

A ÉTICA, A MORAL, OS PRINCÍPIOS E O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

THE ETHICS, THE MORAL AND THE PRINCIPLES AND MODERN CONSTITUTIONALISM

Cesar Marció¹

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, quando da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/Distrito Federal, propiciou (no contexto jurídico brasileiro) inúmeras discussões quanto a sua constitucionalidade. Essa temática, perpassando os valores (morais, éticos, políticos, sociais e religiosos), polemizou os procedimentos legislativos inerentes ao Estado Democrático de Direito. Objetivando analisar os desdobramentos constitucionais dessa decisão, que (contrariando texto constitucional expresso), reconheceu direitos civis aos relacionamentos homoafetivos será apreciado o voto do Ministro Marco Aurélio trazendo a lume a imbricada relação entre Moral, Ética e Direito. O estudo terá como foco a utilização dos princípios como mecanismos de concretização de direitos (constitucionalismo moderno), abordando os procedimentos legislativos que propugnam, até os dias atuais, a busca pelo difícil equilíbrio entre os poderes constituídos (poder de direito), procurando compreender o conceito de jurisdição constitucional e os limites a ele inerentes.

PALAVRAS-CHAVE: Ética; Moral; Direito; Princípios; Jurisdição e Constitucionalismo Moderno.

ABSTRACT

The Federal Supreme Court, when deciding on Unconstitutionality Federal Action No. 4.277/District, provided (under Brazilian law) so many discussions about its constitutionality. This theme, spanning the values (moral, ethical, political, social and religious), brought relevance to legislative procedures inherent to the Law Democratic State. In order to analyze the constitutional ramifications of this decision (contrary to the constitutional text expressed) it recognized civil rights to homosexual relationships will be appreciated the vote of the Minister Marco Aurelio bringing to light the intertwined relationship concerned to Morality, Ethics and Law. The study will focus on the use of the principles and mechanisms of realization of rights (modern constitutionalism), addressing the legislative procedures that advocate up to now and the search for the difficult balance between the constituted powers (power law), seeking to understand the concept of jurisdiction constitutional and the limits concerned to it.

KEYWORDS: Ethics; Moral; Law; Principles; Jurisdiction and Modern Constitutionalism.

¹ Cesar Marció é mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) de São Leopoldo/RS. Integra os grupos de pesquisa da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc Xanxerê) que abordam a temática de Direitos Fundamentais Sociais (a efetividade pragmática dos direitos fundamentais nas decisões judiciais) e Dogmática Jurídica e Constitucionalismo Contemporâneo. É docente do ensino superior, ministrando as disciplinas de Ciência Política, Filosofia Jurídica, Direitos Humanos e Democracia, Novos Direitos, Trabalho de Curso I e Trabalho de Curso II, no curso de Direito da UNOESC Xanxerê/SC.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como intuito, apresentando os princípios e objetivos do Estado e do Constitucionalismo Moderno, estudar pontos que compreendem um dos fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/Distrito Federal que, no contexto jurídico brasileiro, tem gerado inúmeras discussões quanto a sua constitucionalidade.

Essa temática, conforme restará demonstrado, não está atrelada tão somente aos valores (morais, éticos, políticos, sociais e religiosos) perseguidos pela sociedade brasileira, mas, em especial, aos procedimentos legislativos inerentes ao Estado Democrático de Direito (constitucionalismo moderno).²

Os Ministros do SFT, por unanimidade³, apreciando a ADI n. 4.277, em 05 de maio de 2011, entenderam como passível de reconhecimento (pelo Estado) as relações homoafetivas, garantindo direitos (status de família) às pessoas (de mesmo sexo) que vivam em união estável. Contudo, o texto constitucional⁴ reconhece, expressamente, relações dessa natureza apenas entre homens e mulheres, razão da celeuma criada em relação ao tema proposto.

Objetivando analisar os desdobramentos constitucionais da decisão, será apreciado, em especial, o voto do Ministro Marco Aurélio que, quando de sua argumentação, apontou (como fundamentos) a evolução do conceito de família (baseada no afeto e não mais na procriação e/ou patrimônio) e os princípios fundamentais da carta constitucional que garantem o exercício da cidadania, da dignidade da pessoa humana e a vedação de qualquer forma de discriminação.⁵

² “Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrática de Direito – *em que o direito deve ser visto como instrumento de transformação social* – ocorre uma desfuncionalidade do direito e das instituições encarregadas de aplicar a lei.” (STRECK, 2000, p. 93, grifo do autor)

³ O Ministro Dias Toffoli esteve impedido de se posicionar, posto que atuou no processo quando era da Advocacia Geral da União.

⁴ Constituição Federal de 1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

⁵ Constituição Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II – cidadania; III - a dignidade da pessoa humana”. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Como narrado, o artigo apresentará os desdobramentos constitucionais levando em consideração a imbricada relação entre Moral, Ética e Direito, tendo como foco, ainda, a utilização dos princípios como mecanismos de concretização de direitos.

O texto tem como objetivo, procurando diferenciar essas terminologias e compreender os conceitos, apresentar as divergências entre os que entendem como constitucional a decisão do STF e os que aventam sobre sua inconstitucionalidade, tendo como base a ideia de jurisdição constitucional e os limites a ela inerentes. Para tanto, tratando de poder competente (jurisdição constitucional), restarão abordados os procedimentos legislativos que propugnam, até os dias atuais, a busca pelo difícil equilíbrio entre os poderes constituídos (poder de direito).

Diante do exposto, conforme demonstram as breves linhas que norteiam o início deste texto, o foco da discussão permeará a compreensão das terminologias apontadas (Moral, Ética, Direito e Princípios – como valores sociais) e dos limites/aplicabilidade da jurisdição constitucional, bem como as razões dos desvios a ela inerentes.

2 MORAL, ÉTICA E DIREITO

O estudo, procurando compreender a temática abordada, envolve valores sociais que perpassam os conceitos (e pré-conceitos) morais e éticos. O direito (afastado desses valores pelo positivismo jurídico)⁶ passa a reaproximar-se deles com uso dos princípios (neoconstitucionalismo)⁷, o que faz desenvolvendo a hermenêutica filosófica⁸.

⁶ “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência [...] A característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízo de fato.” (BOBBIO, 1995, p. 135)

⁷ Caracteriza-se, essencialmente, por incorporar valores e orientações políticas, sobretudo, no que toca a promoção da dignidade e dos direitos fundamentais. (BARCELOS, 2007).

⁸ Hermenêutica filosófica: “A passagem de (e/ou o rompimento com) um modelo de interpretação do direito de cunho objetivista, reprodutivo, de visível influência Bettiana, que trabalha com a possibilidade da busca de conceitos ensimesmados das palavras da lei, feitas por um sujeito cognocente, mergulhado nos confins do paradigma epistemológico da filosofia da consciência *começa a ser feita a partir dos aportes da Semiótica, em sua matriz pragmática, e da hermenêutica filosófica com a hermenêutica antirreprodutiva de Gadamer, pela qual se passa da percepção à compreensão*. Ou seja, tanto a pragmática quanto a hermenêutica ao romper com os dualismos metafísico-essencialista [...] contribuem para a construção de uma hermenêutica jurídica que problematiza as recíprocas implicações entre discursos e realidade, além de desmi(s)tificar a tese, prevalecendo no âmbito do sentido comum teóricos dos juristas, da possibilidade da separação dos processos de produção, de

Para compreender essa evolução do pensamento jurídico, será analisada a decisão proferida pelo STF em sessão realizada na data de 05 de maio de 2011 que, por unanimidade, reconheceu direitos civis às pessoas do mesmo sexo (homoafetividade). Contudo, conforme evidenciado pela leitura dos votos, as “ponderações” apresentaram fundamentos diversos, todas baseadas em princípios “constitucionais” que legitimar(i)am a decisão.

Sendo impossível (diante do objetivo deste artigo) a análise de todos os votos, o estudo terá como base (fonte) o voto do Ministro Marco Aurélio que, dentre outros argumentos, apresentou a evolução do conceito de família (hoje baseada na relação de afeto) e dos princípios fundamentais (constitucionais) que asseguram o exercício da cidadania, da dignidade da pessoa humana e da vedação de qualquer forma de discriminação. O voto traz a lume discussões inerentes à moral, à ética e ao Direito (valores sociais), terminologias que devem ser compreendidas para possibilitar discussões sobre o tema. Desta feita, objetivando o desiderato proposto, necessário se faz iniciar pela influência dos conceitos (e pré-conceitos) morais atinentes às relações homoafetivas.

Insurgindo-se ao reconhecimento, pelo Estado, dessa forma de relacionamento humano (status de família) as doutrinas religiosas, com fulcro no conceito tradicional de família (união de pessoas de sexos distintos com objetivo de procriação), a compreendem contrária não só em relação moral como em relação à ética e aos bons costumes. Por outro lado, os interessados no reconhecimento dessa forma de relacionamento humano, objetivando o exercício da cidadania⁹, apresentam a ideia de democracia substancial em detrimento da democracia formal¹⁰. Entendem que a moral religiosa (apregoadada como limitadora desse direito) vai de encontro aos princípios constitucionais fundamentais (dignidade da pessoa humana, exercício da cidadania e da não discriminação) que, legitimando essa forma de relacionamento, garantiriam o reconhecimento (pelo Estado) dos direitos civis a ele inerentes (busca da felicidade).

Diante do exposto, objetivando compreender as razões apresentadas, seja pelo poder judiciário (reconhecendo direitos civis às relações homoafetivas), seja pelo movimento

interpretação e da aplicação do texto normativo. [...]. *Somente pela linguagem – vista como condição de possibilidade e não como mero instrumento ou terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto – é possível ter acesso ao mundo (do Direito e da vida)* (STRECK, 2000, p.166-167, grifo do autor).

⁹ Constituição Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania”.

¹⁰ “Bastaría con esto para responder a la crítica dirigida por Anna Pintore a mi “distinción entre democracia *formal* y democracia *sustancial*: la primera se proyecta sobre el “quién” y el “cómo” se decide, la segunda sobre qué es lo decidable o lo no decidable.” (FERRAJOLI, 2001, p. 340, grifo do autor) .

religioso (contrário a esse reconhecimento), necessário se faz (inicialmente) dissecar os conceitos inerentes às terminologias empregadas (Moral, Ética e Direito).

A distinção dessas terminologias assombra a humanidade desde os primórdios sendo que, até os dias atuais, muita celeuma existe em relação a elas. Peter Singer, tratando da ética, apresenta as seguintes indagações:

É a existência de padrões morais objetivos (conjunto de leis dadas por Deus) ou seria apenas mais um exemplo de nossa tendência de objetificar as necessidades e preferências pessoais (subjativa)? O que significa emitir um juízo moral, discutir uma questão ética, ou viver de acordo com os padrões éticos? (SINGER, 2002, p.17).

Percebe-se, claramente, que uma resposta afirmativa no sentido de a ética ser fruto de padrões morais objetivos acarretaria no reconhecimento da doutrina religiosa que entende imoral os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo (contraria o conceito tradicional de família). Contudo, em sendo positiva a resposta no sentido de a ética ser fruto de padrões morais subjetivos (tendência de objetificar necessidades e preferências pessoais) o reconhecimento das relações homoafetivas teria amparo moral e ético.

Neste sentido, Singer, procurando soluções às indagações, apresenta o princípio da Igual Consideração de Interesses, entendendo a igualdade como sendo um princípio ético básico (aspecto universal dos juízos éticos), em que as ações afirmativas surgem como forma de minorar as diferenças (fugindo da igualdade formal) e propiciar um tratamento preferencial (igualdade material/substancial)¹¹ a membros de grupos menos favorecidos (direito das minorias – democracia substancial). Nesse sentido, sugere tratamento diverso (como modo de discriminação positiva e não negativa) para o reconhecimento e inclusão de grupos sociais excluídos do modelo de democracia formal. (SINGER, 2002, p. 30, 58 e 341)

Realizando uma analogia com o reconhecimento das relações homoafetivas (interesse de um grupo social – pessoas do mesmo sexo – que buscam, no Estado, o reconhecimento de direitos civis – garantia da felicidade pelo reconhecimento da diversidade) é possível dizer que, pelo princípio da igual consideração de interesses, esse grupo desfavorecido mereceria

¹¹ “Um dos princípios do regime geral dos direitos fundamentais é o **princípio da igualdade**. A igualdade é, desde logo, a igualdade formal (“igualdade jurídica”, “igualdade liberal” estritamente postulada pelo constitucionalismo liberal. [...] Todavia, o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo. [...] Reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples *princípio de prevalência da lei* em face da jurisdição e da administração. Consequentemente, é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material.”(CANOTILHO, 2002, p. 426-427, grifo do autor)

tratamento específico, objetivando a igualdade substancial e não apenas formal. Assim o não reconhecimento, pelo Estado, dessas relações, estaria ferindo os direitos dessa minoria e discriminando (forma negativa) um grupo de pessoas.

Contudo, a celeuma existente aborda não só os efeitos morais e éticos da decisão, mas, em especial, o procedimento adotado para o reconhecimento dessa relação (função do Legislativo e não do Judiciário). Contudo, antes da análise dos procedimentos constitucionais (legitimidade e jurisdição constitucional), serão aprofundados os conceitos que ligam os termos (Ética e Moral).

Para muitos, os conceitos éticos seriam o freio para o reconhecimento das relações homoafetivas pelo poder legítimo (Legislativo), isso em virtude de que a ética¹² (um produto da vida social – inconsciente) tem a função de promover valores comuns aos seus membros que fazem o que é valorizado socialmente (independente das virtudes naturais). (SINGER, 2002, p. 342)

Nesse contexto, tratando a moral como fruto da razão, Pendás Garcia compreende ser ela determinada por ações racionais e livres do agente (moral fruto da razão individual) que considera a relação entre os meios de que dispõe e os objetivos que pretende alcançar. Assim, o INTERESSE seria (no mais amplo sentido do termo) a causa eficiente da ação. A tarefa da Ética, nesse contexto, seria conseguir aliar INTERESSE E DEVER, mediante um exato conhecimento dos prazeres e deveres, o que deve ser feito pelo cálculo da felicidade (corrente utilitarista) (GARCIA, p.11).

Aristóteles (2007), em sua obra *Ética a Nicômaco*, ao tratar da felicidade analisava a relação existente entre ela e a inteligência. Para tanto, distinguia dois tipos de virtude ou excelência humana (virtudes morais e virtudes intelectuais). A virtude moral, que interessa para o caso em comento, seria uma expressão do caráter, produto dos hábitos que refletem opções sistematicamente repetidas. Já Vazquez (1993, p. 15), tratando do tema, entende a ética como um conjunto de teorias que têm como objeto de estudo o comportamento moral, ou seja, "[...] a teoria que pretende explicar a natureza, fundamentos e condições da moral, relacionando-a com necessidades sociais dos homens."

¹² "Minha sugestão é que nossa noção de ética tornou-se enganadora, na medida em que o valor moral só é atribuído a ação prática por ser correto, sem quaisquer motivos ulteriores. É compreensível e, do ponto de vista da sociedade, talvez até mesmo desejável, que essa atitude predomine; não obstante, os que aceitam esta concepção da ética e são levados por ela a fazer o que é certo porque é certo, sem perguntarem que outras razões podem justificar o seu ato, estão sendo vítimas de uma espécie de conto do vigário – ainda que, sem dúvida, não conscientemente perpetrado." (SINGER, 2002, p. 342)

Conforme demonstrado, os termos Moral e Ética estão imbricados, em que a Ética (entendida como um ramo da filosofia) pode constituir-se em núcleo especulativo e reflexivo sobre a complexa fenomenologia da moral na convivência humana "[...] parece difícil admitir que uma teoria do *ethos* no sentido filosófico da sua justificação ou fundamentação racional possa desaparecer do horizonte cultural da nossa civilização, a menos que desapareça a própria filosofia e a civilização venha a mudar de alma e de destino." (VAZ, 2002, p. 63)

Por outro lado, a Ética (não entendida como objeto descritível de uma ciência, nem tampouco como fenômeno especulativo) trataria da conduta esperada pela aplicação de regras morais no comportamento social, o que se pode resumir como qualificação do comportamento do homem enquanto ser em situação. É esse caráter normativo de Ética que a colocará em íntima conexão com o Direito.

Nesta concepção, os valores morais seriam o sentido do agir e a Ética seria a moral em realização, pelo reconhecimento do outro como ser de direito, especialmente no que tange à questão da dignidade humana. Como se vê, a compreensão do fenômeno Ético não mais surgiria dos resultados metodologicamente analisados, de uma descrição ou de uma reflexão, mas (objetivamente) do agir (comportamento que tem conseqüências) capaz de tornar possível uma convivência correta.

Assim, se a ética de convicção pode servir de critério para a pessoa emitir juízos e julgar os conflitos de seus próprios valores, será a ética social o critério para julgar o procedimento de cada um nas relações interpessoais. Assim, a Ética, a Política e o Direito (embora categorias diferentes) são todas inter-agentes da conduta humana: "Cabe à Ética decidir qual a resposta sobre o que é moralmente correto; ao Direito decidir sobre o racionalmente justo e à Política, sobre o que seja socialmente útil, caminhos que apontam uma forma racional de buscar o bem, o bom e o belo na vida social. (MELO, 1994, p. 58-59)

Nesse contexto Radbruch (2004, p. 92-93) ressalta (objetivamente) a necessidade de vincular preceitos éticos às normas jurídicas, ao conceituar o Direito como "a realidade que tem o sentido de se achar a serviço da idéia de justiça, sendo que a essência da justiça reside na tendência para conformar as relações dos homens entre si, no sentido da igualdade (natureza valorativa)". Perelman, por sua vez, compreende que "as leis e os regulamentos politicamente justos são os que não são arbitrários porque correspondem às crenças, às aspirações e aos valores da comunidade política." (PERELMAN, 2002, p. 192)

Analisando a decisão do STF, em comparativo com os aportes teóricos apresentados, poder-se-ia questionar se (na oportunidade) foram observadas as crenças, as aspirações e os valores da comunidade política. Para responder a indagação devem ser compreendidos não apenas os preceitos éticos e morais inerentes à temática (homoafetismo), mas, em especial, os procedimentos prescritos para efetivação desse direito (legitimidade e jurisdição constitucional).

Sabe-se que o domínio normativo da Ética nem sempre coincide com o domínio normativo do Direito. Este inclui normas pragmáticas e de organização que, em princípio, seriam neutras do ponto de vista axiológico. Mas seja qual for a finalidade do preceito jurídico, sua validade material estará vinculada à realização do interesse geral e, portanto, do bem comum, sentido que lhe empresta o valor, sendo que os rumos atuais do Direito, em nossa civilização ocidental, parecem indicar uma superação do positivismo jurídico. É a lição de Perelman (2002, p. 392):

O crescente papel atribuído ao juiz na elaboração de um direito concreto e eficaz torna cada vez mais ultrapassada a oposição entre o direito positivo e o direito natural, apresentando-se o direito efetivo como o resultado de uma síntese em que se mesclam, de modo variável, elementos emanantes da vontade do legislador, da construção dos juristas e considerações pragmáticas de natureza social, política, moral e econômica.

Essa constatação de que o Direito é fenômeno cultural, construído historicamente pela experiência na vida social e nas práticas comunitárias, com as influências de variadas manifestações ideológicas, procura explicar a formação histórica dos princípios gerais de direito e, em grau especialíssimo, daqueles que garantem o elenco dos direitos humanos no constitucionalismo contemporâneo. Desta feita, resta necessário reconhecer que esse comprometimento do Direito com os princípios éticos pressupõe uma visão utópica, utopia como inconformidade com o que é e a busca do que deve ser. "...a política jurídica utópica continua sendo direito, seus filósofos oferecem extensos programas que podem, caso seduzam a imaginação dos juristas, tornar seu progresso mais deliberado e reflexivo." (...) cada sonho já é latente no direito contemporâneo; cada sonho pode ser o direito do futuro." (DWORKIN, 1999, p. 488 e sg)

Nas possibilidades de uma política jurídica impulsionada pela utopia humanista da esperança e assim preocupada com critérios objetivos de justiça e de utilidade social, poder-se-ão encontrar algumas indicações para a solução dos dilemas da experiência jurídica, que

põem em correlação a ética, a política e o direito, conforme pensamento explicitado por Miguel Reale (1968, p. 63): “É na Política do Direito que se analisam as conveniências axiológicas, em função das quais o poder é levado a optar, por exemplo, por um determinado projeto, eliminando da esfera da normatividade jurídica todas as outras soluções propostas.”

Muito embora a história tenha procurado separar o Direito da Moral e da Ética, resta evidente a contribuição desses valores para a formação do arcabouço jurídico. Contudo, muito se tem discutido sobre a influência dos valores quando da entrega da tutela jurisdicional do Estado pelo poder judiciário, em especial neste momento em que se busca superar o modelo positivista, apresentando-se a hermenêutica jurídica filosófica como importante ferramenta para esse desiderato.

O resultado dessa preocupação são as críticas a decisão do STF quanto ao reconhecimento das relações homoafetivas (garantindo direitos civis às pessoas de mesmo sexo), isso diante do texto constitucional (expresso) que contempla (apenas) o reconhecimento de união estável entre pessoas de sexos distintos¹³. Trata-se de hermenêutica jurídica filosófica e/ou ativismo judicial?

Os que compreendem acertada a decisão apresentam como justificativa o fato de o próprio texto constitucional (artigos 1º e 3º) assegurar o reconhecimento desse direito pelo poder judiciário. Esse entendimento tem como fundamento a valoração dos princípios como normas. Contudo, os que apontam sua inconstitucionalidade apresentam, como justificativa, os limites inerentes à jurisdição constitucional. Para estes, o poder judiciário não seria competente para realizar alterações constitucionais eis que, ao fazê-lo, estaria avocando para si funções que deveriam ser desempenhadas pelo poder Legislativo. O Estado Democrático de Direito brasileiro exige a observância dos limites de poder (constitucionalismo moderno) sob pena de não ser reconhecido como um Estado Constitucional¹⁴.

A grande celeuma reside na interpretação dos dispositivos jurídicos (constitucionais). O poder judiciário, procurando concretizar as promessas realizadas pelo poder constituinte originário, tem desempenhado funções que extrapolam sua jurisdição constitucional,

¹³ Constituição Federal de 1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

¹⁴ “Queda el Montesquieu teórico de la separación de poderes; y éste parece que triunfó, y a qué artículo 16 de la Declaración de Derechos afirma que um Estado sin separación de poderes no tiene constitución.” (MATTEUCCI, 1998, p. 230-231).

utilizando-se (indiscriminadamente) do uso de princípios (valor ou norma?)¹⁵. Ao tratar de princípios, estar-se-á tratando de valores que, no entendimento de importantes doutrinadores, deveriam ser considerados quando da positivação das normas jurídicas (texto jurídico) existindo, contudo, limites quando de sua aplicação ao caso concreto.

3 OS PRINCÍPIOS E O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Conforme demonstrado, a discussão relativa a temática abordada não está atrelada tão somente aos valores morais e éticos de uma sociedade mas, em especial, aos procedimentos inerentes a um Estado Democrático de Direito que, com base nos princípios de divisão e limitação de poderes, possui mecanismos que garantem a participação popular na positivação desses direitos (democracia semi-direta)¹⁶.

Objetivando melhorias no sistema democrático brasileiro, tem-se procurado superar o modelo de democracia formal (indireta e direta) em busca de uma democracia substancial (democracia participativa)¹⁷ em que, adotando mecanismos eficientes (outros que não apenas os modelos já conhecidos: iniciativa popular, referendo e plebiscito) garantam uma efetiva e eficaz participação da população nas decisões que impactem em transformações sociais (direitos à minorais).

No Brasil da “[...] modernidade tardia e arcaica, houve um *simulacro de modernidade*”, afirma Streck (2000, p. 25),¹⁸ sendo que, muitas das promessas constitucionais

¹⁵ “A partir disso, há que se ter claro, com Bonavides, que princípios valem, regras vigem; *os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime e a ordem jurídica*. Não são (os princípios) apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. [...] A violação de um princípio passa a ser mais grave que a transgressão de uma regra jurídica (no dizer de Bandeira de Mello) *representando a violação de um princípio constitucional na ruptura da própria Constituição, tendo essa inconstitucionalidade conseqüências muito mais graves do que a violação de um simples dispositivo*, mesmo constitucional (na acepção de Souto Maior Borges), tudo porque – e não deveria haver qualquer novidade nisso – *todos os dispositivos constitucionais são vinculativos e têm eficácia*, podendo se afirmar, com Canotilho, que hoje não há normas (textos jurídicos) programáticas. (STRECK, 2000, p. 225-227, grifo do autor).

¹⁶ “O princípio da democracia reúne as dimensões participativa e representativa, mostrando-se inconsistente qualquer procedência unilateral *prima facie* desta ou daquela dimensão.” (FREITAS, 2002, p. 22)

¹⁷ “A democracia representativa é vital. A direta, também. Bem por isso, eis um dos mais complexos e fascinantes desafios de nosso tempo: fazer complementares os instrumentos da democracia direta e democracia representativa. Impõem-se, para tanto, superar o formalismo da legitimação pelo procedimento, característico da tradicional e antiga democracia representativa [...] Controle social é indispensável a hierarquização consistente das prioridades comunitárias.” (FREITAS, 2002, p. 11)

¹⁸ “Como muito bem assinala Erick Hobs Bawn, o Brasil é “um monumento à negligência social”, ficando atrás do Sirilanka em vários indicadores sociais. [...] Ou seja, em nosso país, as promessas da modernidade ainda não

não foram (são) eficazes, ensejando a judicialização desses direitos. No afã de concretizá-los o poder judiciário, não raro, acaba extrapolando sua jurisdição (quebra da harmonia e independência entre os poderes constituídos), justificando esses rompantes com a utilização de princípios que, em muitos casos, surgem como verdadeiros “*curingas*”.

Assim, diante da alegada insuficiência de regras na realização do Direito, vem à tona uma importante discussão sobre a normatividade dos princípios. Tratando da temática, Eros Grau sustenta que anterior ao direito posto (positivado/expresso pela regra) existe um direito pressuposto, o qual sustenta o direito posto. O direito pressuposto é um “produto cultural, cada modo de produção produz a sua cultura e o direito pressuposto nasce como produto desta cultura.” (GRAU, 2005, p.144).

Contudo, resta importante enaltecer os limites existentes quando da aplicação do texto constitucional. A hermenêutica filosófica, reconhecendo o papel dos princípios na função interpretativa, demonstra preocupação quanto a desvinculação do intérprete em relação ao Direito no conjunto (discricionariade), eis que deve-se aplicar o Direito e não o texto (GRAU, 2005, p. 65). Nesse sentido é possível afirmar que para cada caso existe apenas uma solução condizente com a Constituição, como bem assinala Streck (2000, p. 175):

A partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta constitucionalmente adequada – espécie de resposta hermeneuticamente correta – a partir do exame de cada caso. Com efeito, entendo ser possível encontrar uma resposta constitucionalmente adequada a cada problema jurídico. Hermenêutica é aplicação. Portanto, aquilo que se denomina de “colisão de princípios”, por exemplo, só pode ser solucionado em face de um dado caso concreto. Princípios não colidem abstratamente. Princípios não colidem no ar. Não há respostas *a priori*, ex-surjam de procedimentos (método, meta-critérios ou fórmulas de resolução de conflitos). Como não interpretamos por partes – porque não compreendemos por etapas – o problema hermenêutico é filosófico e não um problema procedimental. Não percebemos primeiro o texto para depois acoplar-lhe a norma (o sentido). Ou seja, como o ato de interpretar – que é sempre compreensivo – é unitário, o texto não está – e não nos parece desnudo, à nossa disposição. A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico. Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a se transformar em um simples resultado manipulável pelo intérprete. Mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas forma pela qual o subjetivismo procurou controlar o “processo” de interpretação. Daí a importância dada ao método, supremo momento da subjetividade assujeitadora. Ora, a pré-compreensão antecipadora de sentido de algo ocorre à revelia de qualquer “regra epistemológica” ou método que fundamente esse sentido. A compreensão de algo como algo simplesmente ocorre, porque o ato de compreender é existencial, fenomenológico e não epistemológico.

se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal.”(STRECK, 2000, p. 25, grifo do autor)

Vivenciando um regime democrático em que o processo legislativo estabelece o povo como responsável (indireto) pela confecção das leis, não pode o poder judiciário avocar para si funções que correspondem a outros poderes constituídos. Assim, realizadas promessas constitucionais (inerentes aos modelos de Estados de bem estar social – Welfare State) e não cumpridas, o sistema judiciário brasileiro tem procurado garantir (mecanismos inerentes a modelos de Estado Liberais) de forma individualizada os direitos fundamentais sociais que deveriam ser fruto de efetivação/concretização de políticas sociais pelo poder Executivo, eis que assegurados constitucionalmente.

Contudo, resta indagar se, ao realizar ditos procedimentos (efetivação de políticas sociais e/ou supressões de omissões legais) o poder judiciário não estaria extrapolando seu poder competente (jurisdição). Nos últimos tempos, muitas têm sido as críticas realizadas nesse sentido, uma vez que o órgão responsável pela guarda da constituição federal (Supremo Tribunal Federal – STF) tem proferido (como é o caso do reconhecimento das relações homoafetivas) decisões passíveis de questionamentos em virtude da dita harmonia e independência entre os poderes.

O foco principal dessa discussão tem sido (como dito), nem tanto os princípios morais e éticos, mas, a falta de legitimidade dos representantes do poder judiciário uma vez que, não sendo eles representantes eleitos pelo povo (democracia indireta), não possuiriam legitimidade para realizar alterações em textos normativos, sejam eles constitucionais e/ou infraconstitucionais. No caso do primeiro a preocupação resta aumentada diante do fato de, adotando um modelo constitucional rígido, ser significativo o quorum previsto pela carta constitucional para efetivação de emendas constitucionais, fato este que não seria observado caso fosse alterado por meio de decisões judiciais.

Face ao todo exposto, o presente artigo (não possuindo interesse em esgotar a matéria) objetiva, realizando comparativos com as evoluções inerentes aos modelos estatais e constitucionais, apresentar fatos que possam auxiliar na compreensão dessa preocupação nacional quanto aos mecanismos adotados para suprir não só falhas no exercício e efetivação de políticas sociais (pelo judiciário), mas, em especial, quanto a preocupação no uso desse poder para realizar alterações normativas de âmbito constitucional e infraconstitucional o que, no entender de importantes juristas e doutrinadores, seria inconstitucional eis que não existiria legitimidade para tanto.

Realizando contraponto as críticas sofridas, os representantes desse poder constituído (poder judiciário) por sua vez, têm invocado em seu favor (procurando demonstrar

legitimidade para exercício das atribuições que tem avocado para si) a figura do “*amigo da corte*”¹⁹ (suposto mecanismo de democracia substancial) justificando que, diante da participação direta da sociedade no regime democrático (democracia participativa), estariam eles legitimados a não só determinar a efetivação/concretização de políticas sociais como também (diante da inércia do legislativo), a efetivar alterações normativas de âmbito constitucional e/ou infraconstitucional.

Contudo, necessário lembrar que o Brasil não possui uma cultura de exercício de democracia participativa, o que resta demonstrado (claramente) pelo pouco/tímido interesse da população em participar de toda e qualquer agremiação que tenha como objetivo a legitimação, garantia e/ou efetivação de direitos. Isso se deve ao fato de que muitas das conquistas vivenciadas no mundo jurídico (Welfare State – Estado do bem estar social), só agora passaram a ser (re)conhecidas aos brasileiros o que tem sido feito não pelos poderes constituídos (legítimos) para tanto (Legislativo e Executivo) mas sim pelo poder Judiciário que, procurando garantir um modelo de Estado Social, tem utilizado ferramentas de um Estado Liberal (busca individualizada – direitos subjetivos) fato este que, em muitas oportunidades, contraria o Estado Democrático de Direito (busca coletiva dos direitos assegurados constitucionalmente), principalmente por não respeitar as limitações de poder estabelecidas pela Carta Magna²⁰.

Diante desse quadro, resta como conclusão a ideia de que a jurisdição constitucional garante ao Poder Judiciário a competência/legitimidade para garantir a eficácia das promessas constitucionais. Contudo, para tanto, deve respeitar os limites impostos pela Carta Magna sob pena de, não o fazendo, ensejar mutações constitucionais, propiciando (ao deixar o campo da jurisdição constitucional) o famigerado ativismo judicial situação que vai de encontro a carta constitucional vigente.

¹⁹ “A figura do *amicus curiae*, de intervenção permitida e limitada nos processos de controle da constitucionalidade, como prevê o art. 7º, parágrafo 2º da Lei .868/99 e o art. 482, parágrafo 3º do CPC, trata-se de igual modo, de uma inovação no sistema processual caracteristicamente fechado à participação de terceiros. Consiste na possibilidade concreta de enriquecimento do debate judicial acerca das mais diversas questões jurídicas e de valores sociais, o que seguramente contribui para o incremento da legitimidade e pluralização das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, aliás, reivindicadas pelo neconstitucionalismo, principiológico. (SALDANHA, 2010, p. 97)

²⁰ “Queda el Montesquieu teórico de la separación de poderes; y éste parece que triunfó, y a qué artículo 16 de la Declaración de Derechos afirma que um Estado sin separación de poderes no tiene constitución.” (MATTEUCCI, 1998, p. 230-231).

4 CONCLUSÃO

O objetivo do artigo, realizando a análise da decisão do STF (reconhecimento das relações homoafetivas) e perpassando os conceitos (e pré-conceitos) morais e éticos foi discutir esse novo contexto jurídico em que o direito, reaproximando-se desses valores, passa a reconhecer o emprego dos princípios para concretização de garantias constitucionais (hermenêutica jurídica).

Nesse sentido, muito embora tenha sido demonstrado que a discussão, quanto a temática, está muito mais afeta aos processos e procedimentos constitucionais do que (efetivamente) à valores morais e éticos estes, com base nos pensamentos de Peter Singer, foram polemizados. Questionou-se quanto a ética ser a existência de padrões morais objetivos (conjunto de leis dadas por Deus) ou apenas tendência de objetificar necessidades e preferências pessoais (moral subjetiva), momento em que (objetivando solução do impasse) foi estudado o princípio da Igual Consideração de Interesses (igualdade como princípio ético básico – universalidade dos juízos éticos).

A utilização desse princípio teria como intuito não só o reconhecimento, mas, em especial, a minoração das diferenças, o que só seria possível com o desenvolvimento/efetivação das ações afirmativas (tratamento preferencial – igualdade substancial) em benefício dos grupos menos favorecidos (direito das minorias – democracia substancial).

Assim, trazendo os aportes teóricos para a realidade prática do caso em comento, dever-se-ia compreender a diversidade desse grupo social (pessoas do mesmo sexo em busca da felicidade pelo reconhecimento da diversidade) garantindo-lhes um tratamento preferencial por meio de ações afirmativas. O não reconhecimento, pelo Estado, dessas relações, não só estaria ferindo os direitos dessa minoria como discriminando (de forma negativa) um grupo de pessoas que (diante de um interesse coletivo) deveria ter seus direitos assegurados.

Contudo, importante enaltecer que a celeuma, objeto de estudo neste artigo, reside não só em relação aos efeitos morais e éticos da decisão, mas, muito mais, quanto ao modelo adotado pelo Estado para o reconhecimento dessa relação que, na compreensão de importantes juristas, caberia ao Legislativo e não do Judiciário. O Brasil, vivenciando um Estado Democrático de Direito, apresenta o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como

poderes constituídos (harmônicos e independentes), sendo a tripartição desses poderes um dos princípios constitucionais fundamentais.

Nesse sentido, o foco principal dessa discussão, perpassando os conceitos morais e éticos, tem sido a falta de legitimidade dos representantes do poder judiciário uma vez que, não sendo eles eleitos pelo povo (democracia indireta), não possuiriam legitimidade para realizar alterações em textos normativos, sejam eles constitucionais e/ou infraconstitucionais.

Diante do exposto, resta claro que a celeuma reside na interpretação (hermenêutica jurídica) dos dispositivos jurídicos, demonstrando que a temática abordada está (muito mais) próxima dos procedimentos inerentes a um Estado Democrático de Direito do que, efetivamente, aos valores sociais perseguidos. Assim, os que compreendem como inconstitucional a decisão do STF, apresentam como justificativa os limites inerentes a jurisdição constitucional, sendo que Estado Democrático de Direito brasileiro exige a observância dos limites de poder sob pena de não ser reconhecido como um Estado Constitucional, procedimento este que não teria sido observado pelo Supremo Tribunal Federal ao garantir direitos civis à pessoas de mesmo sexo (decisão contrária ao texto expresso). Em contrapartida, os que compreendem acertada a decisão apresentam como justificativa o fato de o próprio texto constitucional (princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito) assegurar o reconhecimento desse direito pelo poder judiciário, o que legitimaria a decisão proferida.

Diante do todo exposto, resta como conclusão a ideia de que a jurisdição constitucional garante (sim) ao Poder Judiciário a competência/legitimidade para garantir a eficácia das promessas constitucionais. Contudo, para tanto, deve respeitar os limites impostos pela Carta Magna sob pena de, não o fazendo, ensejar mutações constitucionais, propiciando (ao deixar o campo da jurisdição constitucional) o famigerado ativismo judicial situação que vai de encontro a carta constitucional vigente.

5 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética: a nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, nº 15, janeiro/ fevereiro /março de 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF. Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277/DF, de 05.maio. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf>. Acessado em junho.2011.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. De Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FREITAS, Juarez. O princípio da democracia e o controle do orçamento público brasileiro. **Interesse público Especial** – Responsabilidade Fiscal – Doutrina. Vol. 4. 2002. p. 11-23.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3º Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad** – historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994.

PERELMAN, Chain. **Ética e Direito**. Trad. Maria E. Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 192.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. De Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado. 2004.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 75-100.

SINGER, Peter. **Ética prática**. 3ª ed.. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Ética e Direito**. Org. de Claudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

VAZQUEZ, Adolfo S. **Ética**. Trad. João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.