SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A MANUTENÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PELAS DECISÕES CONTRA MAJORITÁRIAS DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

MAINTENANCE OF DEMOCRATIC STATE LAW BY DECISIONS AGAINST SUPREME COURT BRAZILIAN

Sérgio Henriques Zandona Freitas [1]
Ailana Silva Mendes Penido
Gustavo Matos de Figueiroa Fernandes

Resumo

O estudo da jurisdição constitucional é muitas vezes controverso, tendo havido uma disputa muito acirrada entre dois dos mais notáveis juristas europeus do início do século XX: Carl Schmitt e Hans Kelsen. A ideologia por trás desta disputa é viva ainda hoje, atingindo o debate sobre a atuação das Cortes Constitucionais, atores fundamentais e decisivos da vida institucional de inúmeros estados, obrigando os estudiosos do Direito sempre rever as considerações desses dois juristas sobre a temática. Utilizar-se-á o método hipotético dedutivo na pesquisa bibliográfica, com marco teórico na constitucionalização democrático participativa do Direito brasileiro.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Supremo tribunal federal, Hans kelsen, Karl schmitt

Abstract/Resumen/Résumé

The study of constitutional adjudication is often controversial , there was a very close contest between two of the most notable European lawyers of the early twentieth century : Carl Schmitt and Hans Kelsen . The ideology behind this dispute is still alive today , reaching debate on the role of the Constitutional Courts , fundamental and decisive actors in the institutional life of many states , forcing scholars of law always review the considerations of these two jurists on subject. Use shall be the hypothetical deductive method in literature, with theoretical framework for participatory democratic constitutionalization of Brazilian law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, supreme court, Hans kelsen, Karl schmitt

[1] Professor Orientador PPGD Universidade FUMEC

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista o atual momento político e jurisdicional vivido no país, a crescente atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos polêmicos e de grande repercussão na sociedade está colocando em dúvida as funções típicas atribuídas pelo princípio da separação dos poderes e o provável limite institucional que deveriam restringir a Jurisdição Constitucional da Suprema Corte Brasileira. Isso porque sua atuação é em grande parte contra a majoritária dos anseios da sociedade.

Diante do problema acima apresentado pretende-se realizar uma averiguação do ponto de vista científico quanto da criação deste tribunal superior, para identificar seu principal objetivo, como forma de analisar o debate filosófico ocorrido entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, suas consequências históricas em determinados ordenamentos jurídicos para, então, contextualizá-lo dentro do atual cenário da jurisdição constitucional brasileira através de uma análise jurisprudencial de determinados julgados proferidos pelo STF.

A jurisdição constitucional, também denominada pelo jurista italiano Mauro Cappelletti de justiça constitucional, emergiu nos ordenamentos jurídicos em um processo histórico como instrumento de combate as violações constitucionais, uma necessidade, pois, para assegurar a garantia e segurança imediata da Lei Fundamental (CAPPELLETTI, 1984).

No inicio do século XX, ocorreu o embate filosófico de grande importância que influenciou diretamente a formação dogmática das Jurisdições Constitucionais Modernas. Hans Kelsen defendia a ideia de uma corte suprema autônoma que decidia os casos de inconstitucionalidade dentro dos alicerces da Constituição. Já Carl Schmitt argumentava que era a função do Chefe de Estado (Presidente) decidir sobre a inconstitucionalidade das leis, pois acreditava que ele era o principal representante dos anseios e desejos da sociedade, portanto, possuindo legitimidade para tal.

Contudo, a história e a evolução jurídica deram razão somente a Hans Kelsen. Portanto será sua teoria o marco doutrinário de desenvolvimento da presente pesquisa. (BARBERA, 2011).

Utilizar-se-á o método hipotético dedutivo na pesquisa bibliográfica, com marco teórico na constitucionalização democrático participativa do Direito brasileiro.

Assim, se faz necessário o desenvolvimento deste trabalho através da dialética com investigação doutrinária e jurisprudencial para discutir e averiguar a legitimidade,

limites e resultados da atuação incisiva do Supremo Tribunal Federal diante de casos complexos em que se posicionou de forma contra majoritária ao pensamento popular, mas em defesa da manutenção do Estado Democrático de Direito.

2 AS TEORIAS DE SCHMITT E KELSEN

O estudo da jurisdição constitucional é muitas vezes controverso, tendo havido uma disputa muito acirrada entre dois dos mais notáveis juristas europeus do início do século XX.

Carl Schmitt e de Hans Kelsen travaram uma disputa intelectual sobre jurisdição constitucional, cujo cerne do debate era quem teria legitimidade para exercê-lo. Carl Schmitt publicou a obra "O Guardião da Constituição" e, no mesmo ano (1931), Hans Kelsen publica o texto "Quem deve ser o Guardião da Constituição?" como resposta ao que havia sido dito por Schmitt. Nesse trabalho, Kelsen reafirma a importância de se ter nos sistemas democráticos modernos uma Corte com a função de proteger o texto da Lei Fundamental.

Assim, Hans Kelsen critica a teoria de Schmitt que considerava natural dar ao Chefe do Reich o papel de defensor da Constituição, pois para aquele quem teria essa legitimidade seria o Tribunal Constitucional, órgão idealizado por ele. Kelsen ainda declara que a Constituição de Weimar (1919) estabelece que o Presidente do Reich deva ser defensor de seu texto, mas isso seria apenas uma das formas de protegê-la, não se podendo esquecer das demais formas de proteção do texto constitucional, que no caso seria a Corte Constitucional.

3 CONSEQUÊNCIAS

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a teoria de Hans Kelsen começou a ser adotada pela maioria dos Estados democráticos. Contudo, inicialmente, este embate de idéias fora vencido por Schmitt e suas consequências foram bastante graves para a Alemanha (MORAES, 2007).

A primeira consequência prática da disputa intelectual entre Kelsen e Schmitt surgiu do Tribunal do Estado no caso *Prússia contra Reich*, no dia 25 de outubro de 1932. A tese de Schmitt foi a vencedora, sendo que o referido tribunal se negou o poder

para definir os limites de atuação do Presidente e do Chanceler. Desta feita, ambos ficaram livres para agir contra as poucas instituições democráticas que ainda restavam no cenário político alemão de 1932 (BAHIA, 2008).

Defensor da tese vencedora do embate judicial realizado no caso *Prússia contra Reich*, Carl Schmitt também ganhara, aparentemente, a disputa intelectual sobre quem por direito realmente deveria ser o guardião da Constituição. Foi assim que, em janeiro de 1933, apenas três meses depois desta decisão, Adolf Hitler chegou ao cargo de chanceler da Alemanha sem cometer qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade (BAHIA, 2008).

Entretanto, após a queda do *Fuher* Adolf Hitler, que se tornara Chanceler e Presidente, o mundo se encontrou aterrorizado com o fato do Poder Executivo, quando detentor da jurisdição constitucional (como previa a Teoria de Carl Schmitt), poder violar direitos e garantias fundamentais das minorias em face de vontades políticas majoritárias, como relatado no caso específico da Alemanha.

4 MUDANÇA DE PERSPECTIVA

Deste modo, a história deu razão a Kelsen, pois, depois da Segunda Guerra Mundial, respeitadas democracias no mundo adotaram um sistema como o que defende o jurista austríaco, no qual existe no Estado uma Corte guardiã do texto constitucional, a qual está separada do Poder Executivo.

Assim, com base no desenvolvido na presente pesquisa, apresenta-se abaixo duas decisões em que Supremo Tribunal Federal se posicionou de forma contra majoritária na busca de garantir direitos de determinadas minorias.

O primeiro caso que se pretende demonstrar refere-se ao julgado da lei complementar 135, na qual o Supremo Tribunal Federal, através da interpretação literal do principio da anualidade[1], proibiu a aplicação da referida norma nas eleições do ano de 2010. (RE 633703, voto do rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-3-2011, Plenário, DJ de 18.11.2011).

Assim, conforme acima demonstrado na referida decisão, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela proteção da minoria parlamentar que estaria prejudicada pela

[1] O princípio da anualidade, aplicável ao direito orçamentário, estabelece, em suma, que as receitas e as despesas, correntes e de capital, devem ser previstas com base em planos e programas com duração de um ano.

alteração do procedimento eleitoral no curso das eleições, visando à garantia do principio da anterioridade eleitoral. A Suprema Corte, nesse caso, posicionou-se de forma contrária aos anseios da sociedade, já que lei "ficha limpa" foi elaborada por iniciativa popular.

Outra decisão de grande importância na defesa da manutenção do Estado Democrático de Direito ao proteger direitos fundamentais das minorias, refere-se a possibilidade de configuração de união estável para casais homoafetivos.

Na mencionada decisão o Supremo Tribunal Federal autorizou que fosse concedida a união estável de homoafetivos como forma de estender a todos os direitos civis e patrimoniais decorrentes da referida união, protegendo, assim, os direitos e as obrigações que anteriormente não eram assegurados para as pessoas com essa forma de relação. (ADI, voto do rel. min. Ayres Britto, julgamento em 05-05-2011, Plenário, DJ de 13.10.2011).

Deste modo, após análise das decisões, verifica-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi contra majoritária ao pensamento da sociedade em geral e em defesa de direitos e obrigações de uma determinada minoria.

5 CONCLUSÃO

Percebe-se, então, que após a Segunda Grande Guerra, as ideias defendidas pelas teorias constitucional e democrática se uniram, de maneira que não se pode mais pensar na existência de uma sem o outra. A partir desse momento, além da busca por um regime democrático, para que não haja mais governos ditatoriais, torna-se clara a necessidade de se ter formas de impedir o abuso de poder político. Cabe também controlar, de forma efetiva, a atuação das maiorias, representadas pelo Parlamento, para que se preserve os direitos fundamentais, principalmente, da minoria.

Como relatado no presente trabalho, a história nos demonstrou que a jurisdição constitucional exercida pelo Poder Executivo resultou por legitimar regimes totalitários, como no caso da Alemanha Nazista, pois acreditavam que o guardião da constituição deveria ser o órgão que representava os desejos da sociedade.

A jurisdição constitucional moderna, que possui sua origem filosófica na teoria de Hans Kelsen, demonstra que a jurisdição constitucional deve ser exercida por uma Corte Constitucional Suprema, a qual tem a função de ser a guardiã da ordem constitucional vigente por se tratar de um órgão dotado de imparcialidade. De certo

modo, tal corte representa os anseios da sociedade, pois essa função é garantida pelo maior documento representativo das vontades de uma nação qual seja a Constituição, criada pelos representantes do povo, na Assembléia Nacional Constituinte.

Assim, não é condizente, tampouco efetivo, afirmar que as decisões do Supremo Tribunal Federal em relação a inaplicabilidade da Lei Complementar 135/2010, a união homoafetiva e as demais que não foram apresentadas neste trabalho, são prejudiciais aos desejos sociais, pois a Democracia dentro do Estado Democrático de Direito é considerada como o Poder exercido pela Maioria, respeitado e garantido os direitos das minorias.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de informação legislativa**, v.41, nº 164, p. 87-103, out./dez. de 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/1009>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de dezembro de 1988. Texto constitucional de 5 de Outubro de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em :10 abr. 2014.

BRASIL. **Presidência da República**. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar n. 135 de 4 de junho de 2010.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4277. Brasília. Relator: Ministro Ayres Britto. Publicação: DJ 13-10-2011. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 09 fev. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 633703. Brasília. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Publicação: DJ 23-03-2011. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 09 fev. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado.** Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

GIORGIO, Bongiovanni; GOZZI, Gustavo. Democrazia. In: BARBERA, Augusto. **Le basi Filosofiche del Costituzionalismo**. Roma – Bari: Laterza, 2011.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição.** Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.(Coleção Del Rey Internacional) Título original: Der Hüter der Verfassung.