletivas revelou-se importante para assegurar o mínimo existencial configurador da dignidade da pessoa humana, é igualmente verossímil que tal comportamento não pode ser tomado como formula substitutiva e mesmo emancipadora dos demais poderes instituídos e de suas funções democráticas —inclusive no plano filosófico do seu significado— eis que precisa ser cotejado no âmbito específico da ideias revisada de Democracia Representativa ainda vigente no sistema político ocidental”.

Na verdade, o que está em jogo é saber dimensionar, neste particular, as diferenças constitutivas das atividade/funções legislativas e judicantes numa ordem democrática e os significados disto em termos de Democracia Representativa”. (Leal, Op. Cit.: 93).

Portanto, a questão da justa hermenêutica no ato da realização do controle de constitucionalidade pelos Juízes singulares, bem como pelo STF fica por contra do equilíbrio encontrado no método da ponderação e na manutenção do máximo dos direitos, ainda que tenham que decidir em favor de um direito e contra outro.

## **Conclusão**

Em conclusão, cada uma das teorias postas acima, enfrenta o tema de como fazer o consenso e a justificativa no Controle de Constitucionalidade a seu modo, tanto que o procedimentalismo segundo Leal, o enfrenta da seguinte maneira:

Há que se estabelecer, então, um juízo de ponderação destes bens, valores e interesses, para se chegar a alguma conclusão sobre as condições e possibilidades de intervenção democrática da Jurisdição Constitucional e infraconstitucional no âmbito das relações sociais. Para tanto, pretendo me valer de critérios constitucionalmente consagradas para a delimitação dos índices de fundamentalidade dos direitos, interesses e competências envolvidas, numa perspectiva de estabelecer entre eles juízos de ponderação deontológicos e axiológicos”. (Leal, Op. Cit.: 95).

Mesmo aqueles que têm o primeiro contato com esta teoria, podem perceber nitidamente, que a pretensão não é senão aprofundar a

democracia, para a partir da ampliação das competências afirmativas, positivas dos atores sociais diretamente interessados nas decisões:

Com base nestas reflexões e razões, penso que se devem revisar os limites da Jurisdição no Estado Democrático de Direito, não para excluir sua dimensão protetiva e concretizadora dos direitos e garantias fundamentais, mas apenas sopesar as instâncias, competências, e formas legitimamente democráticas para viabilizá-la sem o risco demasiado de subtrair da Sociedade Civil oportunidades de manifestação e participação em temas que lhe digam respeito”. (Ibidem, p. 97).

Assim, nos parece que a questão central posta ainda está longe de ser resolvida, e apenas vem se desenvolvendo fortemente na academia, com os estimulantes estudos de Leal, com apenas algumas tentativas práticas em curso, e muito limitadas, como é o caso da cidade de Porto Alegre, que estão apontando a correção do caminho escolhido. Fato é que ainda parece estar distante do momento em que os espaços públicos de participação da sociedade nas questões de interesse público estejam devidamente constituídos e organizados.

Conforme já exposto acima, em sua tentativa de bem localizar este tema, Bolzan de Moraes propõe uma reflexão sobre o que se denominou chamar de *Jurisprudencialização da Constituição*, persistindo na verificação das transformações do Estado contemporâneo e, sobretudo, dando enfoque à atuação jurisdicional em um contexto de constitucionalismo dirigente (J. J. Gomes Canotilho) confrontando com um ambiente de crise(s) e imerso em um processo de judicialização do cotidiano, do que conclui o autor: dá-se assim, seguimento ao debate quanto ao espaço que a jurisdição conquistou no paradigma do Estado Democrático de Direito, particularmente na sua atribuição de garante da Constituição, em especial quanto a busca de realização e concretização das “promessas” constitucionais, compreendendo a Jurisdição Constitucional como um espaço privilegiado de disputa acerca do significado do projeto constitucional. (Bolzan De Moraes 2013: 94).

Enfatiza o autor, dentro deste aspecto, que se deveria considerar o impacto e a função do princípio democrático (participativo) e suas possibilidades

na democracia constitucional onde a intervenção jurisdicional tornou-se um elemento central no campo de disputa em torno da realização dos conteúdos constitucionais. Inserido na ótica da *Jurisprudencialização da Constituição*, está afigurada a Audiência Pública Jurisdicional como espaço deliberativo privilegiado à possibilidade de interação entre o STF e a sociedade, e constituem-se em um fato relevante para o redesenho das formas de atuação da jurisdição. E dentro deste quadro de abordagem, Bolzan nos dá um retrato vivo e atualizado da audiência pública sobre fetos anencefálicos, e dos contornos processuais e constitucionais envolvidos.

De sua vez, Lenio Luiz Streck (2007: 166), fundado na teoria de Hans-Georg Gadamer e do que denomina de hermenêutica filosófica ou substancialismo, afirma seu entendimento por intermédio da Nova Crítica do Direito (Crítica Hermenêutica do Direito), fincada na matriz teórica originária da ontologia, fundamental, e busca através de uma análise fenomenológica, o (des)velamento (Unverborgenheit) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e que somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e a historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento, onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico).

E como não poderia ser diferente, as dificuldades para obter um consenso nas decisões judiciais de Controle de Constitucionalidade, uma justificação definitiva, continua muito grande, e apesar do esforço dos teóricos o problema ainda continua posto sob várias formas e várias soluções, por vezes profundamente contraditórias se apresentam.

Aqui caberia se afirmar um caminho como melhor ou definitivo, no entanto, como o direito, e assim o controle de constitucionalidade não tem este objeto, isto é, podem ser utilizados vários caminhos, para se chegar ao consenso, desde que o resultado seja a justiça.

## Bibliografia Referenciada

- Alexy, Robert. (2005). *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Robert Alexy, traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva, revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira de Cláudia Toledo. 2ª edição. São Paulo: Landy Editores.
- Ávila, Humberto. (2011). *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros.
- Bercholz, Jorge O. (2004). *La Independencia de la Corte Suprema a través del Control de Constitucionalidad: respeto de los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar.
- (2006). *La Corte Suprema en el sistema político*. Jorge O. Bercholz y Sebastian Sanches. 1ª Ed. Buenos Aires: Ediar.
- (2008). *El Estado y La Globalización*. Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar.
- Bolzan De Moraes, José Luis. (2013). “A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa”. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado, Nº 10. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann (organizadores). Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado.
- Bunshaft, Maria Eugenia. (2013). “O Supremo Tribunal Federal e a ADPF n. 54: uma reflexão sobre a legitimidade democrática do Judiciário à luz de Rawls, Habermas e Niño”. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado, Nº 10. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann (organizadores). Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado.
- Comparato, Fábio Konder. (2010). *A Afirmação História dos Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- Costa, Pietro. (2010). *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá.
- Habermas, Jürgen. (2003). *Direito e Democracia, entre a Facticidade e Validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneicher. Volumes I e II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

- Leal, Rogério Gesta. (2006). *Estado Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- (2007a). *O Estado-juiz na Democracia Contemporânea - uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Edição 2007.
- (2007b). *Direitos Sociais & Políticas Públicas, desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Editora Edunisc.
- (2007c). *Manual de Metodologia da Pesquisa para o Direito*. Santa Cruz do Sul: Editora Edunisc.
- (2008). *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: Reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Editora Edunisc.
- Marx, Karl y Engels, Friedrich. (1985). *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Obras Escolhidas. Moscovo: Editorial Progresso.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. (2013). *Teoría del Derecho*. 3a edición, corregida, aumentada y actualizada con el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Decreto 191/2011. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo De Palma.
- Rocha, Leonel Severo y Streck, Lenio Luiz. (2005). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Editora Unisinos.
- Rocha, Leonel Severo; Streck, Lenio; Luiz, Santos; André Leonardo Copetti. (2006). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Editora Unisinos.
- Streck, Lênio Luiz. (2007). *Verdade e Consenso, Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris.