



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
BACHARELADO EM DIREITO

PEDRO GUSTAVO SARNADAS

**O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O
PARADIGMA DE THOMAS KUHN**

Salvador
2018

PEDRO GUSTAVO SARNADAS

**O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O
PARADIGMA DE THOMAS KUHN**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Jr.

Salvador
2018

PEDRO GUSTAVO SARNADAS

**O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O
PARADIGMA DE THOMAS KUHN**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, Faculdade de Direito,
Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Aprovado em _____ de agosto de 2018

Dirley da Cunha Jr. – Orientador _____
Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Universidade Federal da Bahia

André Luiz Batista Neves _____
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia

Iuri Mattos de Carvalho _____
Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Universidade Federal da Bahia

Salvador
2018

A minha mãe pela contribuição incomensurável à minha formação e ao apoio durante a árdua trajetória universitária.

A meu pai e minha família, por todo suporte.

Aos meus amigos, pela companhia inestimável.

Aos colegas, técnicos e professores da Faculdade de Direito da UFBA, sem os quais a minha graduação não seria possível.

(...) Mesmo perdendo muito, há muito à frente,
Ainda que como antes, não movamos
A Terra e o Céu; O que nós somos, somos;
O mesmo heroico peito temperado,
Fraco por tempo e fado, mas forte a
Lutar, buscar, achar, e não ceder.

Alfred Tennyson (2014, s/p)

SARNADAS, Pedro Gustavo. **O Estado Constitucional de Direito e o Paradigma de Thomas Kuhn**. 66 f. 2018. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

É inefável a importância de se respeitar os princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, das liberdades e garantias individuais, da justiça material, da tolerância, bem como outros princípios que são pilares do direito brasileiro contemporâneo. Tais pilares devem constituir e modular a sociedade brasileira, pós constituição de 1988. A ocorrência de uma grave crise no Direito, iniciada na metade do século XX, principalmente em Estados que emergiram de regimes totalitários, alavancou mudanças estruturais nos ordenamentos jurídicos. Tais mudanças passaram a influenciar diversos Estados. Os direitos fundamentais e o Estado Constitucional de Direito remetem a uma radical diferença entre um Código Penal elaborado sob uma perspectiva adstrita ao *status quo* da época (1940) e uma Constituição (1988) exurgida de interesses social e coletivos que tinha por base uma dimensão democrática da sociedade. Este trabalho analisa a relação entre o paradigma de Thomas Kuhn, o Estado Constitucional de Direito, a constitucionalização dos direitos e os direitos fundamentais utilizando como enfoque prático na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. O percurso metodológico fez usos da análise documental e bibliográfica, tendo como esteio pesquisadores, estudiosos e juristas que tratam da constitucionalização dos direitos fundamentais, bem como, questão paradigmática. Defende-se que os direitos fundamentais caracterizam um paradigma no processo de consolidação do Estado Constitucional de Direito. Deste modo é possível concluir que o Estado Constitucional de Direito e os direitos fundamentais são paradigmas da dogmática jurídica hodierna.

Palavras-chave: Paradigma. Estado Constitucional de Direito. Direitos Fundamentais. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54.

SARNADAS, Pedro Gustavo. **The Constitucional State of Rights and the Thomas Kuhn paradigm**. 66 pp. 2018. Term Paper – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The importance of respect for the principles of the democratic state of law, the dignity of the human person, individual freedoms and guarantees, material justice, tolerance, and other principles that are pillars of the contemporary Brazilian rights are inexpressible. These pillars must constitute and modulate the Brazilian society after the constitution of 1988. The occurrence of a serious legal crisis, which began in the mid-twentieth century, especially in states that emerged from totalitarian regimes, led to structural changes in legal systems. These changes began to influence several States. The fundamental rights and the Constitutional State of Rights refer to a radical difference between a Criminal Code elaborated under a perspective attached to the status quo of the time (1940) and a Constitution (1988) emerged of social and collective interests that was based on a democratic dimension of society. This paper analyzes the relationship between the Thomas Kuhn paradigm, the Constitutional State of Rights, the constitutionalisation of rights and fundamental rights using as a practical approach the *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. The methodological course made use of documentary and bibliographical analysis, with researchers, scholars and jurists as their mainstay, dealing with the paradigmatic issue as well as the constitutionalisation of fundamental rights. It is defended that the fundamental rights characterize a paradigm in the process of consolidation of the Constitutional State of Rights. In this way it is possible to conclude that the Constitutional State of Rights and the fundamental rights are paradigms.

Key words: Paradigm. Constitutional State of Rights. Fundamental rights. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* 54.

LISTA DE TABELAS

QUADRO 1.....	13
FIGURA 1.....	24
FIGURA 2.....	52
QUADRO 2.....	63

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN.....	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceitos fundamentais
CNTS	Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde
CP	Código Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CONCEPÇÕES DE PARADIGMA	12
2.1	THOMAS KUHN E A QUESTÃO DO PARADIGMA.....	18
3	ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO, PARADIGMA E DIREITOS FUNDAMENTAIS	24
3.1	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
3.2	EFETIVAÇÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	34
3.3	DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	40
4	DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS: A ADPF 54 E O PARADIGMA	47
4.1	A ADPF 54.....	48
4.2	ADPF 54, REFLEXO DO PARADIGMA?.....	51
	CONCLUSÃO	64
	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

É inefável a importância do respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, das liberdades e garantias individuais, da justiça material, da tolerância, bem como outros princípios que são pilares do Direito brasileiro contemporâneo. Tais pilares devem constituir e modular a sociedade brasileira, pós constituição de 1988.

A ocorrência de uma grave crise no Direito, iniciada na metade do século XX, principalmente em Estados que emergiram de regimes totalitários, alavancou mudanças estruturais nos ordenamentos jurídicos. Tais mudanças passaram a influenciar diversos Estados.

A adesão do Brasil ao que podemos chamar de “Estado Constitucional de Direito” demarca mudanças substanciais na dinâmica do ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais, antes nunca positivados em uma constituição pátria, passam não só a ter título próprio dentro da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), como, também, diversos artigos esparsos que os asseguram ao longo da Lei Maior.

Em um breve levantamento bibliográfico das obras de Ingo Sarlet (2011), Luigi Ferrajoli (2003), Luís Roberto Barroso (2001), J. J. Gomes Canotilho (1993), Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015), Dirley da Cunha Jr. (2012), Marcelo Novelino (2016), Lenio Streck (2009), Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2018), Roberto Lemos dos Santos Filho (2012), dentre outras obras; é possível averiguar a menção à palavra “paradigma” quando relacionada à Constituição Federal de 1988, aos direitos fundamentais ou ao Estado Constitucional de Direito. Tais referências a existência de um paradigma abrem questionamentos ao que seria este paradigma, como ele se deu e quais as suas consequências no Direito Brasileiro hodierno.

Destarte, a questão do paradigma torna-se latente em relação ao Estado Constitucional de Direito e a constitucionalização dos Direitos Fundamentais, uma vez que a sua implementação imputa a ciência do direito a construção de novos lastros epistemológicos. Neste sentido, o pensamento da obra de Lênio Streck (2009, s/p.), em sua contracapa assim expressa:

Sem modificar o nosso modo de compreender o mundo, sem superar a relação sujeito-objeto, sem superar a cultura estandardizada que assola o imaginário dos juristas, é temerário falar no papel transformador do direito e tudo mais que dele decorre.

Portanto, técnica e ciência, a exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) denota a mudança ideológica na perspectiva paradigmática no Direito, possibilitando um amplo campo de investigação quando relacionada, especialmente, ao Estado Constitucional de Direito.

Sem olvidar da positivação dos direitos e suas interconexões com a realidade social, traduzível na vida jurídica, pretende-se desvelar as transformações no direito e sua relação paradigmática para a compreensão da ciência neste campo.

Para corroborar com esta questão, analisar-se-á a influência dos pressupostos kuhnianos para a ciência do direito, reconhecendo que Thomas Kuhn (2017) não se reportou diretamente sobre esta relação, no entanto, é válido destaque a menção que é feita ao direito em sua obra:

O novo paradigma implica uma definição nova e mais rígida do campo de estudos. Aqueles que não desejam ou não são capazes de acomodar seu trabalho a ele têm que proceder isoladamente ou unir-se a algum grupo. Historicamente, tais pessoas têm frequentemente permanecido em departamentos de filosofia, dos quais têm brotado tantas ciências especiais. Como sugere estas indicações, algumas vezes é simplesmente a recepção de um paradigma que transforma numa profissão ou pelo menos numa disciplina um grupo que anteriormente interessava-se pelo estudo da natureza.

(...) Nessa aplicação costumeira, o paradigma funciona ao permitir a reprodução de exemplos, cada um dos quais poderia, em princípio, substituir aquele. Por outro lado, na ciência, um paradigma raramente é suscetível de reprodução. Tal como uma decisão judicial aceita no direito costumeiro, o paradigma é um objeto a ser melhor articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas.

(...) Os paradigmas adquirem seu *status* porque são mais bem-sucedidos que seus competidores na resolução de alguns problemas que um grupo de cientistas reconhece como grave. (KUHN, 2017, pp. 82 – 83)

Diante do exposto, este trabalho analisa quais fatos (ADPF 54) do universo do direito permitem trabalhar a questão do paradigma, tendo como escopo o Estado Constitucional de Direito e os direitos fundamentais.

O problema fulcral deste estudo é: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 pode ser caracterizada como um reflexo do paradigma do Estado Constitucional de Direito e dos direitos fundamentais?

A metodologia adotada caracteriza-se pelos estudos bibliográficos e análises documentais, a partir de autores e juristas referenciados, tendo como núcleo a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso da ADPF 54.

À luz de Thomas Kuhn (2017) e outros autores, no primeiro capítulo discutiu-se as diferentes concepções de paradigma, bem como, as características delineadas pelos autores sobre a referida temática.

No segundo capítulo, buscou-se estudar a constitucionalização dos direitos, sua relação com os direitos fundamentais, bem como, a efetivação e eficácia destes, e, por fim, um breve exame do instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No terceiro e último capítulo foram abordadas as relações entre a ADPF 54 e o paradigma kuhniano, instaurando-se uma correlação entre este fato jurídico e a questão do paradigma, sob a perspectiva dos votos dos ministros do STF na referida arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por fim, na conclusão ponderou-se sobre a questão paradigmática relacionada ao Direito.

2 CONCEPÇÕES DE PARADIGMA

(...) A ciência normal não visa à inovação. Mas a inovação pode emergir da confirmação de teorias já sustentadas. (Hacking, apud KUHN, 2017, p. 21)

A concepção de paradigma é complexa, segundo Guba e Lincoln (1994, pp 105-117) ao se buscar a definição do termo e seu significado nas perspectivas etimológica, epistemológica, axiológica, teleológica, ontológica e metodológica a maioria das pessoas é incapaz de expressar o seu claro sentido. O próprio Thomas Kuhn, um dos principais expoentes a introduzir o conceito de paradigma na consciência coletiva, fez uso de 21 acepções distintas do termo. Portanto, no âmbito da investigação da ciência moderna a concepção de paradigma surge com intuito de discutir um padrão ou *status quo* estabelecido em detrimento a mudanças que este modelo possa vir a sofrer.

Compreender e perquirir os sentidos da terminologia paradigma e seus diferentes usos no decurso da constituição social e histórica ocidental, é necessário, pois os diferentes sentidos abarcam trajetórias que perpassam desde a demarcação

etimológica até a formulação do conceito de paradigma na atualidade, conforme quadro do pesquisador Guba (apud GONZÁLES, 2005, p.28)

Dimensión de la pregunta	Carta de la repuesta		
	Postpositivista	Critico	Construtivista
Ontologia	Realismo crítico, la realidad existe pero no es completamente aprehensible. Solo podemos aproximarnos a la realidad.	Realista crítica	Relativista, la realidad sólo existe en la forma de múltiples construcciones mentales y sociales. La realidad como constructo social.
Epistemologia	Objetivismo débil, la objetividad como ideal regulativo. Sólo podemos aproximarnos a la verdad.	Subjetivista, en el sentido de que los valores son fundamentales para la investigación. Dimensión ideológica	Subjetivista, no hay diferenciación entre sujeto y objeto del conocimiento. Ambos se funden en una sola Entidad epistemológica.
Metodologia	Experimental y manipulativa. Persigue, principalmente, tres ideales que interactúan en la metodología científicista como ideales regulativos además de la objetividad: primacía del método, la verdad y el progreso. El primado del método significa que el investigador busca los contextos donde el método puede ser aplicado, y donde no puede ser aplicado se considera que la investigación no tiene sentido. Método hipotético deductivo (Popper). Metodologías modeladas en la investigación de laboratorio	Dialógica y transformativa. El ideal regulativo de estas metodologías es la emancipación, además de manejar una concepción evolutiva que podemos llamar progreso. Promueve las metodologías participativas. Introduce en la investigación educativa la historia, la axiología y la ética. La producción de conocimiento es la producción de valores.	Hermenéutica y dialéctica, refinamiento hermenéutico y Contrastación dialéctica. Estas metodologías están orientadas por la fidelidad al objeto de estudio, la complementariedad, en el sentido que el investigador complementa la investigación. Y a diferencia de las metodologías científicistas y críticas, carece de ideal de progreso como criterio regulativo. El principal criterio regulativo de la investigación constructivista es la solidaridad.

Quadro 1: autoria de Guba (apud GONZÁLES, 2005, p.28)

Indagações e investigações são fundamentais nesta seara. Pode se pensar em concepção ou concepções de paradigmas no âmbito da produção do conhecimento? As estruturas ou modelos científicos são incontestes ou pode-se pensar em um contínuo de conhecimentos que se transformam à medida em que saberes e valores sociais sofrem revoluções no âmbito político, cultural, econômico, ético e social? Qual ou quais imbricações do paradigma no campo do Direito?

No âmbito acadêmico, principalmente no campo de desenvolvimento das investigações e construções metodológicas (pesquisa acadêmica e similares) se observa o uso reiterado de tal terminologia, que, muitas vezes, apresenta contradições tendo em vista as diversas conceituações defendidas no meio acadêmico-científico (GONZÁLEZ, 2005, p. 15)

Diante do exposto, pretende-se realizar uma breve síntese da evolução do vocábulo paradigma, tendo como destaque os estudos realizados por Thomas Kuhn (2017).

As palavras possuem um acervo lexical imbricado num dinamismo social, histórico e cultural que, segundo Serres (1991), podem sofrer três processos de evolução: a idade do surgimento, a idade da reativação, a idade da recorrência.

La edad de aparición, la edad de reactivación y la edad de recurrencia. La edad de aparición corresponde a la época de nacimiento del concepto, a su génesis en el tiempo histórico; la edad de reactivación, al momento de inserción del concepto dentro de un sistema "que le da un nuevo sentido"; y la edad de recurrencia, a la etapa actual donde se revela "la potencia de fecundidad" del concepto, su valor y su eficacia en el trabajo científico efectivo. "Con respecto de la historia ordinaria, cronológica, es la primera edad la que cuenta; con respecto de la verdad de la sincronía del sistema, es la segunda; y con respecto de la diacronía completa de las matemáticas, es evidentemente la tercera" (SERRES, 1991, p.83)

A idade do surgimento ou aparição está relacionada com a etimologia do vocábulo paradigma

Na perspectiva etimológica, segundo Cunha (2005, p. 579), a palavra paradigma provém do latim tardio *paradigma*, *-atis*, sob o significado de “modelo, padrão, estalão”, que tem sua origem no grego *parádeigma*, *-atos*. Houaiss, Villar e Franco (2009, p. 1429), acrescentam a derivação da palavra grega do verbo *paradeiknumi*, que significa “pôr em relação, em paralelo, mostra”. Em se tratando do sentido semântico vale destacar a seguinte acepção “ Um exemplo que serve como modelo padrão”, na perspectiva filosófica, Platão fez uso da palavra paradigma para mediar a realidade e o campo da ideação, isto é, na versão platônica o paradigma não é um simples modelo, uma cópia simples, um modo padrão, ou uma mostra de algo real, para este filósofo, paradigma deve representar um modelo exemplar, perfeito, digno de ser mimetizado e seguido (GONZÁLEZ, 2005, p.3).

Platão em sua obra Diálogos, no texto “Político”, explicita a sua compreensão sobre paradigma através do diálogo entre Sócrates e o Estrangeiro:

[...] Mostrar-lhes primeiramente os grupos em que interpretaram essas letras corretamente e depois colocá-las frente aos grupos que ainda não conhecem, fazendo-as comparar uns com os outros a fim de ver o que há de igual em ambas estas combinações; até que à força de mostrar-lhes, ao lado dos grupos que as confundem, aqueles que interpretam com exatidão, estes assim mostrados paralelamente se tornam, para elas, paradigmas que as auxiliarão, seja pela letra que for, e em qualquer sílaba, a soletrar diferentemente o que for diverso, e sempre de uma mesma e invariável maneira, o que for idêntico. (PLATÃO, p.375)

González (2005), revela que após o contexto filosófico e linguístico, pode se falar na idade da reativação a medida em que a terminologia paradigma passa a ser utilizada no âmbito sociológico. Neste campo, um paradigma pode ser compreendido como a articulação de momentos lógicos voltados a reflexão, a exemplos de: aparência e essência, sincrônico e diacrônico, qualidade e quantidade, teoria e prática, parte e todo, singular e universal, passado e presente, lógico e histórico, sujeito e objeto, dentre outros momentos lógicos, estes traduzem um processo de evolução social que tem causa e funcionalidade, conexão e sentido bem como contradição.

Este autor compreende o paradigma como codificação da teoria, a reiteração de princípios explicativos, aperfeiçoados ou não, em que se verifica algo de novo: a invenção paradigmática. Portanto, o sentido sociológico de paradigma é utilizado para lastrear a sua teoria sobre os mecanismos de ação social e os princípios organizativos subjacentes as estruturas sociais (GONZÁLEZ, 2005, p.20)

A terceira e última fase denominada de reativação, segundo González, (2005, p.20) trata-se da evolução histórica do termo que tem como marco inicial a década de 1970 tendo como esteio a obra de Thomas Kuhn. Mas para González (2005) destacam-se alguns autores que buscaram interpretar as concepções de paradigma:

1. Alexandre Koyré, Émile Mayerson, Hélène Mitxger, Anneliese Maier: Historia de las ideas científicas.
2. Epistemología Genética (Jean Piaget, quien distinguió las etapas del desarrollo intelectual del niño).
3. Psicología de la Percepción (principalmente los trabajos de los investigadores alemanes Max Wertheimer, Wolfgang Köhler y Kurt Koffka, quienes plantearon que la percepción estaba muy influida por el contexto y la configuración de los elementos percibidos; las partes derivan a menudo su

naturaleza y su sentido global, y no pueden entenderse separadas de éste. Más aún, la mera suma de las partes no equivale al todo). 4. Efectos del lenguaje sobre la visión del mundo (B. L. Whort). 5. Problemas de Filosofía (W. V. O. Quine, conocido por su afirmación de que el modo como el individuo usa el lenguaje determina qué clase de cosas está comprometido a decir que existen. 6. Además de las anteriores, una influencia crucial, aunque no suficientemente reconocida por Kuhn, fue la que recibió del médico judío polaco Ludwik Fleck quien, al padecer los rigores de la crueldad nazista en el Campo de Concentración de Auschwitz, tomó conciencia de que las teorías científicas no son inocentes (Mires, 1996). (GONZÁLEZ, 2005, p.21)

Nesta pesquisa, portanto, a discussão de paradigmas e mudanças de paradigmas devem estar imbricadas com o campo de construção de conhecimento e a composição de ciência ao longo dos marcos históricos e sociais. Refletir sobre a visão de mundo e os valores que perpassam a construção do conhecimento ocidental e de sua cultura é fundante para se compreender os paradigmas no Direito.

Capra (1982, p 49), enquanto físico e historiador, realizou estudos que traduzem os valores e a visão de mundo do ocidente nos séculos XVI e XVIII. Neste período a descrição do mundo e o modo de pensar da humanidade sofrem mudanças drásticas.

Na Idade Média entre 450 a 1400 d.C., a visão de mundo europeu era orgânica. As comunidades eram pequenas e coesas, havia uma forte interdependência dos fenômenos espirituais e materiais: o pensamento centrava-se em duas autoridades: Aristóteles e a Igreja.

Capra (1982) assevera que no século XIII, Tomás de Aquino realizou uma articulação entre o sistema da natureza aristotélico, a teologia e a ética cristã que compuseram uma estrutura conceitual e o modo de pensar que perdurou durante toda a Idade Média. Razão e fé eram as ferramentas que explicavam os acontecimentos pois a teologia tinha o comando do pensamento. O ser humano carecia de autonomia e estava a mercê do pensamento teocêntrico. Textos bíblicos eram considerados fontes de autoridade científica.

Todavia, o poder divino não consegue explicar todos os fenômenos e passa a ser questionado, principalmente, pelos astrônomos e matemáticos do século XVI. Sendo assim, a partir da segunda metade do século XVI, o sistema heliocêntrico é reestabelecido pelo pensamento de Nicolau Copérnico, matemático, bem como Johannes Kepler, astrônomo e matemático, que reformula as tabelas astronômicas das leis empíricas sobre o movimento planetário, corroborando de forma crucial para

o sistema de Copérnico. Tais descobertas questionam o modelo teocêntrico de pensar e abrem caminho para implementação de novos paradigmas na construção da ciência moderna (CAPRA, 1982).

No século XVII, Galileu Galilei, astrônomo e físico, provocou uma nova mudança na forma de pensar a construção do conhecimento científico, pois introduziu as concepções teóricas de indução e dedução no campo da ciência.

Grandes pensadores do século XVII e XVIII influenciaram a concepção de ciência moderna impulsionando a física como a base de todas as ciências, ou seja, surge um novo modelo de ciência e um novo modo de pensar a vida social, cultural, econômica e de produção de conhecimento no mundo ocidental a exemplo de Francis Bacon (indução), Descartes (dedução/racionalismo) e Newton (sistema mecânico/experiência sensível) (CAPRA, 1982, p;63). Tais modificações permitem perceber que o modelo medieval marcado pelo teocentrismo é interpelado por um novo modelo que tem como marcos a racionalidade, a lógica, a objetividade e a empiria, neste contexto, os paradigmas são transformados e novas formas de produção do conhecimento e de compreensão da organização social são instaurados.

Para o pensador e sociólogo francês, Edgar Morin, um paradigma pode ser caracterizado pela “promoção/seleção dos conceitos mestres da inteligibilidade e (...) determinação das operações lógicas-mestras.” (MORIN, 2000, pp. 24-26), para este autor, o paradigma institui relações de dominação que determinam o percurso de todos os discursos e de todas as teorias que estão controladas por este: “organiza a organização deles e gera a geração ou a regeneração.”

Ivan Domingues (2004, pp. 52-53) compreende a questão de paradigma em um modelo que pode ser compreendido da seguinte forma:

Ora, num tal quadro ou estado de coisas, o paradigma aparecerá do lado da teoria e consistirá: 1) seja naquele segmento do real que aloja o princípio das coisas ou o ente tido como a realidade por excelência que, enquanto tal, dá a chave do mundo dos homens e das coisas (é assim que se fala do paradigma cosmológico, do paradigma teológico, do paradigma da natureza ou do mundo máquina, do paradigma da história etc., em que o Cosmo, Deus, a Natureza, a História aparecem respectivamente como princípio unificador e ordenador); 2) seja naquela disciplina que, por ser mais bem fundada e mais bem-sucedida em seu esforço por conhecer o real (portanto mais científica), funciona como arquétipo ou exemplo a ser seguido pelas outras, tidas como mais atrasadas em relação a ela (é assim que se fala do paradigma da cosmologia, da teologia, da geometria, da física, da

biologia, da história, da lingüística etc., sendo o paradigma, no caso, menos o objeto a que se reportam do que a teoria que instalam) [...]

Percebe-se, portanto, que a concepção de paradigma é complexa e nesta investigação optou-se por abordar a concepção moderna de paradigma pautada na obra de Thomas Kuhn (2017), físico e filósofo.

2.1 THOMAS KUHN E A QUESTÃO DO PARADIGMA

Em sua obra “A Estrutura das Revoluções Científicas”, Thomas Kuhn (2017) busca clarear as transformações ocorridas na ciência, como se comportam e como impactam na mutação e assentamento dos paradigmas e, conseqüentemente, na estabilização do pensamento científico. Para tal assertiva, lançou mão de diversos conceitos, a saber: revoluções científicas, incomensurabilidade, paradigma, estrutura, ciência normal, dentre outras. Tais conceitos tinham como arcabouço o percurso de uma revolução e da modificação de um paradigma em meio a uma crise de ideias e acessões, que são originadas de formas diferentes das ideias e acessões antigas, no discurso histórico-social; quando em uso, mesmo em se tratando de uma palavra idêntica em uso seus sentidos e significados podem mudar, portanto, uma mudança de concepção de mundo pode originar uma nova teoria com base em novas ideias, não necessariamente para substituir a ideia antiga, mas para evidenciar modificações no campo da ciência, para Kuhn (2017, p.261), o progresso da ciência não se traduz por uma construção de pensamento linear, por uma reta que revela a verdade, mas sim, por um progresso que passa a se distanciar de concepções e interações que não mais se adequam a um dado contexto, tratam-se de “estruturas”.

No que se refere a terminologia revolução, Thomas Kuhn (2017), bebeu da fonte de diversos autores, dentre os quais Immanuel Kant, em sua obra “Crítica da Razão Pura”, para o qual os eventos revolucionários estavam interconectados a transformação da prática matemática (Babilônia e Egito) em análises construídas a partir de postulados na Grécia Antiga.

Em se tratando ao sentido de paradigma, outro aspecto importante, para além do filosófico, foi a influência do contexto social, dos séculos XVII ao XX, para o deslocamento da palavra revolução do âmbito político (Revolução Francesa, Revolução Russa, Revolução Inglesa) para o saber acadêmico. Tratava-se de um período turbulento, a Europa passava por profundas transformações, o que fez Kuhn

pensar em estruturas e revolução científica, tais ideias estavam em plena circulação, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, segundo Hecking (apud. KUHN, 2017, p.16), tais aspectos tiveram forte influência na produção científica de Thomas Kuhn: “Francis Bacon foi seu profeta, Galileu seu Farol, e Newton seu Sol” (HECKING apud. KUHN, 2017, p.16).

No início do século XIX, matematizaram-se vários campos do conhecimento, fenômenos indiscriminados passaram a adquirir o caráter de paradigma no âmbito científico, instaurava-se o mundo moderno da técnico-ciência, posteriormente novas revoluções científicas aconteceram, a teoria da relatividade geral (1916), formulada por Albert Einstein, a revolução quântica de Max Planck (1926-1927), e o princípio da incerteza de Heisenberg. Registra-se que antes de Kuhn, Karl Raimund Popper já percebia que o paradigma era demarcado por conjecturas e refutações.

Kuhn (2017) ao teorizar sobre as questões das revoluções no campo da ciência avança nas refutações de Karl Raimund Popper, chocando a ciência tida como “normal”, isto é, Kuhn (2017) introduzia uma nova forma de pensar

É bem verdade que ao propor temas como “revoluções científicas” em sua obra, Kuhn (2017) dá substrato para um novo paradigma, consolidado posteriormente, no âmbito científico.

Segundo Kuhn (2017, p.103), “Talvez a característica mais impressionante dos problemas normais da pesquisa que acabamos de examinar seja seu reduzido interesse em produzir grandes novidades, seja no domínio dos conceitos, seja no dos fenômenos.”

Nesta perspectiva Kuhn (2017, p.66) assevera:

(...) regularmente e de maneira apropriada, a invenção de novas teorias evoca a mesma resposta por parte de alguns especialistas que veem sua área de competência infringidas por essas teorias. (...) sua assimilação requer a reconstrução da teoria precedente e a reavaliação dos fatos anteriores. Esse processo intrinsecamente revolucionário raramente é completada por um único homem e nunca de um dia para o outro. (...) teoria e fatos científicos não são categoricamente separáveis, exceto talvez no interior de uma única tradição científica da ciência normal. (KUHN, 2017. pp. 66-67)

Para este autor, a prática científica normal é demarcada por regras, as quais são utilizadas por praticantes de uma especialidade científica, em um determinado momento, propiciando, desta forma, uma rede de compromissos conceituais, teóricos,

metodológicos e instrumentais. Tal rede tem consequências na educação científica, modelando-a diretamente. Contudo, quando debates, questionamentos e problemas são originados em torno de métodos, técnicas e padrões de soluções, no âmbito da pesquisa científica revela-se a possibilidade de estruturas instáveis, pois a apresentação de fenômenos novos (anomalias), insuspeitáveis, são periodicamente descobertos na pesquisa científica, propiciando a instauração de novos paradigmas:

(...) Em ambos os casos a percepção da anomalia – isto é de um fenômeno para o qual o paradigma não prepara o investigador – desempenhou um papel essencial na preparação do caminho que permitiu a percepção da novidade. (...) Em que sentido pode-se então afirmar que a assimilação desta descoberta tornou necessária uma mudança de paradigma? (KUHN, pp.134-135)

Neste âmbito, Kuhn (2017, p. 160), descreveu que a crise e mudança de teoria estão diretamente interligadas, pois trazem consigo anomalias intratáveis que nenhum momento de improvisação poderá ajustá-las à ciência estabelecida. Tomar a decisão de rejeitar um paradigma envolve a análise, a comparação e a deliberação de escolha de um outro paradigma. Tais determinações revelam transformações de paradigmas caracterizadas como “revoluções científicas”, compostas por transições sucessivas de um paradigma a outro, ocasionando o amadurecimento e desenvolvimento da ciência.

Para Kuhn (2017) uma teoria para ser aceita como paradigma deve parecer melhor que suas antecessoras, mais não precisa explicar todos os aspectos com os quais pode ser confrontada:

(...) Os paradigmas adquirem seu *status* porque são mais bem-sucedidos que seus competidores na resolução de alguns problemas que o grupo de cientistas reconhece como graves” (KUHN, 2017, p.88)

Para os cientistas as descobertas normais e seus resultados são importantes porque contribuem para precisar a aplicação e o alcance do paradigma estabelecido.

Ter consciência da anomalia revela a descoberta de outros processos e novos fatos na investigação científica, para Kuhn (2017, p.128) “A descoberta começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal.”

Vale ressaltar, todavia, que nem todas as teorias são teorias paradigmáticas. Durante o processo investigativo, alguns pesquisadores podem vir a desenvolver teorias especulativas e desarticuladas que, ao contrário do que se possa imaginar, podem evidenciar novas descobertas, emergindo, novos tipos de fenômenos científicos. Sobre esta questão Kuhn (2017, p. 140), compreende que estas características incluem: a consciência prévia da anomalia, a emergência gradual e simultânea de um reconhecimento, tanto no plano conceitual quanto no plano da observação, e a conseqüente mudança das categorias e procedimentos paradigmáticos – mudança muitas vezes acompanhada por resistência.

No campo científico, a novidade é sempre tida como elemento que representa dificuldade e resistência, pois a ciência normal, para Kuhn (2017), é um empreendimento não direcionado às novidades e, que, muitas vezes, tende a suprimi-las.

No âmbito científico, o surgimento de novas teorias, normalmente, está precedido por um período de insegurança profissional anunciada, pois acarreta o questionamento em grande escala/abandono de paradigmas, que ocasiona modificações técnicas e alterações nos problemas da ciência normal. “O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras” (KUHN, p. 147)

No âmbito da ciência é muito comum ter-se várias teorias para um mesmo fato, sobre este aspecto Kuhn (2017, p. 158)

Os estudiosos da filosofia da ciência demonstraram repetidamente que mais de uma construção teórica pode ser aplicada a um conjunto de dados determinado, qualquer que seja o caso considerado. A história da ciência indica que sobretudo, nos primeiros estágios de um desenvolvimento de um novo paradigma, não é muito difícil inventar tais alternativas. Mas essa invenção de alternativas é precisamente o que os cientistas raro empreendem. (...) Enquanto os instrumentos proporcionados por um paradigma continuam capazes de resolver os problemas que este define, a ciência move-se com maior rapidez e aprofunda-se ainda mais pro meio da utilização confiante destes instrumentos. A razão é clara. Na manufatura, como na ciência – a produção de novos instrumentos é uma extravagância para as ocasiões que a exigem. O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos

O pensamento de Kuhn delinea que as crises são pré-condição para a emergência de novas teorias, os cientistas, na maioria das vezes, podem até

considerar outras alternativas no seu campo de investigação, mas não renunciam ao paradigma que os levou à crise, ou seja, estes não consideram as anomalias como contraexemplo do paradigma, portanto, após ter atingido o *status* de paradigma, uma teoria científica só será cancelada quando houver uma alternativa disponível para substituí-la.

Os contraexemplos epistemológicos (anomalias) são mais que uma fonte de irritação em menor escala para a ciência, pois permitem emergir novas teorias, todavia, segundo Kuhn (2017, p. 162) “rejeitar um paradigma sem, simultaneamente, substituí-lo por outro é rejeitar à própria ciência”

Para Kuhn (2017), a ciência normal se preocupava somente em desenvolver pesquisas contínuas e que visavam somente esclarecer um número pequeno de enigmas/problemas que se apresentavam sem solução no campo epistemológico moderno. Este autor ao buscar uma imagem que revela-se os enigmas encontrados no campo do conhecimento passa a utilizar a metáfora do “quebra-cabeças” – isto é - os enigmas são vistos como “palavras cruzadas” e “sudoku”, que são formas agradáveis de o pesquisador se manter concentrado, quando este “não está pronto para um trabalho útil” (KUHN, 2017, p. 103).

Em relação a esta perspectiva, Kuhn (2017, p.104) revela:

Mas mesmo se o objetivo da ciência normal não consiste em descobrir novidades substantivas de importância capital – e se o fracasso em aproximar-se do resultado antecipado, é geralmente considerado como um fracasso pessoal do cientista – então por que dedicar tanto trabalho a estes problemas? (...) Pelo menos para os cientistas, os resultados obtidos pela pesquisa normal são significativos porque contribuem para aumentar o alcance e a precisão com os quais o paradigma pode ser aplicado.

Tal forma de pensar, ocasionou no meio científico polêmica e indignação, todavia muitos cientistas atuantes reconheceram que este aspecto ocorre em boa parte do trabalho durante a pesquisa. Os problemas de pesquisa, comumente, não têm como foco produzir efetivas novidades, conforme explicita Kuhn (2017).

A devoção que os cientistas depreendem na resolução de problemas na pesquisa normal, geralmente, é para alcançar um resultado antecipado de uma nova maneira. “Isso requer a solução de todo o tipo de complexos quebra-cabeças instrumentais, conceituais e matemáticos. O indivíduo que é bem-sucedido nesta tarefa prova que é um perito na resolução de quebra-cabeças” (KUHN, 2017, p.105).

As terminologias “quebra-cabeças” e “solucionador de quebra-cabeças” empreenderam no pensamento de Kuhn (2017, pp. 103-113) a descrição de três tipos de problemas:

I Determinação de fatos significantes: certos fenômenos ou certas quantidades de conceitos, no âmbito da teoria são descritos inadequadamente. A teoria passa a informar de modo qualitativo o que se espera dela. Mensurar e criar outros procedimentos instrumentais e técnicos irão determinar com mais precisão o fenômeno.

II Pareamento de fatos com a teoria: divergências entre observações e a teoria podem ocorrer, é necessário pôr em ordem a teoria, ou provar que os dados experimentais são incongruentes.

III A articulação da teoria: muitas vezes, é fundante desvelar o que está implícito na teoria, mediante análises cálculos e experimentos.

Nesta perspectiva, Kuhn (2017) defendia que a ciência normal não visava a inovação, mas que a inovação poderia emergir da confirmação de teorias articuladas e já fundamentadas.

A existência dessa sólida rede de compromissos ou adesões – conceituais, teóricas, metodológicas e instrumentais – é fonte principal da metáfora que relaciona ciência normal à resolução de quebra-cabeças. (KUHN, 2017, p.112)

Em sua saga para compreender a questão paradigmática e seus desdobramentos no campo da ciência, Thomas Kuhn (2017, pp. 221-230) desenvolvem uma analogia a partir do termo alemão *weltanschauung*, para tratar da questão de concepção do mundo e mudanças sociais, ou seja, ao ocorrer um deslocamento de paradigma, uma revolução de conhecimento, pesquisas e ideias estarão diretamente implicadas à mudanças de concepções de mundo, quando ocorre uma revolução científica, os pesquisadores passam a trabalhar em um mundo distinto.

Uma outra questão apontada pelo estudioso, no campo de percepção da questão do paradigma, trata-se da chamada “incomensurabilidade”, a qual tem como uma de suas prerrogativas analisar em que proporção teorias científicas em cadeia, nos seus períodos “pré” e “pós-revolução” podem ser comparadas. Evidenciava-se,

neste estado comparativo, a identidade da teoria e o surgimento de conceitos diante de novos fenômenos.

No intercurso das transformações científicas, Thomas Kuhn (2017) discorre sobre a questão das revoluções e o progresso. Pode-se inferir que o avanço científico está diretamente interligado ao fenômeno do progresso. Para este filósofo, a ciência normal é cumulativa e por meio de uma revolução, provoca-se a sua descontinuidade:

Um balanço das revoluções científicas revela a existência tanto de perdas quanto de ganhos e os cientistas tendem a ser particularmente cegos para as primeiras. Por outro lado, nenhuma explicação do progresso gerado por revoluções pode ser interrompida neste ponto. Isso seria subentender que nas ciências o poder cria o direito, formulação que não seria inteiramente equivocada se não suprimisse a natureza do progresso e da autoridade por meio dos quais se escolhe entre paradigmas. (KUHN, 2017, p. 270)

A relação entre “ciência normal”, “anomalia”, “crise” e “revolução científica” pode ser compreendida como uma relação intercambiante



Figura 1: Elaborada pelo próprio autor.

Desta forma, o esforço da ciência normal deve estar voltado à aproximação dos fatos às teorias. Quando a ciência normal, diante de um problema, não consegue alcançar uma solução para o mesmo, o fracasso não é imputado à teoria, mas sim ao cientista. Neste contexto, delimitar experimentos, metodologias e técnicas diante das mudanças é fundamental para se compreender a perspectiva paradigmática.

3 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO, PARADIGMA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

(...) Tal como uma decisão judicial aceita no direito costumeiro, o paradigma é um objeto a ser melhor articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas. (KUHN, 2017, p.88)

A aproximação com os principais conceitos e estudos referentes à questão do paradigma no campo do conhecimento científico conduz à defesa de que o processo histórico referente a implementação do Estado Constitucional de Direito no Brasil pode ser interpretado como um paradigma que culminou no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais.

Na perspectiva do mundo ocidental, essa compreensão de paradigma tem como lastro o percurso histórico e as transformações sociais. Os ideais iluministas do final do século XVIII, impunham limitação ao poder e ocasionaram no mundo europeu um novo pensamento constitucional, que reconhecia a preeminência axiológica e material da constituição instaurando o constitucionalismo moderno.

O constitucionalismo está fundado na constituição moderna que tinha em seu bojo conteúdo normativo e força expansiva, a qual imprimiu uma nova forma de validade e compreensão de todo Direito, ao estabelecer deveres de atuação no âmbito político (CUNHA JÚNIOR, 2012, p.34)

Neste período, segundo Cunha Júnior (2012, p. 34), pode-se inferir que houve a instauração de um novo paradigma jurídico, o “Estado Constitucional do Direito”, que passou a ser denominado de neoconstitucionalismo.

Para Cunha (2012), tal paradigma surge a partir do fracasso do chamado Estado Legislativo de Direito, a exemplo do ocorrido no Estado Alemão que impulsionado pelo Nazismo entre 1939 e 1945, cuja prática genocida efetivada pelo governo nacional socialista alemão exterminou milhões de vidas judaicas. Neste ponto, podemos apontar a transição da crise de um modelo de ordenação jurídica

(Estado Legislativo) para o que viria a ser o novo paradigma/ ciência normal (Estado Constitucional de Direito). A passagem abaixo elucida o ocorrido:

A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido por meio de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo. (KUHN, 2017, p. 269)

Neste contexto, a norma jurídica exercia o seu poder não por ser justa, mas por ser essencialmente exercida por uma “autoridade dotada de competência normativa” (FERRAJOLI, 2003, p. 16).

O neoconstitucionalismo nada mais é do que o constitucionalismo contemporâneo, que representa uma forte reação no campo do direito às barbáries praticadas pelo Estado, ao longo do Século XX, a exemplo do ocorrido na Segunda Guerra Mundial.

O constitucionalismo contemporâneo realiza um conjunto de transformações responsável pela caracterização de um novo direito constitucional, de uma nova teoria jurídica que tem como fundamento primordial a dignidade da pessoa humana. Portanto, o constitucionalismo contemporâneo passa a ser compreendido como

(...) uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa. (CUNHA JÚNIOR, 2012, p.39)

Nesta perspectiva paradigmática, entrelaçou-se a questão dos direitos fundamentais, que sofreu inúmeras modificações à nível de nomenclatura, conteúdo, efetivação e eficácia.

Uma das questões que perpassa a conceituação e/ou nomenclatura da terminologia “direitos fundamentais”, é o uso de inúmeras expressões tanto na doutrina quanto no direito positivo (internacional e constitucional) para se referir a

estes direitos. Denominações como: “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, dentre outras, demonstram a heterogeneidade do termo. Tais ambiguidades, como enfatiza Sarlet (2011, p. 27), podem ser evidenciadas na Constituição Brasileira de 1988:

A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos, art. 4º, inciso II; b) direitos e garantias fundamentais, epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1; c) direitos e liberdades constitucionais, art. 5º, inciso LXXI e d) direitos e garantias individuais, art. 60, § 4, inciso IV.

Sarlet (2011, p. 29) explica que a terminologia “direitos fundamentais” é utilizada para aqueles direitos reconhecidos e positivados “na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”; já a expressão direitos humanos está relacionada aos documentos de direito internacional que se referem ao posicionamento normativo “que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos...”.

Para Pérez Luño (2005, p. 55), a distinção da acepção “diretos fundamentais” é caracterizada por sua concreção positiva, já que a denominação “direitos humanos” possui uma conceituação mais imprecisa e ampla. Para este autor, os “direitos fundamentais” são “o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado”.

Com relação a tais divergências terminológicas, Sarlet (2011, p. 32) assevera:

(...) considerando que há mesmo vários critérios que permitem diferenciar validamente direitos humanos de direitos fundamentais (...) os direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista (jusracionalista) dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista. Neste sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema do direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pelas incorporações às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional.

A partir da ambiguidade em evidência, é mister compreender que do mundo antigo (religião e filosofia) apresentou-se influências diretas à concepção jusnaturalista de que o ser humano é titular de direitos inalienáveis e naturais, podendo-se dizer que princípios, tais como, dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, dentre outros, têm seu cerne na filosofia clássica (greco-romana) e no pensamento judaico-cristão.

Diante das transformações concernentes aos direitos fundamentais, estes passam a ser identificados como parte integrante do bem comum da humanidade, sendo gradativamente consolidados na seara dos direitos constitucional e internacional. É raro um Estado, na contemporaneidade, que não tenha pactuado internacionalmente alguma ação em torno dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais em suas constituições.

Vale ressaltar que apesar dos esforços da positivação dos direitos fundamentais e sua evolução no que concerne ao conteúdo, evidencia-se ainda no século XXI, que pese todo o avanço tecnológico e científico, os grandes desafios e problemáticas que a matéria provoca na prática jurídica.

A estratificação social fundamentada em um socavão de diferenças econômicas entre pobres e ricos dificulta a eficácia e a efetivação dos direitos fundamentais. As violações dos tratados e mecanismos de proteção aos direitos fundamentais, é constante.

Segundo Siqueira, Teixeira e Miguel (2008), a Conferência de Viena já, em 1993, relatava que mais da metade da população do mundo encontrava-se privada de seus direitos fundamentais.

Vale a pena enfatizar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), proclamada em 1948, em que se destaque os avanços pertinentes, ainda necessita de um forte empenho de muitos Estados para que possa realmente atingir todos os grupos humanos.

Trata-se de uma contínua marcha da humanidade no que tange à consolidação dos estados democráticos, os quais estão diretamente entrelaçados aos direitos fundamentais:

Neste prisma, os direitos humanos, à proporção em que se fazem reconhecidos, objetiva e positivamente, passa a robustecer o cimento indisponível do próprio Estado, o qual somente experimenta real sentido e autêntica legitimidade quando apto a viabilizar, mormente

em situações-limite, a concretização ampliada da dignidade da pessoa. Com efeito, existe imbricação intensa entre o princípio da legitimidade e o resguardo jurídico da pessoa em sua essência, porque, está claro, os princípios fundamentais constituem-se mutuamente e jamais devem se eliminar. (FREITAS apud SARLET, 2011, p. 2)

Defender o fortalecimento dos direitos fundamentais, sua eficácia e efetividade nos estados democráticos é alcançar um estágio superior da prática jurídica no que se refere à aplicação de um dos mais nobres direitos da humanidade.

3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Deste modo, faz-se mister evidenciar o fenômeno da constitucionalização do direito, o qual possui o seu florescimento fortemente relacionado à reação aos regimes nazistas e fascistas da Europa. Era patente que de algum modo os legisladores munissem e protegessem os cidadãos com mecanismos que evitassem a repetição das violações aos direitos humanos.

Destarte, foi em países que sofreram com fortes governos autoritários e totalitaristas como Alemanha e Itália e, posteriormente, Espanha, Portugal e Brasil, que este paradigma passa a ser materializado. Neste contexto, foi necessário que a Constituição excedesse para influir de uma forma peculiar ao que ocorria no passado no sistema e na segurança jurídica, de modo a impingir uma nova ordem. É nestas circunstâncias que se nota a ocorrência de um período pré-paradigmático que iniciou o processo de questionamento da ciência normal e de avanço dos direitos fundamentais, tendo em vista que tal período “(...) é regularmente marcado por debates frequentes e profundos a respeito de métodos, problemas e padrões de solução legítimos” (KUHN, 2017, p.121)

A história da constitucionalização do direito, corrobora com o exposto, pois segundo Luís Roberto Barroso (2005), este fenômeno teve início na Alemanha pós Segunda Guerra Mundial com a instituição naquele país da Lei Fundamental de 1949 (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) que estabeleceu os direitos fundamentais do cidadão alemão, pautados na dimensão subjetiva de proteção de situações individuais e na instituição de uma ordem subjetiva de valores. Esta valoração do conteúdo da Lei Fundamental permitiu, posteriormente, que o Tribunal Constitucional Alemão desenvolvesse a impregnação do direito alemão com os

princípios constitucionais e a adequação ou extinção de legislação que colidisse com os direitos fundamentais pregados na carta.

A seguinte citação de Luís Roberto Barroso exemplifica o ocorrido na Alemanha do período:

(...) para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação ^[38]. De parte disso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homossexuais (homoafetivas) ^[39] e direito dos contratos ^[40]. (BARROSO, 2005, p.16)

Concomitante a experiência alemã, há a constitucionalização do direito italiano e, posteriormente, a do direito francês, espanhol e português que como o direito alemão criaram cortes constitucionais que tinham com escopo fazer prevalecer suas constituições e os princípios e direitos fundamentais nela descritos.

Portanto, é evidente, no constitucionalismo contemporâneo, a importância do respeito aos princípios do estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana, das liberdades e garantias individuais, da justiça material, da tolerância, bem como outros princípios que são pilares da sociedade e do direito hodierno. Tais pilares passaram a constituir e modular também a sociedade brasileira pós constituição de 1988.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 passa a representar um novo paradigma e demarca modificações estruturais e fundamentais na dinâmica do Direito Brasileiro, aglutina o anseio da população, de classes sindicais, de movimentos sociais, do setor político, dentre outros segmentos e, conseqüentemente, demarca e expressa transformações contundentes na sociedade brasileira e no ordenamento jurídico.

Nesta senda, os direitos fundamentais passam a ser caracterizados como paradigma, pois são intitulados de direitos inerentes a cada ser humano em virtude, de sua humanidade, por mais tautológico que se possa parecer.

Há uma visível associação entre estes e o chamado “Estado Constitucional de Direitos”, que passa a ser a ciência normal.

Os direitos fundamentais transcendem a ciência moderna do direito no que diz respeito à dogmática jurídica, que tinha sua tradição demarcada no direito individual, apresentando limites técnicos, e dificuldades na apreensão dos direitos fundamentais.

Na perspectiva histórica, no âmbito da doutrina moderna (séculos XVII – XIX), instaura-se o paradigma dos direitos do homem, posteriormente (nos séculos XIX – XXI), um outro paradigma se instaura, o dos direitos humanos/direitos fundamentais, caracterizando, desta forma, a doutrina contemporânea.

Diante do exposto, que característica diferenciadora pode-se evidenciar na doutrina contemporânea em relação a dogmática jurídica? A resposta a esta indagação está no senso de comunidade, ou seja, o fundamento da realização dos direitos fundamentais é garantir a dignidade da pessoa humana.

Se os direitos fundamentais são direitos subjetivos estes podem e devem ser pensados como direitos passíveis da tutela judicial, o direito humano à saúde, é compreendido como um direito inerente a cada indivíduo, essa abordagem da dogmática contemporânea propaga transformações que podem ser constatadas também no Direito Brasileiro.

Em função deste novo paradigma no Direito Brasileiro, evidenciou-se a necessidade de transformações fundamentais no meio jurídico nacional. A Carta Magna, por ser de caráter assaz analítico (CUNHA JÚNIOR, 2012), trouxe no seu interior uma vasta gama de dispositivos que comumente se desdobrariam por meio do ordenamento infraconstitucional.

Esta especificidade da Constituição Pátria, tende a causar certo estranhamento ou até mesmo confusão quando se aproxima do fenômeno da constitucionalização do direito. Portanto, deve-se ter em mente que quando se interpela tal fenômeno, não se está referindo àquela presença de normas comumente encontradas no ordenamento ordinário e que pelo caráter dirigente da constituição brasileira, estão nela presentes e, sim, faz-se referência à irradiação de seu conteúdo para os diversos ramos do direito, por conseguinte, há a presença da constituição, de seus fundamentos e de seus princípios no direito civil, eleitoral, penal, administrativo e em diversos outros campos do direito (BARROSO, 2005).

A constitucionalização é explicitada por Dirley Cunha Júnior (2012) como um sintoma do paradigma:

Assim, com a implantação do Estado Constitucional de Direito opera-se a subordinação da própria legalidade à Constituição, de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas dependem não só da forma de sua produção como também da compatibilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais. Para Ferrajoli, a validade das leis, que no paradigma do Estado Legislativo de Direito estava dissociada da justiça, se dissocia agora da validez, sendo possível que uma lei formalmente válida seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com os valores prestigiados pela Constituição. Isso porque, conclui o autor italiano, no paradigma do Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina a forma de produção legislativa como também impõe proibições e obrigações de conteúdo, correlativas umas aos direitos de liberdade e outras aos direitos sociais, cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de constatar para que sejam eliminadas ou corrigidas. (CUNHA JR., 2012, pp. 39 – 40)

O fenômeno da constitucionalização do Direito Brasileiro, passa a ser um campo no qual proliferam-se conflitos legais, morais e sociais que por diversas vezes avançam ao poder judiciário, e mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal, que detém, dentre outras funções, a de tribunal constitucional (DALLARI, 2001). Grandes temas de vital importância social referentes aos direitos fundamentais e outros princípios constitucionais foram debatidos e arguidos nesta corte ao longo das últimas décadas.

Trata-se de uma série de debates, discussões, estudos, pesquisas no meio acadêmico sobre direitos fundamentais e a sua efetivação jurídica. Teoria e prática se entrelaçam para impelir ao judiciário novos posicionamentos.

Exemplo emblemático da constitucionalização dos direitos fundamentais e do aludido empuxo ao judiciário trata-se do célebre Caso Lüth (BVerfGE 7, 198-230 apud GUEDES, 2014). No ano de 1958, na Alemanha pós-nazismo, inicia-se um litígio entre o produtor de cinema, denominado Veit Harlan e o presidente do clube de jornalismo de Hamburgo de ideários liberais Erich Ernest Lüth.

Em 1950, Veit Harlan produz o filme *Unsterbliche Gelibte*¹, de caráter romântico e Erich Lüth passa a promover uma campanha contra o filme, por conta do histórico de Veit Harlan. que no período nazista reproduzira em seus filmes ideais nazistas e

¹ Amada Imortal. (GUEDES, 2014, s/p)

antisemitas, a exemplo do filme *Jud Süß*² (1941), tal filme fora divulgado como propaganda Nazista durante o Terceiro *Reich*.

Segundo Néviton Guedes (2014), Lüth, após ser condenado por contrariar a moral e os costumes, pelas instâncias inferiores com base no parágrafo 826, do Código Civil Alemão (BGB) – aqui podemos apontar a anomalia na dogmática jurídica alemã em razão do conflito entre o código e os direitos fundamentais - é condenado a não mais realizar manifestações de boicote ao filme de Veit Harlan, podendo pagar multa ou ser preso. Insatisfeito com a decisão, Erich Lüth recorre ao Tribunal Constitucional alemão e, em 1958, o 1º Senado do Tribunal profere sentença contra a decisão do Tribunal Estadual:

(...) O Tribunal Constitucional Federal chegou, pelo exposto, à convicção de que o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nesta falha de aferição e uso dos critérios próprios do direito fundamental e, destarte, viola o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I 1 GG. Portanto, deve ser revogada. (SCHWAB, 2006, s/p. apud MARMELSTEIN, 2008)

Para Martins (1998), a tese vigente no direito constitucional alemão “que liga o dever estatal de tutela baseado nos direitos fundamentais à eficácia horizontal direta parte do princípio que o Estado seria obrigado a proteger a dignidade da pessoa humana – da qual os direitos fundamentais seriam desdobramentos, razão pela qual teria o Estado de proteger e observar cada direito fundamental (MARTINS, 1998, p. 83). Os direitos fundamentais, portanto, exprimem uma ordem axiológica, não mais contida no aspecto subjetivo em relação ao indivíduo opor-se em face do Estado, mas igualmente numa dimensão objetiva de validade em relação às relações privadas interpessoais. A ponderação de direitos fundamentais nas relações privadas, vem sendo objeto de análise em feitos onde há o aparente conflito, como se vê adiante.

A decisão proferida pela Justiça Alemã fundamentou-se na questão objetiva dos direitos fundamentais, que conforme enfatiza Daniel Sarmiento (2004), provocou estudos e discussões na dogmática jurídica e na jurisprudência alemã, originando dois conceitos primordiais: eficácia irradiante dos direitos fundamentais e teoria dos deveres de proteção:

² O Judeu Süß. (GUEDES, 2014, s/p)

(...) significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário (SARMENTO, 2004, p. 155).

(...) O Estado não deve apenas abster-se de violar tais direitos (fundamentais), tendo também de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros. Este dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana (Idem Ibid, p. 160-161)

O caso Lüth transformou de forma significativa às relações jurídicas dos Estados Constitucionais e influenciou o Direito Brasileiro e a dogmática jurídica definindo novas formas para a interpretação constitucional e dos direitos fundamentais e, por conseguinte, sua infiltração na legislação infraconstitucional

Como a concepção de paradigma defendida neste trabalho tem como esteio as ideias de Thomas Kuhn (2017), é mister delinear o processo histórico e as transformações no ordenamento jurídico propiciadas pela presença na Constituição dos Direitos Fundamentais.

3.2 EFETIVAÇÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUDAMENTAIS

Em 5 de outubro de 1988, o Brasil passaria por uma mudança singular, a promulgação de sua sétima Lei Maior, a Constituição da República Federativa do Brasil. Esta Carta Magna modificou de forma drástica a conjuntura nacional ao fazer a transição do país de uma Ditadura Militar para um Estado Democrático, em que prevaleceriam os princípios do Estado Constitucional de Direito, entre os quais, o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional, que adquiriram uma relevância nunca antes concedida na história do constitucionalismo vernáculo (SARLET, 2011, p. 63).

A imbricação entre constituição, direitos fundamentais e estado de direito caracteriza um ato normativo prescrito ao poder estatal, que instaura uma relação paradigmática oriunda da matriz liberal burguesa – limitação jurídica do poder estatal, garantia dos direitos fundamentais e do princípio da tripartição dos poderes.

Os direitos fundamentais assumem um papel nuclear da constituição material que, muitas vezes, caracterizam um Estado ideal. O resguardo da liberdade passa a ser uma proteção juridicamente programada e controlada pelo Direito.

Para Canotilho (1999, pp. 113 - 115) o poder constituinte e a própria Constituição tornam-se uma autêntica “reserva de justiça”, em medida de legitimidade simultânea ao aspecto material e formal do ordenamento jurídico estatal: “O fundamento de validade da constituição (= legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção por parte da colectividade, da sua bondade intrínseca”.

Com seu conteúdo axiológico, os direitos fundamentais, compõe, ao lado da normativa estruturante e organizacional da Constituição, um núcleo substancial do Estado Constitucional de Direito.

Nesta seara, a doutrina reconhece que existe uma relação de interdependência e reciprocidade entre os direitos fundamentais e a efetivação do Estado constitucional democrático.

Para Cunha Jr. (2012, p.634), a efetivação das disposições dos direitos fundamentais exigia uma formulação jurídica positiva que reconhecesse nestes direitos sua face superlativa de importância, isto é, caberia a Constituição, que passou a subjeter os direitos fundamentais, trata-los por meio de normas e princípios, fundamentalizando-os com o intuito de assegurar sua efetivação.

Não se deve olvidar da característica contramajoritária dos direitos fundamentais (SARLET, 2011, p. 61), tendo em vista o permanente conflito entre as forças políticas e civis.

A Lei Maior de 1988 tem um caráter plural e compromissário, pois concilia reivindicações e posicionamentos conflitantes: direitos clássicos versus direitos sociais contemporâneos, embora, a CRFB/88 estabeleça programas, fins, diretrizes e imposições legiferantes, não há como não perceber sua dimensão diretiva e programática no que concerne aos direitos fundamentais:

A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência. Apenas para exemplificar, o art. 5º possui 78 incisos, sendo que do que o art. 7º consagra, em seus 34 incisos, um amplo rol de direitos sociais dos trabalhadores. (SARLET, 2011, p. 67)

Para Sarlet (2011, p. 74), a Constituição de 1988, no âmbito formal e material dos direitos fundamentais, apresenta um fundamento normativo-formal, isto é, os direitos fundamentais:

- I. passam a ser parte integrante da Constituição escrita – localizam-se no topo de todo o ordenamento jurídico (direitos de natureza supralegal);
- II. obedecem aos limites formais (procedimento agravado);
- III. estão submetidos aos limites materiais para reforma constitucional (cláusulas pétreas);
- IV. apresentam aspectos e normas diretamente aplicáveis à entes privados e públicos.

Com relação a titularidade universal dos direitos fundamentais, é necessário verificar aspectos formais do direito, que prescindem da natureza dos interesses e da precisão das pessoas tuteladas, no que se refere aos direitos subjetivos inerentes a todos os seres humanos em contraponto às decisões sobre a estrutura do Estado e da sociedade

No que diz respeito a fundamentabilidade de determinados direitos tácitos em relação a outros, é relevante destacar que, no pensamento jurídico-constitucional:

(...) determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado em si mesmo (por mais importante que o seja), mas pela relevância a daquele bem jurídico, na perspectiva das opções do constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais. (SARLET, 2011, p. 76)

A Constituição Federal brasileira apresenta em seu Artigo 5º, o núcleo dos chamados direitos fundamentais, que para Canotilho (1999) são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente.

É relevante salientar que, segundo Ingo Sarlet (2011, p.45) atualmente prevalece diante da doutrina, a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão, esta classificação é evidenciada e exemplificada por Celso de Mello (1995):

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração

(direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais. Consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota essencial de sua inexauribilidade. (MELLO, 1995, p.39)

Mello (1995) neste excerto explicita a evolução dos direitos fundamentais no contexto espaço-temporal apresentado por J.J Canotilho, sobre a questão, Norberto Bobbio (1992,) assevera que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p.5)

Neste bojo, a Constituição Federal de 1988 consolidou os Direitos Fundamentais, pela primeira vez ao longo da história do Direito Constitucional pátrio, como gênero de que são espécies os direitos políticos e os partidos políticos, individuais e coletivos, direitos sociais, direitos dos trabalhadores e a nacionalidade (SARLET, 2018)

Discussões importantes foram travadas em torno da eficácia dos direitos fundamentais, ou seja, a sua realização, sua materialização no mundo factual, o abeirar da norma com função social, a aproximação entre deontologia e realidade social (BARROSO, 2001 p. 83) tendo em vista que os referidos direitos não só limitam a ação do Estado como também o vinculam a uma prestação ao cidadão. Autores como Robert Alexy e Canotilho, ao longo do século XX, despontaram por teorizar sobre a eficácia e aplicabilidade dos Direitos Fundamentais em seus respectivos países a partir de suas Cartas Magnas (WOLOCK E SILVA, 2016, p. 273).

Segundo Cunha Jr. (2012, p. 648), a eficácia horizontal dos direitos fundamentais fundamenta-se na incidência e aplicação destes, nas relações entre indivíduo-indivíduo (relações privadas).

Inicialmente os direitos fundamentais foram concebidos a partir dos direitos jurídicos outorgados aos indivíduos que necessitavam se proteger da opressão do Estado, neste contexto, a doutrina se posicionou, aplicando-os às relações indivíduo-Estado. Todavia, a complexidade das relações na sociedade, bem como, a

desigualdade socioeconômica, as diferenças políticas, culturais, religiosas, de gênero, étnicas, dentre outras, levou a doutrina dos direitos humanos a concluir que os empecilhos, a repressão das liberdades não decorria apenas do Estado, mas também das relações entre ser humano e ser humano.

A partir desta premissa, a doutrina percebeu a necessidade de estender a eficácia dos direitos fundamentais quanto às relações entre os diferentes grupos humanos, com o fito de proteger o ser humano da sua própria violência, principalmente, nos casos em que estão envolvidas pessoas, entidades, organizações privadas e grupos poderosos (CUNHA JR. 2012, p. 649).

Devido a essas desigualdades, Cunha Jr. (2012, pp. 648-651) afirma que, no âmbito da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, emergem três teorias, a saber:

I Teorias negativas: ocorre a vinculação entre os direitos fundamentais e o poder público, excluindo-se em sua totalidade os poderes particulares. Nos Estados Unidos, essas teorias deram origem a doutrina do *state action doctrine* (Teoria da Ação Estatal), que tinham sua base calcada na “intangibilidade da autonomia privada”, isto é, na negação da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. No período de 1940, a *state action* passa a ter sua eficácia diminuída em detrimento à jurisprudência da Suprema Corte, que utilizou da *public function theory* (teoria da função pública), que vincula os direitos fundamentais a casos particulares quando estes atuam em funções públicas.

II Teoria da eficácia mediata ou indireta: doutrina de origem alemã, publicada em 1956 pelo jurista Günter Dürig. Esta doutrina insere os direitos fundamentais nas relações privadas, resguardando essa aplicabilidade, à precedente ação do legislador constitucional, o qual tem o dever de conformar “as relações privadas à luz das normas constitucionais definidoras de direitos”.

III Teoria da eficácia imediata: esta corrente defende que os direitos fundamentais têm sua aplicabilidade direta e imediata sobre as relações privadas, e independe da prévia atuação do legislador. Deste modo, as relações particulares e o Estado estão vinculados à constituição. De origem também alemã, esta doutrina não teve muita aceitação neste país. Sua implementação se deu primordialmente na Itália, Espanha, Portugal e Argentina. A Constituição Portuguesa em seu art. 18º determina “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

No caso brasileiro a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tendem a adotar esta teoria. Tal tendência pode ser percebida no § 1º do art. 5º da Constituição Brasileira: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988, s/p.). Portanto, ocorre a determinação da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais. Estes não só vinculam as relações particulares, mas também estão vinculados na mesma medida nas relações do poder público. Barroso (2005, p. 141, apud CUNHA JR., 2012, p. 650), assim se manifesta:

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade versus outro direito fundamental em questão merecem relevo os seguintes fatores:

- a) A igualdade e desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo);
- b) A manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados);
- c) Preferência para valores existências sobre os patrimoniais;
- d) Risco para dignidade da pessoa humana (ninguém pode ser sujeitar a sanções corporais)

As normas constitucionais nem sempre têm imediata e direta aplicabilidade, tal questão só está garantida quando há uma plena eficácia jurídica, isto é, todas as normas constitucionais abarcam em si a eficácia jurídica, todavia, nem todas as normas pode fazer uso da aplicação direta e imediata.

Neste sentido, conforme a constituição de 1988, as normas determinantes de direitos e garantias fundamentais apresentam uma aplicação imediata, tendo eficácia plena e ficando isentas de qualquer posição do legislador para atingir a sua efetividade ou eficácia na sociedade. Contudo, no que tange aos direitos fundamentais independentemente da determinação constitucional (art. 5º, § 1º), as normas definidoras não se identificam funcional e normativamente com estes. O que prejudica ou dificulta um tratamento uniforme sobre a temática, tanto ao aspecto do ordenamento jurídico constitucional, quanto às técnicas de sua positivação. Donde se conclui que as normas não possuem a mesma carga eficaz o que ocasiona a declaração de inutilidade da norma contida no art. 5º, §1º, por parte de alguns autores, desacreditando a vontade do constituinte, conforme defende Cunha Jr. (2012, p.656):

Por conseguinte, para o enfrentamento da complexa temática da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, é necessário considerarmos as múltiplas funções desempenhadas por estes direitos (funções de defesa e prestação) e as variadas técnicas de sua positivação no texto da constituição, uma vez que estes fatores estão em íntima conexão com a carga de eficácia dos direitos fundamentais.

Este autor, defende “a aplicação imediata de todas as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais, independentemente do seu grau de eficácia.” (CUNHA JR., 2012, p. 656)

Portanto, ao abarcar um tema tão sensível e importante para sociedade e o Estado Brasileiro, os direitos fundamentais presentes na constituição trouxeram grandes mudanças na configuração da sociedade brasileira, o que para Roberto Barroso (2005, p. 23), foi algo que influenciou a judicialização das grandes e pequenas questões nacionais, ou seja, a população iniciou uma maior procura ao poder judiciário o que acabou levando grandes temas com ampla repercussão social e jurídica ao Supremo Tribunal Federal.

3.3 DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A arguição por descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é um mecanismo instituído pela Constituição de 1988, em seu art. 112, §1º, que assim determina: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” (BRASIL, 1988, s/p) e regulado pela Lei 9.882/99, para suprir a lacuna deixada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) no âmbito da discussão de atos normativos, tanto do poder federal, estadual, e municipal, que entraram em vigor antes da promulgação da atual Constituição Federal. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 1290 – 1292) tentam elucidar o que seria o referido preceito fundamental da arguição:

É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá

deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados 'princípios sensíveis', cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (Einheit der Verfassung) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. (...) O efetivo conteúdo das 'garantias de eternidade' somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas 'cláusulas pétreas', parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados 'princípios sensíveis', há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados 'preceitos fundamentais'. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

Para Mendes e Branco (2015, p. 1102), a arguição de descumprimento de direito fundamental provocou importantes transformações no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, tais como:

I Antecipa decisões sobre assuntos controversos constitucionais, evitando que tais decisões possam ter um desfecho definitivo, quando no decurso temporal, muitas das situações se consolidaram diante da "interpretação autêntica" do Supremo Tribunal Federal.

II O descumprimento poderá ser usado de forma eficaz e definitiva para resolver controvérsia significativa referente à legitimidade do direito ordinário pré-

constitucional em detrimento à Constituição de 1988, aspecto que somente poderia ser realizado mediante recurso extraordinário.

III Nos processos de arguição de descumprimento de direito fundamental, as decisões determinadas pelo Supremo Tribunal Federal, em torno do efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*, balizaram uma diretriz apropriada para o juízo no que tange à legitimidade ou ilegitimidade de atos de igual teor, oriundo de diversas entidades municipais.

IV O instituto de arguição de descumprimento de direito fundamental propicia respostas congruentes a dois problemas preliminares no Brasil em relação ao controle de constitucionalidade: a) o controle de omissão constitucional b) a ação declaratória nos planos estadual e municipal.

Diante do exposto, Mendes e Branco (2015, p. 1103) asseveram que a arguição de descumprimento de direito fundamental juntamente com as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade e ação direta por omissão representam o contexto institucional no ordenamento jurídico nacional de controle de constitucionalidade, engendrando o modelo tradicional de controle incidental de normas com os diferentes instrumentos de defesas de interesses individuais, tais como mandado de injunção e segurança, *habeas data*, *habeas corpus*, dentre outros.

Cunha Jr. (in DIDIER JR., 2008, p. 494) assevera que a arguição de descumprimento de direito fundamental permitiu o controle abstrato de atos infralegais e concreto das entidades políticas (Municípios, Distrito Federal, Estados e União), principalmente no concernente à legitimidade constitucional do direito constitucional ordinário preexistente, tendo como principal mote equívocos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de uma criação brasileira sem comparação no Direito. Pode-se até encontrar na legislação alienígena institutos que inspiraram o legislador constituinte e, em especial, para o legislador ordinário que regulamentou o ritual da arguição brasileira.

Dentre estes institutos, evidencia-se o *writ of certiorari*³ do direito estadunidense, que se caracteriza por uma solicitação formulada à Suprema Corte por uma das partes de um processo diante de outras instâncias judiciais, com o fito

³ “Mandado ou ordem de avocação, carta avocatória, carta requisitória, ou simplesmente pedido de envio ou remissão dos autos.” (FONSECA, 2008, s/p)

de que a corte decida uma determinada questão já dirimida ou pendente de decisão (*certiorari before judgement*) (CUNHA JR., apud DIDIER JR., 2008, p.494)

A arguição de descumprimento de direito fundamental é um instrumento de controle *in abstracto*, ou seja, trata-se de um controle de constitucionalidade concentrado, um instrumento de harmonização e pacificação da jurisprudência tendo um caráter subsidiário, somente aplicável quando não houver outro meio capaz de sanar a lesividade (art. 4º, §1º da Lei 9.882/99), deste modo, a função de identificar os preceitos fundamentais é de responsabilidade da jurisprudência evolutiva e construtiva do Supremo Tribunal Federal cuja competência deve fixar a autêntica interpretação da Constituição e orientar as jurisprudências de cortes inferiores.

Veloso (2003, pp. 295-296) leciona através da seguinte explicação os seguintes argumentos sobre o campo de atuação da arguição de descumprimento de preceito fundamental:

Não nos parecia que o legislador ordinário pudesse indicar os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, cujo descumprimento possibilitaria a arguição. Significaria dar prerrogativa ao Congresso Nacional de eleger, dentro dos princípios, quais os que são fundamentais, vale dizer, essências, preponderantes, superiores. Ora, isto é atribuição do constituinte originário ou do Supremo Tribunal Federal, guardião principal e intérprete máximo do Texto Magno. Além do mais não poderia o legislador apresentar um elenco definitivo, um painel pronto e acabado, dos preceitos fundamentais, pois a Constituição, apesar do ideal de estabilidade, é um documento histórico-cultural do povo. Embora lentas, as transformações são inevitáveis, ditando, como disse Krüger, uma mudança da natureza das normas constitucionais. O que se pode considerar preceito fundamental, dada a dinamicidade do ordenamento jurídico, pode ter a sua densidade normativa diminuída no decorrer do tempo. (...) Estes são princípios reitores, regras nucleares, linhas mestras, ou vigas-mestras da organização política e social brasileira, sem olvidar que há preceitos fundamentais que deles decorrem, havendo necessidade, para descobri-los de ser feita uma inferência, um desenvolvimento por parte do intérprete.

Sobre a ação arguição de descumprimento de preceito fundamental, Marcelo Novelino (2016, p. 211), assevera que a subsidiariedade da ação revela a inexistência de outro instrumento processual constitucional capaz de sanar a questão jurídica de maneira imediata, efetiva e com grande raio de amplitude. A ocorrência de um outro mecanismo jurídico, que após o seu exaurimento tenha sido infrutífero para aplacar a lesão, não afasta a subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Diante do princípio da fungibilidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser conhecida como ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) e vice-versa, quando presentes os requisitos necessários de propositura da ADIN e a ausência do caráter subsidiário. Se houver a necessidade de análise conjunta, para a devida resolução da controvérsia, o mesmo princípio fundamenta a admissibilidade de cumulação de pedidos diversos.

Alexandre de Moraes (2015) cita os legitimados ativos e a hipótese de cabimento da ADPF:

Legitimados ativos (1): são os mesmos colegitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I a IX), ou seja, o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, Partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

(...) hipóteses de cabimento: a lei possibilita a arguição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses - para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; ressalte-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser proposta de atos do poder público já concretizado, não se prestando para realização de controle preventivo desses atos (MORAES, 2015, p.819 e 820)

Cunha Jr. (2008, p.504) aduz que sob pena de contemplar processamentos diversos à ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a doutrina constituiu dois processos de natureza distintas com intuito de estabelecer ritos processuais.

Tais ritos podem ser extraídos da lei 9.882/99, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, que são: a arguição autônoma e a arguição incidental.

Os rituais ou modalidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental são:

I Processo de natureza objetiva (autônoma), em que a arguição é proposta de forma direta no Supremo Tribunal Federal com o intuito de defender de forma objetiva e exclusiva os preceitos fundamentais colocados em risco ou lesados

por atos do poder público, não estando, tal procedimento, subordinado a existência de controvérsias.

II Processo de natureza subjetiva-objetiva (incidental), cuja arguição acontece diretamente no Supremo Tribunal Federal, por força de uma controvérsia constitucional importante, estando em discussão sob juízo ou tribunal. Tal processo concerne à aplicação de lei ou ato do poder público quando interpelado em contraponto a um preceito fundamental.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, diante do exposto, é um instituto bivalente, revestido de caráter processual autônomo ou de um incidente processual de constitucionalidade.

A arguição autônoma efetiva o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como modelo a ação direta de inconstitucionalidade de ação ou omissão, bem como da ação declaratória de constitucionalidade. Esta modalidade visa defender a ordem jurídica constitucional, instaurando um processo objetivo.

A aduzida modalidade está prevista e expressa no art. 1º, caput, da lei 9.882/99, que assim determina: “A arguição 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.” (BRASIL, 1999, s/p).

Tavares (2002, p. 253) caracteriza a arguição autônoma - por não depender da existência de qualquer outro processo no qual se controverta a aplicação de preceito fundamental.

A arguição autônoma só deve ser utilizada quando outras ações constitucionais, a exemplo, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade, não surtirem efeito de afastar ou impedir a lesão a preceito fundamental constitucional, conforme o determinado no art. 4º, §1º, da lei 9.882/99.

No diz respeito a arguição incidental, esta refere-se a um mecanismo destinado a provocar um posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que tange a uma controvérsia constitucional relevante. Portanto, a arguição incidental é aplicada quando inexistir um outro meio eficaz para elidir a lesão ao preceito fundamental, subentende-se que deve haver um outro processo anterior, submetido a um juiz ou tribunal, no qual o parâmetro de controle é um preceito constitucional fundamental.

Esta modalidade está descrita no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da lei 9.822/99, que assim dispõe:

Parágrafo único. Caberá também arguição 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; (Vide ADIN 2.231-8, de 2000). (BRASIL, 1999, s/p)

A arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental também tem seu aporte no art. 6º, §1º da lei 9.822/99:

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 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. (BRASIL, 1999, s/p)

Bastos e Vargas (2000, s/p) sobre a aludida arguição asseveram que:

(...) difere-se, em muito, da antiga advocatória, através da qual o Supremo Tribunal Federal podia chamar para si o julgamento de qualquer matéria politicamente interessante. Não se trata mais disso. Como dito, trata-se de mecanismo de controle da constitucionalidade, originalmente previsto na Lei Maior, que amplia a cidadania brasileira e a segurança jurídica, através do qual, mediante a provocação dos legitimados pelo artigo 103 da Carta Magna, o Excelso Pretório poderá suspender os processos liminarmente e proferir decisões com efeito vinculante apenas sobre a questão constitucional. O juiz de direito não é mais afastado da sua posição de julgador, como era anteriormente. Não há, no caso, julgamento do feito, mas tão somente uma baliza exata daquilo que se considera fundamental para a ordem jurídica. O deslinde da questão constitucional através da arguição de descumprimento de preceito fundamental não contraria o princípio do juiz natural, uma vez que o magistrado fica mantido no seu papel de julgador e o Supremo no papel de guardião da Constituição.

Portanto a arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental e a ADPF autônoma compõem mecanismos de proteção e efetivação, aos já citados, preceitos fundamentais presentes na Constituição Federal.

É relevante ressaltar que a competência para julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental concerne ao Supremo Tribunal Federal conforme a previsão expressa do art. 102, §1º, da Lei Magna, bem como do art. 1º da lei nº 9822/99:

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

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (BRASIL, 1988, s/p)

Art. 1º A arguição 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. (BRASIL, 1999, s/p)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental apresentou-se basilar para a garantia e respeito aos direitos fundamentais do brasileiro, e, no século XXI, conduziu a grandes julgamentos no STF, tornando-se assim um imperioso instrumento de constitucionalização do Direito Brasileiro e de judicialização das grandes questões nacionais, alçando o Brasil dentro das novas formas de interpretação da hermenêutica constitucional e lutando novos ares à dogmática jurídica vernácula.

4 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS: A ADPF 54 E O PARADIGMA

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los” (BOBBIO, 1992, p. 24)

Após a Constituição Federal de 1988, alguns desafios passaram a ser tema frequente nos debates jurídicos, a exemplo da implementação dos direitos fundamentais presentes na Carta Magna, uma vez que estes giram em torno da dignidade, igualdade, liberdade da pessoa humana, dentre outros direitos.

Os direitos fundamentais, sua eficácia e efetivação, instauram um paradigma no direito que são reflexos de mudanças sociais profundas no Estado Brasileiro.

O desequilíbrio social e econômico liberalizante, bem como, diferenças políticas, religiosas e culturais provocam reações das mais diversas, pois o respeito à

vida e à defesa das liberdades individuais permitem que a legislação se torne um óbice para qualquer processo de interrupção de tais direitos.

Surge um estado de tensão entre os atores jurídicos e os princípios fundamentais, pois estes têm que harmonizar os valores em conflito que são primordiais para o desenvolvimento humano e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito. Realizar a vontade da Constituição e a sua transformação ativa, perpassa não somente pela convergência das práticas jurídicas, mas também pelo estabelecimento de garantias que visem assegurar a obediência de regras e normas da Carta Magna. Trata-se da preservação e realização dos enunciados principiológicos constitucionais.

O pensamento de Silva (2005) elucida que com o advento da Lei Maior de 1988, os princípios constitucionais emergem como uma premente necessidade de equalização entre as disposições constitucionais e a atuação do Poder Legislativo, mais especificamente, em relação ao legislador ordinário que deve intervir, quando necessário, para regular os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais, conferindo liberdades e garantias individuais a todo e qualquer ser humano. O poder de polícia e a atividade legislativa devem ser adequados a perquirir o bem-estar social.

Tendo como lastro os direitos fundamentais presentes na Carta Constitucional, foi possível implementar novos instrumentos jurídicos para enfrentar leis anteriores à Constituição, a exemplo da previsão legal referente ao aborto. Um destes instrumentos é a ação de descumprimento de preceito fundamental, em destaque a ADPF 54, que requisitou do Supremo Tribunal Federal a interpretação constitucional dos artigos do Código Penal que tratavam sobre o aborto para que fosse permitida a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 representa um exemplo de pináculo a que pode chegar a implementação dos direitos fundamentais, mais especificamente, a recepção ou não, pela Constituição de normas anteriores a promulgação desta. A irradiação das normas da Lei Maior para o ordenamento infraconstitucional representa um desafio a ser enfrentado, inclusive na perspectiva hermenêutica, pelos operadores do direito e pelos Três Poderes

4.1 A ADPF 54

A discussão em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 tem como cerne o aborto, estabelecido como crime contra a vida nos artigos 124,

125 e 126 do Código Penal (CP) - Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -, excetuando-se gravidez oriunda de estupro ou quando há risco de vida para gestante.

Para além do Código Penal, representantes religiosos, mesmo nos casos permitidos no CP passaram a impetrar Habeas Corpus e recursos com o intuito de impedir que gestantes realizassem as possibilidades de aborto instituídas em lei.

Segundo Lauterslager (apud Barroso M., 2010) anencefalia consiste em uma má formação congênita que na maioria das vezes apresenta o fechamento do tubo neural em seu extremo encefálico. Ocorre a falta de desenvolvimento dos hemisférios cerebrais e do hipotálamo, bem como deformidade da pituitária, e ausência completa ou parcial da abóbada craniana, provocando anormalidades nas vertebra cervicais e alterações nas estruturas faciais, os olhos apresentam nervo ótico que pode não alcançar o cérebro ou, até mesmo, ser inexistente.

Marcela Barroso (2010, f.47) revela o seguinte sobre os fetos anencéfalos:

Em uma porcentagem alta de casos (aproximadamente 60%) é incompatível com a vida intra-uterina em períodos mais avançados da gravidez e há incompatibilidade extra-uterina sempre. Nos casos em que o feto nasce vivo, morre nas primeiras 24 horas em 57% dos casos, 15% sobrevivem até 3 dias, são excepcionais os casos em que duram uma semana, 1% vive entre 1 e 3 meses e ainda que não existam cifras seguras, o número de anencéfalos nascidos sem vida, oscila entre 50% e 90% dos partos.

Há alguns casos na literatura médica em que o feto anencefálico sobreviveu por tempo mais expressivo, o *comitato nazionale per la bioetica* relata um caso de sobrevivência por 14 meses e outros dois entre 7 e 10 meses.

A doutrina sobre o aborto de fetos anencéfalos já precedia a Constituição de 1988, como ilustra o pensamento do penalista Nelson Hungria (1958):

Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto. (HUNGRIA, 1958, p. 297)

Este excerto expressa argumentos que deixam evidenciar a não existência de vida no feto anencéfalo, já que não há atividade cerebral e condições de vida extrauterina.

Diante do quadro apontado acima, a Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde (CNTS) amparada no art. 103 da Constituição Federal, defendendo os interesses individuais e coletivos que integram esta categoria nacional, foi parte interessada no pleito, uma vez que os trabalhadores da saúde estavam diretamente imbricados com o tema. Neste sentido é relevante apontar o teor dos artigos do Código Penal referentes ao aborto:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

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. (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos. (BRASIL, 1940, s/p)

Portanto, a ADPF 54, proposta em junho 2004, teve como arguente a Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde, que foi representada pelo advogado Luis Roberto Barroso que demandou ao Supremo Tribunal Federal a interpretação, conforme a Constituição, de que o aborto de feto anencéfalo não era tipificado pelos artigos 124, 126, caput, e 128, incisos I e II, portanto, o ato não caracterizaria crime de aborto.

O relator da arguição de descumprimento de preceito fundamental foi o Ministro Marco Aurélio Mello que conduziu o julgamento que perpassou os dias 11 e 12 de abril de 2012, bem como, demais votantes os Ministros e Ministras Cezar Peluso,

Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowsky, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Rosa Weber.

O arguente pautou seu pedido na adução de que a criminalização do aborto de fetos anencéfalos pelo código penal colide diretamente com os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade - apoiado no princípio da legalidade já que o aborto de anencéfalos não é tipificado no Código Penal – e por fim, no direito à saúde. Diante do exposto, verifica-se a existência de um pedido do arguente para que os artigos do Código Penal que versam sobre o aborto sejam interpretados de acordo com a Constituição, à luz dos direitos fundamentais nela presentes, isto é, passa a ser impingido claramente um desafio ao Supremo Tribunal Federal.

O STF por 8 votos a 2, entendeu que a interpretação do aborto de anencéfalos como crime é inconstitucional, levando em consideração os princípios fundamentais presentes na Magna-Carta, portanto, há uma normatividade dos princípios constitucionais, onde não há a revogação de um artigo e sim a paralização de uma incidência inconstitucional da norma.

4.2 ADPF 54, REFLEXO DE UM PARADIGMA?

A ADPF 54 demarca um caso prático de um provável paradigma no âmbito da irradiação dos direitos fundamentais nos códigos infraconstitucionais, caracterizando um reflexo de uma possível revolução científica na ciência do direito.

Os direitos fundamentais presentes na Constituição brasileira suscitaram e suscitam pesquisas, teses e teorias com o intuito de analisar as transformações provocadas por estes direitos no âmbito da Ciência e da prática jurídica.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 e seu julgamento evidenciou a importância dos direitos fundamentais e o seu processo de constitucionalização.

Diante do debate traçado neste trabalho, alguns ciclos podem caracterizar a assertiva de que os direitos fundamentais são um paradigma dentro do paradigma do Estado Constitucional de Direito.

Com base na obra de Thomas Kuhn (2017), “A Estrutura das Revoluções Científicas”, é possível deduzir alguns ciclos destes paradigmas:

- **Anomalia:** Seria o surgimento de uma teoria dos direitos fundamentais.
- **Crise:** A prevalência do legislado (no código) ou a proeminência dos direitos fundamentais: “(...) articulações concorrentes” e “(...) o recurso à filosofia e ao debate sobre os fundamentos.” (KUHN, 2017, p.176)
- **Revolução:** constitui a modificação de teorias da doutrina jurídica, suas produções em torno das transformações no Direito, teses e pesquisas produzidas em torno dos direitos fundamentais
- **Ciência Normal** – Estado Constitucional de Direito - a constitucionalização dos direitos fundamentais permitiu e permite o seu permeio em toda normativa infraconstitucional.

Em síntese este processo pode ser exemplificado conforme a seguinte figura (contínua, não terminativa das revoluções científicas):

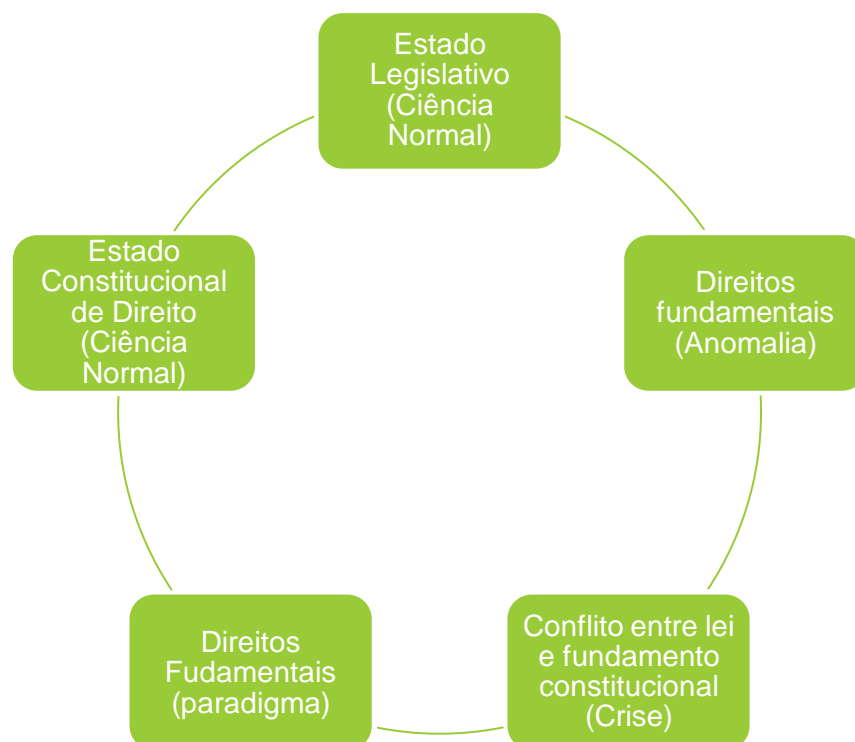


Figura 2: Elaborada pelo próprio autor.

Thomas Kuhn (2017) aborda a emergência de novas teorias amplia a compreensão da natureza das descobertas. A coincidência da anomalia representa o papel importante na emergência de novos tipos de fenômenos “ninguém deveria surpreender-se com o fato de que uma consciência semelhante, embora mais profunda, sejam pré-requisito para todas as mudanças de teoria aceitáveis”.(KUHN, 2017, p. 146)

Lastreando-se neste pensamento é possível inferir que a constitucionalização dos direitos fundamentais é um fenômeno que surgiu a partir da anomalia e consequente crise do *status quo* da ciência do direito, para exsurgir, posteriormente, como ciência normal e servir para a resolução de quebra-cabeças no Direito.

A descrição de cada voto referente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 auxilia a percepção de tal consideração e da relevância dos direitos fundamentais.

O voto do Ministro Marco Aurélio de Mello traz o seguinte excerto:

(...) Franquear a decisão à mulher é medida necessária ante o texto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995, cujo artigo 4º inclui como direitos humanos das mulheres o direito à integridade física, mental e moral, à liberdade, à dignidade e a não ser submetida a tortura. Define como violência qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada[108]. Não se coaduna com o **princípio da proporcionalidade** (grifo nosso) proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura[109] ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes”, na expressão de Débora Diniz[110]. Simone de Beauvoir já exclamava ser o mais escandaloso dos escândalos aquele a que nos habituamos. Sem dúvida. Mostra-se inadmissível fechar os olhos

e o coração ao que vivenciado diuturnamente por essas mulheres, seus companheiros e suas famílias. Compete ao Supremo assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante, de forma a aliviá-la de sofrimento maior, porque evitável e infrutífero.

Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal. A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol **dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.** (grifo nosso) Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro. (BRASIL, 2012, pp. 67 - 69)

Parte do voto da Ministra Rosa Weber

(...) Explicitados todos esses pressupostos, é possível buscar aplicá-los agora na espécie, para definir se a interrupção da gestação em caso de anencefalia configura ou não o crime de aborto. Tem-se em jogo os seguintes princípios: vida, que se aplica ao feto, e dignidade, liberdade e saúde da gestante, conforme colocado na inicial e o que vem sendo debatido ao longo da instrução do processo. Veja-se que, se fosse uma questão de decidir por pesos, ou se diria, diante da mesma hierarquia dos direitos fundamentais, que a quantidade faria a balança pender para o lado da mulher, ou se concluiria que, como a vida é o primeiro dos direitos - sem ela os outros não podem sequer existir-, nenhum valor ou direito pode estar acima dela, com a balança a pender para o lado do feto. Os dois pontos de vista levam à determinação de ordens concretas de valores. Na primeira situação, uma ordem concreta para o caso (a quantidade de direitos faz pesar mais os interesses da gestante); no segundo, uma ordem concreta *a priori* (a vida é sempre mais valiosa, independentemente de qualquer circunstância). Colocada a questão nesse viés, a solução só pode ser

autoritária, pois depende da preferência pessoal para definir o lado para onde vai pender a haste da balança. O processo argumentativo passa, desse modo, a depender da aplicação do princípio da proporcionalidade com base nos seus subprincípios. A adequação está presente para os dois pontos de vista. Entender que a interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico configura aborto é um meio adequado para proteger a vida do feto. Por outro lado, a garantia da saúde, da integridade física e psíquica e da liberdade da mulher pode ser feita por meio da interrupção da gestação. Em relação à necessidade, só é possível proteger plenamente a vida do feto caso ele esteja protegido também contra a gestante. Por outro lado, não há meio menos gravoso para proteger a saúde, a integridade e a liberdade da gestante do que permitir a interrupção da gestação. Vê-se que não há limites fáticos para a aplicação dos princípios ao caso e, simultaneamente, a aplicação dos princípios que protegem a gestante impede a aplicação do princípio que protege o feto. Ao mesmo tempo, não há regra de direito fundamental determinante que dite a solução, afastando a aplicabilidade *prima facie* de algum dos princípios. Isso quer dizer que, colocadas em termos de relação, as razões que sustentam um princípio estão em uma relação inversamente proporcional às razões que sustentam os demais. Imperioso, portanto, partir para a discussão sobre as razões que sustentam os princípios *no caso*, **o que pode ser feito por meio da proporcionalidade em sentido estrito**. (BRASIL, 2012, pp. 129 -130) (...) **realiza-se a função elementar da jurisdição constitucional, que é a preservação do núcleo imanente dos princípios e regras constitucionais básicos** (grifo nosso), sem que daí decorra ofensa ao princípio da separação dos poderes, presente a função de uma Corte Constitucional. Na espécie, não há criação normativa como se alega. Trata-se tão só de dar interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 e 126 do Código Penal no que toca à interrupção da gestação em caso de feto anencefálico, e não de se dizer que o artigo 128 deve ser lido como contendo mais uma excludente. (BRASIL, 2012, p. 134))

Excerto do voto do Ministro Joaquim Barbosa

(...) Nesse ponto, portanto, cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do **direito fundamental à liberdade** (grifo nosso) e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora esposados. (BRASIL, 2012, p. 150)

(...) Pelas razões expostas, voto pela procedência do pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, a fim de que seja dada interpretação conforme a Constituição ao art. 124 do Código Penal, de forma que seja excluída do âmbito de sua incidência a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo. (Idem Ibid, p. 152)

Passagem do voto do Ministro Luiz Fux

(...) Os perigos para a saúde física da mulher, como visto, são elevadíssimos em uma gravidez de feto acometido pela anencefalia, razão pela qual, se essa for a alternativa eleita pela mulher, deve-se conferir a possibilidade de interrupção da gestação à luz do princípio da proporcionalidade, que também se aplica ao Direito Penal. Os modernos constitucionalistas, hoje, trazem a tônica da constitucionalização dos direitos, entre outros a constitucionalização do Direito Penal, procurando verificar qual é a última ratio que informa o legislador no momento em que ele tipifica determinadas figuras penais.

(...) O eminente Professor Luís Roberto Barroso, calcado nos escólios de Valéria Caldi e Ingo Sarlet, **anota o fenômeno dessa constitucionalização, dessa repercussão do Direito Constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas, e assenta que a disciplina jurídica dada a determinada infração, a pena aplicável, não deve ir além nem tampouco ficar aquém do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão** (grifo nosso). (BRASIL, 2012, p. 164)

(...) Em suma, concluo eu, o legislador, com fundamentos limites na Constituição, tem liberdade para definir crimes e penas. **Mas, ao fazê-lo, ele deve se sujeitar aos direitos fundamentais** (grifo nosso) dos acusados, tanto no plano do direito material, como no âmbito do direito processual. Por outro lado, tem o legislador deveres de proteção para com a sociedade, cabendo resguardar valores, bens e direitos fundamentais de seus integrantes, como aqui destacou a Ministra Rosa Weber quando abordou esse direito fundamental da mulher (Idem Ibid, p. 165)

(...) Destarte, cuida-se na hipótese sub judice da construção jurisprudencial fundada em singular princípio de justiça de uma nova hipótese, estado de necessidade supralegal para os casos de interrupção de gestação de fetos anencefálicos, a fim de adequar o tecido normativo às necessidades que se apresentam na realidade social. (Idem Ibid, p. 167)

Parte do voto da Ministra Cármen Lúcia:

(...) Acho também que não se pune aborto praticado, senão como salvar a vida da gestante, como diz o Código Penal, mas a vida saudável, e aqui a saúde psíquica está incluída. Ademais, tenho ser suporte para uma decisão no sentido de não se considerar punível o aborto nesses casos o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao afirmar que o juiz, ao aplicar a lei, haverá de considerar os fins a que ela se destina. **E todas e quaisquer leis no sistema brasileiro haverão de garantir a dignidade da pessoa humana ou do ser humano.** (grifo nosso) Por tudo isso, senhor Presidente, considero que na democracia a vida impõe respeito, e neste caso há um feto que não tem perspectiva de vida; e outras vidas que dependem da decisão que possa ser tomada livremente por esta família, por esta mulher, por este pai, exatamente no sentido de garantir a continuidade livre de

uma vida digna precisam ser relevadas e terem sua dignidade garantida. (BRASIL, 2012, pp. 176 – 177)

(...) A interpretação das normas legais faz-se segundo a Constituição em razão de sua natureza de Lei suprema. (Idem Ibid, p. 181)

(...) **No Estado democrático de direito há que se assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, para tanto interpretando-se as normas legais em harmonia com os princípios constitucionais, mas garantindo-se a sua eficácia** (grifo nosso). Desconhecer os princípios na interpretação constitucional conduz a trilhas equivocadas, até mesmo porque é a atualização permanente dos conteúdos dos princípios que mantém vivo o sistema de Direito de um povo. (Idem Ibid, pp. 182 - 183)

(...) O constitucionalismo contemporâneo afirma a dignidade da pessoa humana não apenas como fundamento dos direitos fundamentais, mas realiza que dela se deduzem outros direitos fundamentais, alguns dos quais não expressos na Constituição, mas tidos como próprios e obrigatórios do sistema. (BRASIL, 2012, p. 225)

(...) Toda questão posta judicialmente à decisão haverá de ser examinada e resolvida de forma independente do problema moral e religioso. No caso dos autos, a ilicitude penal da prática – se a interpretação da norma penal conduzisse a tal conclusão - distancia-se do princípio da dignidade humana, constitucionalmente previsto, da liberdade, da igualdade e do direito à saúde. (Idem Ibid, p. 234)

Trecho do voto do Ministro Ayres Britto

(...) Esse bloco normativo penal é que se afigura à acionante como portador de mais de um entendimento quanto ao respectivo conteúdo e alcance, sendo que um deles é tido por manifestamente contrário **“ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais à liberdade e à saúde da gestante”**. **(Constituição Federal: artigos 1º, 4º, 5º, inciso II, 6º, caput, e 192)** (grifo nosso). (BRASIL, 2012, p. 254)

(...) Evidente que o Direito brasileiro, civilizado que é, e fundado por uma Constituição principiológica, humanística, que o Direito brasileiro protege, sim, essa decisão que é ditada – se for pela interrupção da gravidez – pelo mais forte e mais sábio dos amores, que é o amor materno, que é tão forte, tão sábio e tão incomparável em sua intensidade que é chamado, por todos nós, de instinto materno. Não se fala de instinto paterno, mas se fala de instinto materno. Essa decisão da mulher é mais do que inviolável, é sagrada. A sacralidade está na decisão da mulher gestante de, querendo, interromper esse tipo de gravidez que já tem um encontro marcado, inelutável, com a morte. Senhor Presidente, vou terminar dizendo que vou juntar o voto, que é muito longo. Dou pela aplicação, como fez o Ministro Marco Aurélio, da técnica da “interpretação conforme”, devido a essa polissemia ou a essa base significativa plural desse conjunto de dispositivos do Código Penal, e entendo que a situação aqui é de atipicidade. Não se pode dar a esse conjunto normativo penal interpretação que conduza à configuração do aborto. A parte final do voto do Ministro Marco Aurélio me pareceu, se Sua Excelência me permite, de uma clareza meridiana, solar: não se pode tipificar esse

direito de escolha como caracterizador do aborto proibido pelo Código Penal. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro. É como voto, data venia do entendimento contrário. (Idem Ibid, pp. 265 - 266)

Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes

(...) Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. Em verdade, é preciso deixar claro que a prolação de decisões interpretativas com efeitos aditivos não é algo novo na jurisprudência do STF. Poder-se-ia, inclusive, atestar que se trata apenas de uma nova nomenclatura, um novo (e mais adequado) termo técnico para representar formas de decisão que o Tribunal costuma tomar quando realiza a conhecida interpretação conforme a Constituição e, com isso, acaba por alterar, ainda que minimamente, os sentidos normativos do texto legal. Tornou-se algo corriqueiro mencionar a jurisprudência da Corte italiana sobre o tema para, num exercício de direito comparado, defender a “introdução” de novas técnicas de decisão no controle abstrato no Brasil. Não obstante, atente-se para o fato de que os problemas solucionados pela Corte italiana por meio de sentenças aditivas são muitas vezes idênticos àqueles enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal quando aplica a técnica da interpretação conforme a Constituição. Portanto, ainda que se queira denominar a decisão tomada nesta ADPF como interpretação conforme, ela não deixará de ser, consoante a nomenclatura tecnicamente mais adequada, uma decisão interpretativa (manipulativa) com efeitos aditivos. É certo que a incidência de decisões com efeitos aditivos em matéria criminal não está livre de críticas. Parece sensato assumir todas as cautelas quando se trata de produzir decisões manipulativas sobre normas de caráter penal, tendo em vista os princípios da legalidade (e reserva de lei e reserva de Parlamento) e da tipicidade (cerrada) penal. A sentença aditiva in malam partem é extremamente reprovável, todavia, se proferida in bonam partem, abre-se uma brecha explorável para a prolação de decisão manipulativa que tenha efeito restritivo da norma penal, não ofensiva ao postulado da reserva de lei.

A doutrina especializada sobre o tema alerta sobre isso. Díaz Revorio, por exemplo, afirma que, “ainda que a sentença aditiva não suponha uma intervenção equiparável a uma lei, não se pode desconhecer que realiza uma nova interpretação desta – precedida, nesse caso, de uma anulação parcial – que excede o que está expressamente previsto em seu texto”. Nesse caso, “não parece adequado esse tipo de decisão no âmbito especialmente rigoroso da reserva de lei penal”. “Essas ideias são válidas para qualquer tipo de sentença aditiva que realize

uma extensão das hipóteses de sanção, das penas previstas, das circunstâncias agravantes, ou em geral qualquer tipo de interpretação in malam partem. Muito mais duvidosa é a questão de se é lícito a aplicação das sentenças aditivas em matéria penal in bonam partem”[27]. Porém, o fato de o âmbito normativo penal ser a área mais problemática de aplicação das decisões de efeitos aditivos não deve significar o seu completo rechaço nessa seara. **No caso brasileiro – assim como ocorreu também na realidade italiana –, o controle da constitucionalidade da legislação penal pré-constitucional (como é o caso do Código Penal, de 1940) pode impor à Corte a necessidade de adoção de uma interpretação evolutiva atualizadora dessa legislação em face da ordem constitucional de 1988** (grifo nosso), exigindo uma decisão interpretativa com efeitos aditivos, que ocorrerá in bonam partem, no caso em exame. (BRASIL, 2012, pp. 302 - 303)

Fragmento do voto do Ministro Celso de Mello

(...)Ressalto, ainda, por irrecusável, a essencialidade que assume, em nosso sistema jurídico, como fator estruturante do ordenamento estatal, a dignidade da pessoa humana. **Com efeito, o postulado da dignidade da pessoa humana - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III)** (grifo nosso) – representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, e traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Vê-se, daí, considerado o quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta, neste caso, com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas **institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana** (grifo nosso), sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

Presente esse contexto, convém insistir na asserção de que o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário. O juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia - na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos

magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular. (BRASIL, 2012, pp. 327 - 328)

(...) Torna-se importante destacar, sob tal perspectiva, que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, representou um passo decisivo no processo de reconhecimento, consolidação e contínua expansão dos direitos básicos da pessoa humana, notadamente dos direitos fundamentais da mulher, dentre os quais, como já referido, inscrevem-se os direitos sexuais e reprodutivos, com todas as consequências que deles resultam. (BRASIL, 2012, p. 330)

(...) Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão. (Idem Ibid, p. 362)

(...) Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os Poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. (Idem Ibid, pp. 363 - 364)

Os excertos selecionados descrevem um desfecho significativo em matéria de concretização das liberdades individuais no cerne da jurisdição constitucional no Brasil. Os votos e o resultados favoráveis refletem a atuação “em um campo jurídico instituído e ao mesmo tempo instituinte” (STRECK, 2009, p.57), no qual ocorre em seu interior substratos simultâneos, ou seja, é fato que o Estado mudou sua feição, todavia, o Direito traça um caminho paralelo as alterações provenientes de um Estado que opera sob mecanismos interventivos e regulatórios.

De todas as argumentações extraídas dos votos favoráveis, pode-se evidenciar dois aspectos importantes referentes ao paradigma dos direitos fundamentais: a) a

instrumentalização dos direitos fundamentais; b) a irradiação dos princípios constitucionais para o restante do ordenamento jurídico.

Para Lênio Streck (2009, p.57) tal situação pode ser assim interpretada:

Esse campo jurídico se constitui em um conjunto de todos os personagens que fazem, interpretam e aplicam a lei, transmitem conhecimentos jurídicos e socializam jogadores que se encontram no jogo do campo, no interior do qual os conflitos dão-lhe dinamismo, mas também o mantêm, como um campo: os jogadores em competição é que disputam entre si, mas não o campo em si mesmo, portanto, a disputa reafirma e ainda fortalece o campo. Todos os jogadores num campo jurídico têm determinado conjunto de disposições que orientam suas ações. Tais disposições são traçadas através de disputas do campo com outros campos sociais e de conflitos internos, o que constitui o hábito desse campo.

Tendo como parâmetro o aduzido por Lênio Streck (2009), é possível aludir que a concretude da ADPF 54 representa o bojo de uma crise díade entre o Estado Social assegurado pela implementação do Estado Democrático de Direito, mediante a Constituição de 88 e o Estado Liberal-Individualista de Direito. Os votos favoráveis desempenharam “o papel de um profissional “competente” na integração dos atores considerados “disfuncionais” na vida social.” (STRECK, 2009, p.64)

Destarte, a decisão favorável da corte brasileira em torno da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 perquiriu os limites do objeto da arguição, utilizando-se do disposto na Constituição Federal, a exemplo: art. 1º, IV (princípio da dignidade da pessoa humana), art. 5º, II (princípio geral da liberdade, oriundo do princípio da legalidade), art. 6º e 196 (direito à saúde), bem como, de audiências públicas, de diagnósticos da ciência médica, do consenso ético da área da saúde no que se refere ao direito de interrupção da gestação de feto anencéfalo em contraponto a ilegitimidade da imposição coletiva de uma dada convenção moral e/ou religiosa.

Os votos contrários podem conduzir a um pensamento referente a posicionamentos controversos e, muitas vezes, conflituosos com relação à legislação (a exemplo do Código Penal), à doutrina e aos direitos fundamentais, principalmente nas interpretações aplicáveis do direito à vida em contraponto a outros direitos fundamentais.

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram em sentido contrário, podendo se deduzir, resumidamente, duas fundamentações, a tipificação

do aborto no Código Penal e a defesa de que o meio correto para a mudança na interpretação da lei seria a modificação legislativa, não cabendo ao Supremo Tribunal Federal adentrar no mérito concernente ao Poder Legislativo. Aponta-se abaixo os trechos dos votos:

Fragmento do voto do Ministro Ricardo

(...) Celso Delmanto e outros renomados criminalistas, estudando o aborto necessário ou terapêutico, embora tecendo críticas ao instituto, reconhecem que ele “*não legitima o chamado aborto eugenésico, ainda que seja provável ou até mesmo certo que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável*”.³ **Em outras palavras, o legislador, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez nessas situações. Quer dizer, considerou penalmente imputável o abortamento induzido de um feto mal formado** (grifo nosso).

(...) Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o Instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados. (BRASIL, 2012, pp. 240 – 241)

(...) É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina. Idem Ibid, pp. 247 – 248)

Fração do voto do Ministro Cezar Peluso:

A postura de que a antecipação fatal do parto do anencéfalo não corporificaria crime, poderia, quando muito, ajustar-se a hipótese *de lege ferenda*, em que estivesse definida e positivada excludente de ilicitude ou de punibilidade, específica para o caso. Mas, à sua minguada, é, *data venia*, forçado e falacioso pretender desentranhar o ato de aborto do anencéfalo, do gênero delitivo ao qual inequivocamente pertence, no seio do ordenamento jurídico em vigor. (BRASIL, 2012, p. 385)

Estou de todo convicto da ofuscante tipicidade da conduta que,

preconizada pela arguente, se acomoda, com folga, à definição legal do crime de aborto (grifo nosso). A ação de eliminação intencional de vida intrauterina, suposto acometida esta de anencefalia, corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica de dialética capaz de conduzir a conclusão diversa. (Idem Ibid, 386 – 387)

Por fim, a tabela abaixo elucida o cerne dos votos dos ministros:

Ministro(a)	Voto pautado nos Direitos Fundamentais da CRFB/88	Voto Pautado na Prevalência do legislado no Código Penal
Marco Aurélio	✓	✗
Rosa Weber	✓	✗
Joaquim Barbosa	✓	✗
Luiz Fux	✓	✗
Cármen Lúcia	✓	✗
Ayres Britto	✓	✗
Gilmar Mendes	✓	✗
Celso de Mello	✓	✗
Cezar Peluso	✗	✓
Ricardo Lewandowski	✗	✓

Quadro 2: Elaborado pelo autor. Legendas: Voto Favorável: ✓ Voto Destoante: ✗

Este quadro demonstra a utilização intensa dos direitos fundamentais como esteio para os votos dos ministros que julgaram a ADPF 54, bem como, a divergência pautada na prevalência das normas do Código Penal.

A letargia dos Poderes Executivo e Legislativo, diante da efetivação do direito, acaba por propiciar um deslocamento do centro de decisões do Estado Democrático de Direito para o Poder Judiciário (STRECK, 2009, p. 56)

CONCLUSÃO

Indubitavelmente, originou-se a partir da constitucionalização dos direitos uma assimetria na interpretação dos direitos fundamentais e sua correlação com a prática jurídica.

Apesar de serem concebidos, por alguns autores, como avanços na doutrina e na técnica jurídica, os direitos fundamentais instauraram uma tenção essencial entre o que Thomas Kuhn denominou de normal e revolucionário.

A construção do pensamento kuhniano sobre ciência normal e sua correlação binomial com o paradigma é factível quando ocorre uma análise detalhada de cada voto dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54.

As realizações jurídicas passadas expressas nos votos contrários a ADPF 54 se aproximam do que Thomas Kuhn intitula de ciência normal, ou seja, o já estabelecido é a promessa de resolução estável dos problemas sociais. Tratam-se de especializações já arraigadas no consenso jurídico-formal. Os discursos destes votos podem ser encontrados em uma doutrina pretérita.

Já os votos favoráveis deixam patente o desfecho da revolução científica, do conflito entre paradigmas: os fatos não têm uma coerência na teoria jurídica hegemônica, trata-se da dimensão incomensurável do paradigma, ou seja, há um déficit, por via da ciência normal estabelecida, na resolução do litígio suscitado.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 representa o fato científico que não deve ser interpretado apenas como o meio ou o tribunal das disputas entre o *status quo* jurídico e o paradigma dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais sobre o critério das boas teorias científicas conforme expresso nos votos favoráveis ilustram: consistência, fecundidade, alcance, simplicidade e exatidão.

Quando os juristas têm que escolher entre teorias rivais: v.g., dignidade da pessoa humana e a prevalência do Código Penal no que tange aos direitos fundamentais e ao aborto de fetos anencefálicos, percebe-se que operadores do direito comprometidos completamente com a mesma lista de critérios, podem, diante da mesma demanda terem conclusões completamente distintas, isto é, as concepções de mundo sofrem transformações, um fato que era interpretado sob uma ótica, passa a ser interpretado de outra forma (KUHN, 2017).

Os direitos fundamentais e o Estado Constitucional de Direito remetem a uma radical diferença entre um Código Penal elaborado sob uma perspectiva adstrita ao *status quo* da época (1940) e uma Constituição (1988) exsurgida de interesses social e coletivos que tinha por base uma dimensão democrática da sociedade.

Diante do exposto, conclui-se que a ADPF 54 pode ser considerada um reflexo do paradigma dos direitos fundamentais.

Deste modo é possível concluir que o Estado Constitucional de Direito e os direitos fundamentais são paradigmas da dogmática jurídica hodierna.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Nº240: Rio de Janeiro, Abri/Jun 2005, pp 1 – 42.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Marcela Maria Gomes Giorgi. **Aborto no Poder Judiciário: O caso da ADPF 54**. 2010, 186 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. Vargas, Alexis Galiás de Souza. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a Avocatória**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14764-14765-1-PB.htm>>. Acesso em: 15.jun.2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17.jun.2018.

BRASIL. Lei nº 9822, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 6 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9822.htm>. Acesso em: 17.jun.2018.

BRASIL. Decreto-lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 8.jul.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Requerente: Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 14 de mar. 2012

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

CAPRA, F. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. 2 ed. 15 reimpressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Salvador: Juspodium, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental in DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 3 ed. Salvador: Juspodium, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Uma corte constitucional para o Brasil. **Boletim dos Procuradores da República**. Ano IV – n. 43 – Novembro 2001. p. 10.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 12. Ed. Salvador: Juspodium, 2018.

DOMINGUES, Ivan. **Epistemologia das ciências humanas**. São Paulo: Edições Loyola, 2004. (Tomo I: Positivismo e Hermenêutica – Durkheim e Weber).

FERRAJOLI, Luigi. Pasado e Futuro Del Estado de Derecho. In CARBONELLI, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.

FONSECA, Luciana Carvalho. **A Competência Discricionária da Suprema Corte dos Estados Unidos e o Writ of Certiorari**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/LawEnglish/74,MI71914,91041-A+Competencia+Discricionaria+da+Suprema+Corte+dos+Estados+Unidos+e+o>. Acesso em: 25.jun.2018

GONZÁLEZ, F. **¿Que es un paradigma? Análisis teórico, conceptual y psicolingüístico del término**. Investigación y Postgrado, Caracas, v. 20, n.1, p. 1-25, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/658/65820102.pdf>>. Acesso em: 22.abr.2018.

GUBA, E. **Criteria for Assesing the truthworthiness of naturalistic inquires**. In E. Guba (Ed.). The Paradigm Dialog. Newbury, Park, CA.: Sage Publications, 1990.

GUEDES, Néviton. **Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em: 23.mai.2018.

HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 4. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 13 ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

SANTOS FILHO, Roberto dos Lemos dos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LUBISCO, Lídia Maria Lienert. VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de estilo acadêmico**: trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses. 5. ed. Salvador: EDUFBA, 2013.

LUÑO, Perez Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: Juspodium, 2016.

MARLMEINSTEIN, George. Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. n. 3, ano 2. **Revista Opinião Jurídica**. 2004.1.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015

MORIN, E. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2000.

PLATÃO. **Diálogos**. Seleção de Textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução e notas de José Cavalcante de Souza (O Banquete), Jorge Paleikat e João Cruz Costa (Fédon, Sofista, Político). 5 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. – (Os Pensadores).

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TENNYSON, Alfre. **Ulysses**. Disponível em: <https://escamandro.wordpress.com/2014/02/13/ulisses-lorde-alfred-tennyson/>. Acesso em: 07.mar.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais na CF em seus 30 anos de vigência: como tudo começou**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/direitos-fundamentais-cf-30-anos-tudo-comecou>> Acesso em: 23.abr.2018

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SERRES, Michel, **O Contrato Natural**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

STRIMSKA, Z. **La Noción de Paradigma Sociológico como Modelo Epistemológico de la Práctica Científica**. Teoría y Sociedad, (1 y 2), Revista de la Escuela de Sociología y Antropología de la Universidad Central de Venezuela, 1981.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WLOCH, Fabrício. SILVA, Carlos Roberto da. A Efetivação dos Direitos Fundamentais à Luz de Canotilho e de Alexy in Revista Constituição e Garantia de Direitos V.9, N.2 (2016)