

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Constitucional**

IRINEU EDUARDO PIMENTEL SAVIOTTI

**Neoconstitucionalismo: negar este fenômeno
não é o melhor caminho**

BRASÍLIA

2011

IRINEU EDUARDO PIMENTEL SAVIOTTI

**Neoconstitucionalismo: negar este fenômeno
não é o melhor caminho**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadoras:

Dra. Julia Maurmann Ximenes

MsC. Janete Ricken Lopes de Barros

BRASÍLIA

2011

IRINEU EDUARDO PIMENTEL SAVIOTTI

Neoconstitucionalismo: negar este fenômeno não é o melhor caminho

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dra. Julia Maurmann Ximenes

Integrante: Prof. MsC. Janete Ricken Lopes de Barros

Integrante: Prof.

Dedico o presente trabalho a meus amigos e familiares, em especial: pai, mãe e irmãos; por todo o apoio conferido ao longo de toda a minha vida.

Dedico também a Deus, nosso guia maior.

Agradeço a todos que me apoiaram na elaboração deste trabalho.

A Deus pela força e determinação.

A meus pais, Irineu e Laura, por me concederem todos os meios necessários.

A meus irmãos, Daniela e Bruno, pelo carinho e compreensão em todos os momentos.

Por fim, aos amigos e demais familiares, eternos companheiros na vida.

RESUMO

O intuito do presente estudo, baseado em uma pesquisa dogmática – à luz da doutrina nacional –, é analisar o significado da expressão “neoconstitucionalismo” e sua repercussão no âmbito jurídico. Inicialmente, foram verificados os aspectos deste fenômeno relacionados com o Direito Constitucional. Depois, examinaram-se, em linhas gerais, mudanças ocorridas na Teoria do Direito. Em seguida, frente aos aspectos anteriormente abordados, fez-se uma análise crítica do instituto trabalhando pontos positivos e negativos. Por fim, conclui-se pela necessidade de adoção deste fenômeno no Brasil, mas com temperamentos, de modo a evitar excessos.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Hermenêutica. Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo. Princípios. Regras.

ABSTRACT

The purpose of this study, based on a dogmatic survey – by national doctrine – is to analyze the meaning of "neoconstitucionality" and its impact on the legal framework. Initially, aspects of this phenomenon related to constitutional law were verified. Then were verified, in general, changes in legal theory. Then considering the aspects previously covered, it was made a critical analysis of the institute considering strengths and weaknesses. Finally, we support the adoption of this phenomenon in Brazil, following certain criteria, to avoid excesses.

KEYWORDS: Hermeneutics. Judicial Activism. Neoconstitucionality. Post-positivism. Principles. Rules.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO	12
1.1 BREVES NOTAS SOBRE A EXPRESSÃO “NEOCONSTITUCIONALISMO” ..	12
1.2 DIGNIDADE HUMANA: DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E MUDANÇA NO PAPEL DO ESTADO.....	14
1.2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	14
1.2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	16
1.2.3 A DIGNIDADE HUMANA: EXTENSÃO DE SEU CONTEÚDO E O STATUS DE SOBREPRINCÍPIO.....	21
1.3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	25
1.3.1 HIERARQUIA CONSTITUCIONAL E NORMAS INFERIORES.....	25
1.3.2 O ESTADO E O DEVER DE PROTEÇÃO.....	26
1.4 DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	27
1.4.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	29
1.4.1.1 O FENÔMENO PELO MUNDO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES.....	33
2 NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	35
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	35
2.1.1 HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO: SINÔNIMOS?	35
2.1.2 TEXTO E NORMA	36
2.1.3 DA SUPERAÇÃO DA DESCRIÇÃO A CONSTRUÇÃO (E RECONSTRUÇÃO)	37
2.1.4 DOS MÉTODOS CLÁSSICOS AOS MÉTODOS MODERNOS DE INTERPRETAÇÃO	39
2.2 DISTINÇÃO ENTRE NORMAS-REGRA E NORMAS-PRINCÍPIO	41
2.2.1 MUDANÇA DE TÉCNICA LEGISLATIVA.....	45
2.3 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	47
2.3.1 UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO	48

2.3.2 CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU HARMONIZAÇÃO	48
2.3.3 FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	49
2.3.4 MÁXIMA EFETIVIDADE.....	49
2.3.5 EFEITO INTEGRADOR.....	50
2.3.6 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....	50
2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	52
2.4.1 ORIGEM E FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	53
2.4.2 PROPORCIONALIDADE E SEUS SUBPRINCÍPIOS: VIÉS POSITIVO E NEGATIVO	55
2.4.3 A RELATIVIDADE DA DIGNIDADE HUMANA.....	59
2.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
3 BALANCEAMENTO DO FENÔMENO NEOCONSTITUCIONALISTA	64
3.1 FUNDAMENTOS NA CONCEPÇÃO DE HUMBERTO ÁVILA	65
3.1.1 FUNDAMENTO NORMATIVO: DA REGRA AO PRINCÍPIO	65
3.1.2 FUNDAMENTO METODOLÓGICO: DA SUBSUNÇÃO À PONDERAÇÃO	66
3.1.3 FUNDAMENTO AXIOLÓGICO: DA JUSTIÇA GERAL À JUSTIÇA PARTICULAR	68
3.1.4 FUNDAMENTO ORGANIZACIONAL: DO PODER LEGISLATIVO (OU EXECUTIVO) AO PODER JUDICIÁRIO	69
3.1.5 CONCLUSÕES DO AUTOR	69
3.2 CRÍTICAS AO TEXTO DE HUMBERTO ÁVILA E OUTROS AUTORES	70
3.2.1 PREVALÊNCIA JUDICIAL E ATIVISMO.....	72
3.2.2 REGRAS E PRINCÍPIOS – SUBSUNÇÃO E PONDERAÇÃO	74
3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

INTRODUÇÃO

A compreensão do Direito hoje pauta-se em algumas premissas. Todas são polêmicas, e certamente o leitor poderá não concordar com algumas delas. O conjunto destas premissas é conhecido como neoconstitucionalismo.

Convém destacar que a divisão do Direito em ramos atende a necessidades práticas e didáticas, mas o Direito em si é um só. As mudanças proporcionadas por esta nova fase repercutem diretamente na Teoria do Direito (incluindo seus ramos) e na Teoria do Estado. Logo, não é um fenômeno exclusivamente tupiniquim, trata-se de uma nova perspectiva que atinge (no mínimo) o mundo ocidental.

Este trabalho, embora não pretenda esgotar o assunto, surgiu da inquietação do autor após seu primeiro contato com o texto de Humberto Ávila denominado “‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘Ciência do Direito’ e o ‘Direito da Ciência’”. Neste artigo o autor, que muito nos influenciou, chega a negar o neoconstitucionalismo.

Sem desmerecer suas ideias e sempre atento às divergências doutrinárias em relação ao assunto, este trabalho tem por objetivo responder a um questionamento: será a negação o melhor caminho para as mudanças ocorridas na forma de encarar o fenômeno Direito? Não nos parece ser a melhor solução.

O pesquisador juspublicista do século XXI não pode se furtar ao enfrentamento dos problemas que a (complexa) realidade da vida nos impõe. Nesse sentido, deve buscar a solução destes de forma pragmática, ou seja, coverter o fruto de sua pesquisa (teórica e abstrata) em algo concreto, com vistas a real aplicação prática do conhecimento.

Destarte este trabalho busca, por meio do método dedutivo e de uma pesquisa dogmático-instrumental (com enfoque doutrinário), realizar um balanceamento a respeito das principais características do novo constitucionalismo de modo a compreender e preservar este fenômeno, e não negá-lo, como parcela da doutrina o faz na tentativa de preservar o *status quo*. Para tanto, fez-se um levantamento bibliográfico envolvendo os principais artigos e livros que trabalham a questão.

Com isso foi possível identificar as principais características que envolvem o termo “neoconstitucionalismo”. Estas características podem ser agrupadas em duas categorias: uma relacionada a mudanças ocorridas na forma de encarar o Direito Constitucional e outra a mudanças ocorridas na Teoria do Direito.

Desta forma, o primeiro capítulo deste trabalho abordará as características do neoconstitucionalismo relacionadas à visão dos juristas em relação ao Direito Constitucional; abordando, principalmente, o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e da teoria do estado, o reconhecimento da força normativa da constituição e o incremento da jurisdição constitucional. Este capítulo também conterà uma introdução explicando (sinteticamente) a expressão “neoconstitucionalismo”.

No segundo capítulo serão tratadas algumas mudanças ocorridas na Teoria do Direito, com enfoque: 1) na Teoria das fontes – com o reconhecimento da força normativa dos princípios, o papel normativo da jurisprudência e a mudança na técnica legislativa – e 2) na hermenêutica jurídica – com a distinção entre texto e norma, reconhecimento do juiz (intérprete) como criador do Direito e o reconhecimento das máximas da proporcionalidade e razoabilidade.

No terceiro e último capítulo buscar-se-á apresentar (e criticar) o significado de neoconstitucionalismo para Humberto Ávila, o qual possui quatro fundamentos: o normativo (“da regra ao princípio”), o metodológico (“da subsunção à ponderação”), o axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”). Abordará, ainda, algumas críticas apontadas pela doutrina em relação a adoção do neoconstitucionalismo.

Nestes termos, busca-se no presente trabalho verificar as implicações deste novo fenômeno, buscando a sua compreensão e, principalmente, preservação, frente às importantes conquistas adquiridas nas últimas décadas.

1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

O intuito do presente capítulo não é exaurir os temas aqui tratados, mas tão somente analisar alguns pontos relevantes para a discussão ora travada, objetivando-se, assim, a melhor compreensão de alguns institutos jurídicos.

1.1 Breves Notas Sobre a Expressão “Neoconstitucionalismo”

O termo "neoconstitucionalismo" não é utilizado pela doutrina norte-americana e alemã. É um conceito cunhado na Espanha e na Itália e que tem influenciado grande parte da doutrina latino-americana.

Utilizado primeira vez na Itália (por Susanna Pozzolo), em 1998, para “denominar um certo modo antijuspositivista de se aproximar o direito”¹. Ganhou força com a publicação, na Espanha, da coletânea organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell em 2003.²

A obra de Carbonell, intitulada *Neoconstitucionalismo (s)*, bem retrata a falta de uma definição clara e precisa para o termo.³ Podemos sinteticamente definir neoconstitucionalismo como: um conjunto de mudanças que o Direito vem sofrendo nos últimos anos, tendo tanto repercussão prática como teórica. Estas mudanças não são unânimes. Contudo, é possível identificar um denominador comum, pode-se retirar desse fenômeno um conjunto de características que justificam o seu estudo e autonomia, e, por consequência, a adoção do prefixo “neo”.

Para alguns, como Antonio Maia⁴ neoconstitucionalismo é termo sinônimo a expressão pós-positivismo, considerando este a nomenclatura brasileira para aquele termo. Discordamos desse posicionamento. Neoconstitucionalismo é expressão

¹ Apud MAIA, Mário Sérgio Falcão. Neoconstitucionalismo e direitos sociais. *Rev. Direito Sanit.*, São Paulo, v. 10, n. 3, fev. 2010. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792010000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 25 ago. 2011.

² SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68.

³ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68.

⁴ MAIA, Antonio Cavalcanti. As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: *Revista do direito do estado nº5*, Jan.Mar. 2007.

mais ampla e utiliza-se do pós-positivismo (corrente filosófica) apenas pela crítica ao positivismo.

Nesses termos, o neoconstitucionalismo tem como base filosófica o pós-positivismo.⁵ E a penetração dessa teoria no Brasil é outro passo importante na compreensão desse novo fenômeno. Daniel Sarmento resume bem:

O segundo momento importante é o da chegada ao Brasil das teorias jurídicas ditas pós-positivistas. Foram marcos relevantes a publicação da 5ª edição do *Curso de Direito Constitucional*, de Paulo Bonavides, bem como do livro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, de Eros Roberto Grau, que divulgaram entre nós a teoria dos princípios de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, e fomentaram as discussões sobre temas importantes, como a ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais. Também deve ser salientada a ampla penetração, no âmbito de algumas pós-graduações em Direito, a partir de meados dos anos 90, do pensamento de filósofos que se voltaram para o estudo da relação entre Direito, Moral e Política, a partir de uma perspectiva pós-metafísica, como John Rawls e Jürgen Habermas. E ainda merece destaque o aprofundamento no país dos estudos de hermenêutica jurídica, a partir de uma nova matriz teórica inspirada pelo giro lingüístico na Filosofia, que denunciou os equívocos do modelo positivista de interpretação até então dominante, assentado na separação cartesiana entre sujeito (o intérprete) e objeto (o texto da norma).⁶ (grifos do autor)

Os demais ramos do Direito já trabalham com esta nova perspectiva, angariando a cada dia mais adeptos. A exemplo do que ocorre no Direito Processual onde já se fala em *neoprocessualismo*⁷ ou fase do *formalismo-valorativo*⁸ (com a finalidade de se destacar a importância dos valores dentro do formalismo processual).

Daniel Sarmento retrata bem o pensamento da doutrina nacional em relação ao neoconstitucionalismo:

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

⁶ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68.

⁷ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 26; e CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo". *Leituras complementares de Processo civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

⁸ Designação utilizada pela Universidade federal do Rio Grande do Sul. Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 26.

Apesar destas mudanças importantes que podem ser associadas ao neoconstitucionalismo, o uso da expressão no Brasil é mais recente, seguindo-se à ampla difusão que recebeu na academia brasileira a já citada obra *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada por Miguel Carbonell e publicada em 2003. De lá para cá, muito se tem escrito sobre o tópico e **vários autores nacionais aderiram explicitamente à corrente**, como Luis Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck, Antonio Cavalcanti Maia, Ana Paula de Barcellos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Paulo Ricardo Schier, Eduardo Moreira, Écio Otto Ramos Duarte e Thomas Rosa de Bustamante. **Outros adotaram postura crítica** sobre a nova perspectiva, como José Ribas Vieira, Dimitri Dimoulis e Humberto Ávila. E pode-se notar, pela leitura dos trabalhos destes e de outros autores brasileiros, que **há um relativo consenso na definição das características centrais do novo paradigma**: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.⁹ (destacamos)

Para a doutrina, o neoconstitucionalismo possui como uma de suas características o desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais.

Para o alcance dos objetivos neste trabalho, cogente iniciar o estudo por meio da dignidade da pessoa humana (núcleo dos direitos fundamentais), tratando de sua evolução histórica e características. Insta observar que esta evolução atingiu diretamente o papel do Estado na atualidade.

1.2 Dignidade humana: desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais e mudança no papel do Estado.

1.2.1 Considerações preliminares

Ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, necessário se faz esclarecer alguns conceitos que permeiam o tema. Primeiramente, oportuno lapidar o que vem a ser direitos humanos, expressão na qual é possível identificar “três correntes” distintas: a jusnaturalista¹⁰ (direitos inerentes a condição humana), a

⁹ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68.

¹⁰ Para esta corrente doutrinária, a expressão pode ser tomada em uma acepção de cunho jusnaturalista, na qual se postula a existência de direitos decorrentes da própria realidade natural, não necessitando de intervenção ou vontade humana para serem reconhecidos. Nesse sentido

juspositivista¹¹ (positivação dos direitos declarados) e a historicista¹² (produto de conquistas históricas e sociais, por meio das lutas pela afirmação de direitos).

Adotar-se-á, para o presente trabalho, o sentido perfilhado pela corrente historicista, de acordo com a qual os direitos humanos são fruto de um processo histórico de desenvolvimento, levando-se em conta as complexas relações sociais estabelecidas durante a evolução cultural da humanidade.

Cogente expor nossa opinião em relação à corrente historicista. Não nos parece adequado conferir autonomia a esta corrente, o mais correto seria tratar a historicidade dos direitos como uma característica do Direito em si, mais precisamente da corrente positivista. Primeiramente o Direito é um fenômeno social e como tal só pode ser compreendido dentro de determinada sociedade. Se o Direito como fato é a realidade jurídica e o Direito como ciência é a ordem de conhecimentos adquiridos ao longo dos tempos, é difícil separar a experiência jurídica (fato) das estruturas lógicas.¹³ Dessa forma, o Direito não é um dado da natureza (como pretendem os jusnaturalistas), mas sim uma experiência social e histórica, que tem como fundamento o próprio homem. Destarte, todo Direito tem por finalidade última a justiça, e a justiça (fundamentada no valor da pessoa humana) só pode ser compreendida de forma plena como concreta experiência histórica.¹⁴

Não obstante esta divergência deve-se ter em mente, para o presente trabalho, a importância extraordinária dos direitos humanos, na qual uma constituição somente se legitima com a presença desses direitos em seu texto.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9: "a doutrina dos direitos do Homem, (...), nada mais é do que uma versão do direito natural que já desponta na antiguidade".

¹¹ Em contraposição a concepção jusnaturalista, surge a corrente juspositivista, na qual direitos humanos derivam de positivação das declarações de direitos, configurando-se como o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vêm a ser conhecidas. Corroborando com este entendimento, CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Algumas questões de direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=75>>. Acesso em: 22 jan. 2010. "A ideia de Direitos Humanos é relativamente nova na história mundial. Concretamente, é o fenômeno da positivação das declarações de direitos que expõe o caráter inovador e revolucionário da condição humana."

¹² Para esta terceira concepção, a locução não é tomada como um dado da natureza ou como direito posto, mas sim, de acordo com BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de: Regina Lyra, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 21/29, como fruto de um processo histórico de desenvolvimento com a finalidade de aprimoramento político da convivência humana coletiva.

¹³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2/3.

¹⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 376/377.

Essencial trazer à baila outra expressão que desperta questionamentos, qual seja, direitos fundamentais.

Direitos humanos são comumente confundidos com direitos fundamentais. A diferença primordial entre estas duas expressões reside no fato de os direitos humanos constituírem direitos reconhecidos em âmbito internacional, com validade pretensamente universal, independentemente de qualquer positivação nos textos constitucionais; enquanto direitos fundamentais é um termo aplicado aos direitos humanos positivados em um determinado texto constitucional.¹⁵

Nesse contexto, já antecipando algumas conclusões, a dignidade da pessoa humana não é somente um direito fundamental, positivado no texto constitucional, é mais, é hodiernamente reconhecida como fundamento dos direitos humanos, constituindo-se como princípio máximo do Estado democrático de direito, conforme exposto no art. 1º, III, da Constituição.

Destarte, nenhum princípio invoca tanta análise quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, centro dos debates nas mais altas cortes nacionais e fóruns internacionais. Contudo, trataremos apenas de alguns aspectos relevantes para este estudo. Deste modo, inicia-se o estudo deste relevante princípio por meio da evolução histórica dos direitos humanos.

1.2.2 Evolução histórica

De maneira geral, a doutrina¹⁶ costuma estabelecer como marco histórico do reconhecimento dos direitos humanos dois documentos: a *Declaração da Virgínia*, elaborada em 12.6.1776, fruto da guerra de independência das colônias americanas contra a Inglaterra; e a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26.8.1789, resultante da Revolução Francesa.

Por meio dessa visão, passa-se a impressão de total negação dos direitos humanos no período antecedente aos documentos. Contudo (e novamente), o

¹⁵ Cfr., por exemplo, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 560; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 393; COELHO, Inocêncio Martines; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 269; MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 66;

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 380.

processo (histórico) de desenvolvimento dos direitos humanos é algo mais complexo e não admite uma separação absoluta entre duas épocas.

Nesse sentido, Canotilho¹⁷ identifica alguns “*momentos de conscientização*” dos direitos humanos em momento anterior a estes fatos, entre eles, imperioso destacar, a Magna Carta de 1215, na qual Rei João Sem Terra tinha seus poderes limitados em face da aristocracia feudal inglesa. No entanto, a análise percuciente destes momentos não é o objetivo principal do presente estudo.

Retomando o marco histórico da independência das colônias americanas e da Revolução Francesa, particularmente relevante para a discussão ora travada, conveniente destacar sua importância na quebra de paradigmas até então vigentes.

Entre estes paradigmas diretamente afetados está o absolutismo – regime político caracterizado pela centralização dos poderes em um único indivíduo –, que cedeu lugar a um novo período histórico baseado em um modelo de Estado liberal centrado no constitucionalismo, apresentando, como contrapartida a soberania do príncipe, a soberania popular.

Insta aclarar que o termo constitucionalismo comporta diversas acepções e varia de Estado para Estado, mas tem como característica comum a existência de um documento escrito, com o objetivo de estabelecer a organização do poder político, lastreado pelo princípio do governo limitado por direitos e garantias fundamentais declaradas nesse documento.¹⁸

Ademais, juntamente com o constitucionalismo, a Revolução Francesa trouxe o Estado liberal, assentado no primado da pessoa humana e com estrutura individualista. Aqui se constituem os direitos de primeira dimensão¹⁹, baseados no

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 380/388.

¹⁸ Cfr., por exemplo, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 52; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

¹⁹ Preferiu-se a utilização do vocábulo “dimensão” em detrimento do termo “geração”, vez que àquele transmite percepção de cumulatividade entre as diversas dimensões de direitos, admitindo-se a sua convivência recíproca; enquanto este transmite uma sensação de sucessão dos direitos no tempo, extinguindo-se as gerações anteriores (uma inverdade). Nesses exatos termos CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 387; “(...) preferem hoje os autores falar de três dimensões de direitos do homem (E. Riedel) e não de três gerações”.

valor liberdade, no qual se exige uma abstenção por parte do Estado em relação ao indivíduo.²⁰

Para salvaguardar estas garantias e consolidar o esquema de contenção do poder do Estado, dando origem a ideia dos direitos fundamentais e da separação dos poderes, o Estado Liberal adota como núcleo político-jurídico o Estado de Direito.²¹

Estado de Direito²² é um sistema institucional ligado ao respeito da hierarquia das normas, da separação dos poderes e dos direitos fundamentais. Representa o império da lei, submissão, inclusive do próprio Estado, às normas por ele promulgadas. Deste modo, o exercício do poder é limitado pela ordem jurídica vigente.

No entanto, o Estado Constitucional não é e nem pode ser apenas um Estado de Direito. No Estado puramente de Direito, não se perquiri sobre o conteúdo da norma, apenas deve-se cumprir o preceito legal, pelo simples fato de ser lei. Não se faz uma diferenciação entre vigência, respeito ao processo legislativo, e validade, respeito aos direitos fundamentais.²³

Foi na égide do Estado puramente de direito que se perpetraram os maiores crimes contra a humanidade, entre eles, destaca-se os campos de concentração nazista. Pondo termo a esse Estado, encontra-se o segundo marco histórico para o constitucionalismo, não menos relevante que a Revolução Francesa, qual seja, a Segunda Grande Guerra (1939 - 1945).

²⁰ Podem-se identificar os direitos fundamentais por meio de sua evolução histórica, classificando-os em gerações. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 6: identifica três gerações de direitos fundamentais: “Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os direitos sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, ainda identifica uma quarta geração – globalização do neoliberalismo, futuro da cidadania e liberdade de todos os povos (p. 570/572); e uma quinta geração – direito à paz (p. 579/593).

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 202/203.

²² BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônoco, João Ferreira et al; Revisão Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 13.ed. v.1. Brasília: Unb, 2008, p. 349/353; p. 401; p. 430/431.

²³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 105/116.

Com as atrocidades cometidas durante a guerra, novos mecanismos foram formulados com a finalidade de impedir outras barbáries. Em 1948, posteriormente à Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) editou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, estendendo a todos o respeito e a proteção aos direitos fundamentais do ser humano.

Entre as primeiras declarações, com origem nos Estados Unidos e na França durante o século XVIII, e a declaração confeccionada após a Segunda Guerra Mundial, transcorreu-se um longo período, suficiente para produzir uma profunda alteração. Enquanto as primeiras eram de cunho essencialmente político – ligada basicamente a direitos públicos do cidadão; esta última amplia seu alcance. Redefini-se o posicionamento da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições.

Com isso, no âmbito do direito internacional, a dignidade da pessoa humana ganha força, passa a ser reconhecida, sobretudo, nos preâmbulos de importantes documentos. Na *Carta das Nações Unidas*, de 26 de junho de 1945, consta: “Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, (...), e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano (...)”. Na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948, consta: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis (...)”, evidencia ainda a importância do Estado de Direito: “Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito (...)”. No mesmo sentido o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, de 19 de dezembro de 1966, aduz: “Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana”.

É nesse contexto que surgem o Estado democrático de direito²⁴ e o neoconstitucionalismo. Neste novo período ocorrem reflexões em torno do Direito, de sua função social e de sua interpretação. Abandona-se a legalidade estrita e

²⁴ Há uma divergência em relação a qual nomenclatura seria a mais adequada: “Estado democrático de direito”, “Estado constitucional de direito”, “Estado constitucional democrático”. Não nos parece relevante (no momento) discutir qual seria a expressão mais adequada, o importante é ter em mente que todas as expressões tentam demonstrar uma mudança de paradigma em relação ao regime anteriormente vigente. A constituição agora é o centro do ordenamento jurídico (não mais a lei) e a dignidade humana é o núcleo dos direitos fundamentais.

busca-se uma reaproximação entre o Direito e a moral. A partir disso, desenvolve-se uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.²⁵

Além disso, a dignidade da pessoa humana ganha robustez, passa a possuir *status* de sobreprincípio, devendo prevalecer sobre os demais em um eventual conflito. Deste modo, é incorporada expressamente nos textos constitucionais, elencando-se uma infinidade de direitos fundamentais, visando à proteção da dignidade humana. É esse fortalecimento da dignidade da pessoa humana e, como será visto, a força normativa conferida a Constituição que caracterizam o neoconstitucionalismo (em um sentido restrito).

Neste ambiente de favorecimento da dignidade humana, também surge o denominado Estado democrático de direito, para suprir as debilidades apresentadas pelo Estado de direito. O Estado de direito passa a ser democrático ao respeitar determinados fins, entre eles: a liberdade e a igualdade (jurídica, social e econômica); desta forma, ao realizar a dignidade da pessoa humana.²⁶

Dallari²⁷, ao discorrer sobre a ideia atual de Estado democrático, destaca que este possui alguns pressupostos básicos que devem ser atendidos: existência de valores fundamentais; supremacia da vontade do povo (soberania); preservação da liberdade; e preservação da igualdade.

Nesse sentido, a Constituição protege o cidadão frente ao Estado a proteger o cidadão através do Estado. Assim, o Estado deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento.²⁸ É o Estado respeitador dos direitos fundamentais.

Destarte, o indivíduo, antes visto como mero meio ou objeto para se atingir um fim, passa a um fim a ser realizado por meio do Estado. Aliás, é o próprio Estado

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 130.

²⁶ BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônoco, João Ferreira et all; Revisão Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 13.ed. v.1. Brasília: Unb, 2008, p. 329.

²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 311/314.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado* (schutzpflicht). Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 4/6/2009, p. 5.

democrático de direito que existe unicamente em função do indivíduo, e não o inverso.

Em que pese estas transformações terem ocorrido ao longo da década de 1940,²⁹ somente repercutiram no texto constitucional brasileiro tempos depois, com a Constituição de 1988. Esse reconhecimento tardio se deve ao fato de o Brasil experimentar um período predominantemente autoritário, havendo apenas um sopro de democracia, entre o pós-guerra e o início do processo de democratização, culminando na elaboração da Constituição de 1988.³⁰

1.2.3 A dignidade humana: extensão de seu conteúdo e o *status* de sobreprincípio

Primeiramente, cabe esclarecer o significado de dignidade. A história da humanidade nos demonstra que nem sempre houve reconhecimento do primado do ser humano. São exemplos disso a escravatura - reinante durante toda a história humana - e a inquisição europeia - perseguições realizadas pela Igreja Católica

²⁹ Barroso trata bem dessa evolução do novo direito constitucional Europeu: “A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional”. V. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

³⁰ Nesse sentido: Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan. V. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 361/362; SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68. “O processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição de 88. É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém, na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. Exemplos disso não faltam: a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas”.

durante a Idade Média, somente sendo suprimidas no século XIX pelos estados europeus.

Estas formas de discriminação foram pacificamente aceitas pela maioria dos filósofos ao longo do desenvolvimento da humanidade, mesmo nas nações tidas como “avançadas” ou “iluminadas”, que tinham como finalidade principal levar a “luz” e a “razão” ao resto do mundo, até então, “não civilizado”.

No entanto, podem-se verificar algumas tentativas de se distinguir o homem dos demais seres. Nesse sentido, Aristóteles (384-322 a. C.) e S. Agostinho (354-430) se debruçaram sobre a distinção entre coisas, animais e seres humanos, mas deve-se a Immanuel Kant uma das contribuições mais decisivas acerca do conceito da dignidade humana.

Nesse aspecto, destaca-se que a dignidade é o que diferencia o ser humano dos demais seres – o homem tem dignidade, os demais seres têm valor. É esta a primeira visão envolvendo o princípio da dignidade da pessoa humana, desenvolvida por Immanuel Kant, em 1785. Por esta concepção, não se pode atribuir ao *homem* (ser racional) um *valor* – assim entendido como preço –, justamente em função de sua autonomia, enquanto ser racional, e por ser considerado como um fim em si mesmo. Nos dizeres de Kant:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.³¹

Com base nestas premissas Kant elabora a “fórmula da humanidade”, segundo a qual preceitua: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.³² Nesta perspectiva, o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo.

Posto isso e conforme trabalhado no tópico anterior, somente com o advento da Constituição da República de 1988, efetivou-se, no Brasil, um Estado democrático de direito comprometido com o indivíduo.

³¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 65.

³² KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 59.

Corroborando com este entendimento, a Constituição da República de 1988 trouxe expressamente, ao tratar dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana.³³

Nessa perspectiva e atendendo ao próprio histórico dos direitos fundamentais, a dignidade não constitui um simples direito fundamental, é mais, pode ser considerada como pré-constitucional e de hierarquia superior ao próprio texto constitucional, pois decorre do próprio sistema internacional.

Exatamente por isso, alguns autores qualificam a dignidade humana como “valor constitucional supremo”. Logo se vê a importância da dignidade para a legitimação de um ordenamento jurídico.

Desta feita, os direitos fundamentais, de um modo geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.³⁴ Existem unicamente para garantir e concretizar a dignidade da pessoa humana – núcleo dos direitos fundamentais. Por conta disto, alguns identificam os direitos fundamentais como um sistema unitário. Segundo Miguel Reale³⁵: “a partir da invariante axiológica primordial representada pela pessoa humana configura-se todo um sistema de valores fundantes (...)”.

Seguindo essa linha de pensamento, na qual a dignidade da pessoa humana consubstancia-se em superprincípio³⁶, característica que lhe confere prevalência em caso de colisão com outros princípios, com existência pré-estatal, pouco se conheceu, até o momento, sobre o real conteúdo e abrangência deste princípio.

É forçoso admitir a dificuldade de se encontrar o conteúdo exato da dignidade da pessoa humana, trata-se de um conceito de contornos vagos e imprecisos caracterizados por sua ambiguidade e porosidade. Alguns doutrinadores, diante dessa complexidade, negam a possibilidade de se encontrar uma definição de dignidade.

³³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 jan. 2010.

³⁴ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 111.

³⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 276.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

Entretanto, contrapondo-se a esse entendimento, Ingo Sarlet³⁷ preconiza ser factível identificar um conteúdo mínimo para a dignidade. Ao discorrer sobre o tema, o autor constata algumas dimensões ou perspectivas de compreensão da dignidade, entre elas: 1) a dimensão ontológica – intrínseca ligação entre dignidade e liberdade; 2) a dimensão comunicativa e relacional – dignidade reconhecida como inerente à pessoa humana; 3) a dignidade como construção histórico-cultural – dignidade, concretamente considerada, no contexto de seu desenvolvimento social e moral; 4) e a dignidade de acordo com a fórmula do homem-objeto³⁸ – busca de uma definição minimamente objetiva. Nos dizeres do autor, tem-se por dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³⁹

Desse modo, a dignidade da pessoa humana precede a própria Constituição (para os jusnaturalistas), sendo um valor transcendente inerente à pessoa humana, oponível a todos, e configurando-se como um relevante princípio fundamental constitucional, norteador de todo o ordenamento jurídico, fruto de um processo de construção e desenvolvimento histórico-cultural.

Seria pertinente tratar aqui da relatividade do princípio da dignidade humana. Contudo, o conflito entre normas-regra e normas-princípio será tratado no capítulo dedicado a hermenêutica constitucional. Passa-se agora a análise da força normativa da Constituição.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 18-36.

³⁸ Conforme Günter Dürig (apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 136), mentor da fórmula-objeto, em que “a dignidade humana é atingida quando o homem concreto é degradado em objeto, num mero meio, numa grandeza substituível”. Deste modo, quando o Estado constitucional realiza a dignidade humana, transforma os cidadãos em sujeitos de suas ações, pode-se falar em fórmula-sujeito.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

1.3 A Força Normativa da Constituição

Conforme exposto alhures a Constituição foi tida por muito tempo como desprovida de normatividade, constituindo-se em documento de caráter essencialmente político. A concretização de suas propostas cabia exclusivamente ao administrador (detentor de discricionariedade) e a livre conformação do legislador (representando a vontade da maioria). O Judiciário era apenas um coadjuvante na realização do conteúdo da Constituição.

Somente após a Segunda Guerra houve a superação deste paradigma, Conferi-se *status* de norma jurídica ao texto constitucional. Com esta mudança de pensamento, Konrad Hesse acabou por desenvolver o princípio da força normativa da Constituição. O princípio consubstancia-se na famosa máxima: “a constituição não significa apenas um pedaço de papel”; significa que a Constituição é uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade. Dessa forma, deve-se dar primazia a interpretações garantidoras de eficácia e permanência de suas normas.⁴⁰ Para Barroso, “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.⁴¹

O reconhecimento não foi linear, em primeiro lugar conferiu-se normatividade a Constituição na Alemanha e (pouco após) Itália. Já Portugal e Espanha anos mais tarde. No Brasil somente com a Constituição de 1988, após atuação da doutrina e jurisprudência.

Destarte, deve-se dar máxima eficácia às normas constitucionais, otimizando e atualizando seus preceitos. Com isso, a constituição é condicionada pela sociedade e condicionante da mesma.

1.3.1 Hierarquia constitucional e normas inferiores

De acordo com o constitucionalismo atual a constituição não é somente um texto de intenções, ela deve ser realizada, traça diretrizes que devem ser perseguidas pelos poderes públicos. A superioridade normativa das normas

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1226.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição.

Levando-se em consideração a superioridade da Constituição, Canotilho⁴² ensina que as normas constitucionais desempenham uma função de limite relativamente às normas de hierarquia inferior (determinantes negativas) e regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores (determinantes positivas). Dessa forma, ocorre uma compatibilidade formal e material entre as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais.

Nessa linha de inteligência, a norma constitucional é norma hierarquicamente superior, ocupando o ápice do ordenamento jurídico, sendo a ordem jurídica como um todo, derivada da constituição e devendo ser com ela compatível, sob pena de inconstitucionalidade.

1.3.2 O Estado e o dever de proteção

A função primordial do Direito é a proteção de bens jurídicos fundamentais para a sociedade, bens que se encontram consagrados no texto constitucional (hierarquicamente superior) e que podem ser de cunho individual ou social. Isso decorre da evolução do Estado e do papel assumido pelo direito nessa nova forma de Estado, sob a direção de um constitucionalismo compromissório e social.

No entanto, há uma dificuldade de coexistência de determinados princípios e valores (liberais-iluministas), caracteristicamente individualistas, e outra gama de princípios e valores dirigidos à tutela de bens não individuais.⁴³ Nesse ponto relembra-se o papel do Estado contemporâneo.

O dever de proteção do Estado para com o cidadão possui um viés negativo, em que o Estado deve se abster protegendo a liberdade individual, e um viés positivo, no qual o Estado tem o dever de agir, mesmo à custa da liberdade do indivíduo.

Nesse sentido, por um lado a Constituição protege o cidadão frente ao Estado, e por outro lado protege o cidadão através do Estado. Assim, o Estado deve

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1149.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht)*. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 4/6/2009, p. 2.

deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento.⁴⁴

Essa coexistência deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, por meio da ponderação de valores⁴⁵, não se pode sobrepor um ao outro, a solução do conflito é através da redução gradual de cada um, permitindo a sua coexistência, sempre atento às peculiaridades do caso concreto. É por meio da ponderação que se deve analisar o princípio da proporcionalidade.

Contudo, o estudo do princípio da proporcionalidade será objeto do capítulo dedicado ao exame da nova hermenêutica, o foco imediato é o desenvolvimento da jurisdição constitucional, outra característica do neoconstitucionalismo.

1.4 Desenvolvimento da Jurisdição Constitucional

Conforme já trabalhado, no período anterior ao marco histórico (Segunda Guerra) havia uma supremacia do Poder Legislativo. Com o fim dos conflitos adota-se um modelo calcado na supremacia constitucional e já existente nos Estados Unidos. O novo paradigma tem como característica a incorporação de direitos fundamentais ao texto constitucional transferindo ao Judiciário o papel de proteção destes direitos (antes ameaçados pelas inconsistências pela atuação das majorias por meio do Poder Legislativo). Com base nestes fundamentos, muitos países europeus passam desenvolver o controle de constitucionalidade com a consequente criação de tribunais constitucionais. Barroso retrata bem o processo de adoção de cortes constitucionais:

Inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado* (schutzpflicht). Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 4/6/2009, p. 5.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90/91.

passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*.⁴⁶

É certo que o papel de guardião da Constituição é exercido, ao menos no Brasil, por um órgão do poder judiciário, o Supremo Tribunal Federal (art. 102, CR/88). É ele quem interpreta, quem dá a última palavra em relação à Constituição.

O STF passou a exercer o controle de constitucionalidade com o advento da República, após a Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Era um controle apenas incidental, inspirado no modelo dos Estados Unidos, com um diferencial importante, sem o instituto *stare decisis*. O controle abstrato de normas somente foi adotado com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, ainda muito restrito e com legitimação única (monopólio do Procurador-Geral da República).

A Constituição de 1988 pode não ter criado o controle de constitucionalidade no Brasil, mas é responsável por uma considerável expansão da jurisdição constitucional. Com ela amplia-se consideravelmente o rol de legitimados para exercer o controle concentrado (art. 103) e criam-se novos mecanismos de controle (ADC, ADPF e posteriormente ADO).

Destarte, nesse novo cenário pós-88 a Constituição reforça o papel do judiciário. Há um incremento nos direitos fundamentais, que têm aplicação imediata (art. 5º, §1º); proteção diante do próprio poder de reforma (art. 60, Parágrafo 4º, IV); e criação de novos remédios constitucionais. O Ministério Público, antes vinculado ao executivo, passa a ser órgão independente. Dessa forma, há a adoção (real) de um Estado Democrático de Direito. Esses fatos levaram a uma judicialização da política, objeto de crítica por grande parte da doutrina sendo tratada com maior profundidade ao final.⁴⁷

Além da judicialização da política, este conjunto de fatores acarretou em um excesso de ações perante o poder judiciário, gerando um acúmulo de processos dentro do STF. Isso, juntamente com a adesão do Brasil ao Pacto de San José da

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68.

Costa Rica, culminou na edição da Emenda Constitucional nº 45, incorporando o instituto da *repercussão geral* como requisito de admissibilidade do recurso.

Estas consequências decorrentes da adoção do neoconstitucionalismo serão comentadas no último capítulo, para o momento basta reconhecer que a Constituição ampliou as competências do Judiciário e isso gerou consequências.

1.4.1 A Constitucionalização do Direito

Insta esclarecer que o termo *constitucionalização do Direito* comporta múltiplos sentidos. Pode significar o reconhecimento da supremacia constitucional dentro do ordenamento jurídico; a incorporação (formal) ao texto constitucional de inúmeros temas relacionados aos demais ramos do Direito; ou um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.⁴⁸

É certo que a Constituição de 88 não se limitou a estabelecer a organização do poder político e a disciplinar direitos e garantias fundamentais. Ela foi além, regulou uma grande quantidade de assuntos subtraindo diversas questões do alcance do legislador. Tratou ainda de inúmeros princípios vagos, mas com forte carga axiológica e poder de irradiação. Isso acarretou em um processo de inclusão de matérias dos diferentes ramos do Direito no texto constitucional, acarretando em uma releitura de toda a ordem jurídica a partir da constituição – é o processo denominado de filtragem constitucional.⁴⁹

O nosso ponto de vista em relação à questão está centrado no reconhecimento da força normativa da Constituição, no resgate dos valores pelo Direito e no reconhecimento dos princípios como detentores de força normativa. Cada ramo do Direito é dotado de autonomia por possuir um regime jurídico próprio, que justifique sua autonomia. Esse regime pressupõe um conjunto de princípios específicos, cujo conteúdo é os valores a serem preservados ou fins a serem

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68.

perseguidos por aquele determinado ramo. Dessa forma, a constitucionalização do direito seria apenas o reconhecimento pelo texto constitucional desses princípios específicos de cada ramo. Como o Direito hoje não pode ser dissociado de valores, as bases de cada ramo devem sim estar positivadas nos textos constitucionais. E uma vez na Constituição, vinculam todo o ordenamento jurídico.

Claro que a inclusão de algumas regras no texto constitucional pode caracterizar um excesso, na medida em que não configurar a base de um ramo do Direito, não tratar da organização do Estado ou não disciplinar direitos fundamentais. Isso ocorre na Constituição de 88, mas é compreensível pelo momento histórico de sua criação. Não é fruto de um processo histórico de amadurecimento institucional, mas sim de circunstâncias que expressam interesses diversos (e legítimos) grupos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com o velho costume paternalista brasileiro, reservas de mercado e privilégios corporativos.⁵⁰ Essa euforia pós-opressão, levou a edição de uma carta analítica.

Contudo, o relevante nesse processo é o reconhecimento da força normativa da Constituição e a repercussão disso dentro da sociedade contemporânea. De acordo com Barroso a constitucionalização do Direito atinge tanto a atuação dos Poderes como de particulares:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.⁵¹

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

O fenômeno de constitucionalização do direito pode ser facilmente compreendido com o paradigmático exemplo do Código Civil (CC). Com a ascensão do positivismo (em sua fase inicial) ocorrem as codificações. Com o Direito Civil não foi diferente, o legislador pretendia regular integralmente a matéria em um único documento. O CC de 1916, ainda influenciado pelo Código francês e alemão, de cunho individualista e patrimonialista, era a “Constituição do direito privado”.⁵²

No entanto, após a década de 40, há a ascensão dos microsistemas jurídicos (criação de leis civis que regulavam matérias específicas) ou a denominada “descodificação”⁵³; apesar de autônomas, essas leis ainda gravitavam em torno da “Constituição” – o Código Civil. Imperioso alertar que o um novo código só foi editado no ano de 2002 e não afetou este fenômeno substancialmente.⁵⁴ Mas uma questão se impõe: como um Código (individualista e patrimonialista) permanece sem alterações após viger por seis Constituições distintas?

A resposta mais adequada é o tratamento conferido ao texto constitucional durante esse período. Não se levava a sério as prescrições constitucionais, tidas apenas como uma carta política, tratando apenas do direito público. O CC era o centro do direito privado, era a ele que os juristas davam maior atenção.

Somente com a Constituição de 1988 veio se reconhecer força normativa ao seu texto e, abandonando a neutralidade, implantar uma nova pauta axiológica composta basicamente de quatro valores (dignidade humana, solidariedade social, liberdade e igualdade substancial). Com isso ocorre a denominada “virada de Copérnico”⁵⁵ no Direito Privado – há um deslocamento do eixo fundamental do direito civil, passando a ter como seu núcleo a Constituição. O tratamento de institutos clássicos da relação privada (propriedade, família e contrato) são trabalhados pela CR, há a publicização⁵⁶ do Direito Civil.

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 16 e 22.

⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 22.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

⁵⁵ Em 1543 Copérnico anunciou que o sol, e não a Terra, era o centro do sistema solar.

⁵⁶ Não há mais sentido em se falar na dicotomia direito público e privado, hoje há a aproximação entre vários ramos da ciência jurídica.

Importante salientar que a constitucionalização do Direito Civil não é a imposição de limites externos à atividade privada, é mais. A leitura dos institutos a partir do texto constitucional altera sua estrutura intrínseca, passando a incorporar a nova tábua de valorativa da Constituição.⁵⁷

Impregnada desses novos valores irradiados pela supremacia constitucional, a doutrina pacifica-se em entender a Constituição como fonte primária do Direito (inclusive o Civil).

Com isso pode-se dizer que, em maior ou menor grau, sempre haverá a incidência da Constituição no ato de aplicação do Direito, seja direta ou indiretamente. Barroso sintetiza que a Constituição é aplicada:

a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI);

b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.⁵⁸

Arrematando, a Constituição não é mais apenas uma “folha de papel” ou uma carta política, ela hoje ocupa posição central no ordenamento jurídico, é dotada de força normativa e supremacia formal e material diante das demais normas. Com isto condiciona a validade de toda a ordem infraconstitucional e representa importante vetor interpretativo do sistema.

Posto isso, ingressa-se numa breve análise e ponderações sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito no resto do mundo.

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

1.4.1.1 O Fenômeno pelo mundo: algumas observações

Até o momento foi possível identificar algumas características do neoconstitucionalismo: aproximação entre constitucionalismo e democracia, reconhecimento da força normativa da Constituição e incremento da jurisdição constitucional. Essa evolução histórica não se aplica a três países: Reino Unido, Estados Unidos e França.

Ao Reino Unido não são válidas essas premissas por faltar-lhe o pressuposto lógico – a existência de uma Constituição escrita e rígida. Em relação aos Estados Unidos não se aplicam essas premissas em face do reconhecimento (na origem) da força normativa do texto constitucional, com aplicação direta e imediata, permitindo ao judiciário o controle de constitucionalidade. O Debate neste país circunscreve-se aos limites e legitimidade do Poder Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais. Quanto à França houve a adoção por um sistema diferenciado, ocorrendo um controle prévio por parte do Conselho Constitucional em relação a algumas leis. Nesses termos, não está caracterizado o conceito tradicional de jurisdição constitucional. Contudo, essas características do neoconstitucionalismo também estão sendo trabalhadas pela doutrina francesa e têm aplicação prática naquele país.⁵⁹

Desse modo, a doutrina costuma pontuar como marco inicial desse processo a Lei Fundamental da Alemanha de 1949, quando do reconhecimento pelo Tribunal Constitucional Federal de que os direitos fundamentais não têm por finalidade apenas a proteção de situações individuais (dimensão subjetiva), mas também têm como função instituir uma ordem objetiva de valores. Com isso, as normas constitucionais vinculam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam a atuação dos Poderes estatais. Neste processo, a corte alemã invalidou diversos dispositivos do Código Civil alemão (BGB), impondo a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinando a elaboração de novas leis.⁶⁰

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

Já na Itália, em que pese a Constituição datar de 1º de janeiro de 1948, a Corte Constitucional italiana foi criada em 1956 e o processo de reconhecimento da força normativa da Constituição e suas decorrências lógicas teve início somente na década de 60, vindo a consumir-se nos anos 70. Nesse período as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador.⁶¹

Após estas breves observações, direciona-se o debate às mudanças ocorridas na hermenêutica constitucional e na teoria das fontes do direito.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

2 NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O neoconstitucionalismo adotou como base filosófica a corrente pós-positivista. Essa evolução do jusnaturalismo para o pós-positivismo tem como marca diversas alterações na forma de encarar alguns institutos e fenômenos vigentes no regime anterior a segunda grande guerra. São estas características do pós-positivismo que serão analisadas aqui.

2.1 Noções introdutórias

O ato de interpretar é atividade inerente à condição humana, não há como dissociar esta atividade da pessoa humana, tendo em vista esta constituir-se em ser racional e cultural. Ao perceber o ambiente a sua volta, o homem o interpreta, isto é, atribui um sentido ou significado a signos ou símbolos, dentro de determinados parâmetros.⁶²

O mesmo se aplica as normas jurídicas, frente à diversidade de significações e a pluralidade de interpretações que cada vocábulo comporta. No entanto, ao se interpretar o ordenamento jurídico, em especial a Constituição, não pode fazê-lo de maneira caótica e desordenada. Para tanto deve, o intérprete, valer-se de critérios ou métodos para extrair o real significado da norma.

Nesse sentido, cogente iniciar o estudo por meio de algumas distinções relevantes para a correta compreensão e estudo do tema.

2.1.1 Hermenêutica e interpretação: sinônimos?

Não se pode olvidar que muitos doutrinadores não vislumbram distinção entre esses dois termos, ou negam-lhes efeito prático, concebendo a interpretação como mera aplicação da Hermenêutica. Malgrado este entendimento, preferimos seguir a doutrina majoritária, a qual perfilha uma distinção entre os dois vocábulos.

⁶² BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 28/29.

Nesse sentido, Hermenêutica não pode ser concebida como sinônimo de interpretação, vez que é ela a responsável pelo fornecimento de regras e subsídios empregados na atividade interpretativa. Nessa linha, Carlos Maximiliano adverte: “A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”.⁶³ Bastos assevera: “A interpretação tem por objeto as normas, enquanto que a hermenêutica decifra o modo pelo qual se dará a interpretação”.⁶⁴

2.1.2 Texto e norma

Para muitos não há qualquer distinção entre os vocábulos. A doutrina moderna ousa discordar. Para estes novos pensadores não se pode falar em interpretação em abstrato.

Normas não são textos, são em verdade o resultado – sentidos construídos – da interpretação sistemática desses textos. Com isso os dispositivos são o objeto de interpretação e as normas o seu resultado. Ademais, um dispositivo pode conter várias normas (ou nenhuma); ou uma norma pode ser extraída de vários dispositivos (ou de nenhum) – não há correspondência necessária entre dispositivo e norma.⁶⁵

Em perfeita consonância se encontra o pensamento de Barroso. Leciona o autor: “*enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado”.⁶⁶

Interpretam-se textos para deles se extraírem normas. Contudo existe norma sem texto? Sim, o princípio da segurança jurídica não é extraído de nenhum texto legal. Há textos que não geram norma alguma? Sim, o preâmbulo não tem força normativa.

Esta distinção ganha relevância na análise do papel do aplicador do direito na atualidade, objeto do próximo tópico.

⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1.

⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 36.

⁶⁵ Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22/23.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

2.1.3 Da superação da descrição a construção (e reconstrução)

Encontra-se superada a tese pela qual o intérprete apenas descreve o significado do texto. Seja na perspectiva da comunicação de uma informação ou conhecimento a respeito de um texto; ou na descrição da intenção do seu autor. Não é essa a função da Ciência do Direito.⁶⁷

O ato de interpretar é atividade inerente à condição humana. Ao perceber o ambiente a sua volta, o homem o interpreta, isto é, atribui um sentido ou significado a signos ou símbolos, dentro de determinados parâmetros. Admitir que um texto possua um significado intrínseco, independente do uso ou da interpretação, não é argumento sustentável. O significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, o significado sempre depende do uso e da interpretação. Em contrapartida, admitir o significado como decorrente da vontade do legislador também não é possível, por pressupor a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca do texto. Características incompatíveis com o processo legislativo (por ser complexo e composto de várias vontades).⁶⁸

Feitas estas considerações, hodiernamente a interpretação não é ato de descrição de um conteúdo previamente dado, e sim um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. O intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado (sentidos), pois a linguagem não “dada”, ela se concretiza com o uso.⁶⁹

Nessa linha de intelecção, a atividade do intérprete (jugador ou cientista) não é meramente descritiva do significado previamente existente nos dispositivos. Sua atividade é constituir significados. Nesse sentido, também não é válida a afirmação (positivista) de que a aplicação do Direito consiste na mera subsunção entre conceitos dados antes mesmo do processo de aplicação.⁷⁰

Contudo há significados que pré-existem ao uso específico e individual. É possível identificar traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23/24.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

técnico da linguagem. Podemos citar os *jogos de linguagem* (estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral); e o *enquanto hermenêutico* (pré-compreensões já incorporadas ao uso comum da linguagem). Dessa forma, o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem – a exemplo dos termos “vida”, “morte”, “mãe” e “antes”. Tais expressões são condições dadas pela comunicação, e não precisam de fundamentação a cada nova situação.⁷¹

De acordo com Ávila interpretar é:

Construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.⁷²

Logo se vê que o Poder Judiciário não detém apenas a função de legislador negativo, ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto. Nada obstante, o intérprete possui liberdade plena para construir determinada norma. Ele é limitado pelo próprio texto, pelos usos comuns da linguagem e pelos fins e valores estabelecidos no ordenamento jurídico.⁷³

Nesse sentido Barroso:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.⁷⁴ (destaques do autor)

⁷¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24/25.

⁷² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25.

⁷³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

Com isso a jurisprudência deixa de ser fonte auxiliar do direito e adquire normatividade. Jurisprudência também é norma (determinante de pautas de condutas), é norma geral (orienta comportamentos futuros na sociedade), mas é norma construída a partir de um caso concreto. Contudo, não retira a importância do texto legal, vez que exerce função distinta da Lei. A Lei constitui um programa a ser seguido pelo intérprete, e o intérprete (aplicador) confere sentido a estes programas legislativos. Destarte, a jurisprudência continua o processo de construção do ordenamento.

2.1.4 Dos métodos clássicos aos métodos modernos de interpretação

O emprego de métodos é justamente para se evitar a subjetividade do intérprete, vez que o Estado Democrático de Direito não comporta interpretação subjetiva por parte do intérprete fundada, tão somente, em sua própria ideologia.⁷⁵ Desta forma, a interpretação deve conter elementos lógicos e razoáveis, possibilitando, assim, uma maior objetividade.

Justamente em decorrência desta procura por objetividade que, durante o século XIX, entra em declínio a escola filosófica jusnaturalista, considerada demasiadamente metafísica e anticientífica, por ter fundamento no direito natural. Entra em cena a escola juspositivista, numa tentativa de aplicar ao direito características das ciências exatas, cindindo-se o direito da ética em sacrifício da objetividade.⁷⁶ A partir dessa ascensão juspositivista surgem os métodos de interpretação.

Estes métodos, nada mais são, do que instrumentos a disposição do intérprete para a busca do sentido ou significado de determinada norma. Tradicionalmente é possível identificar quatro métodos formulados por Savigny, mentor da escola histórica do Direito: gramatical (ou literal); lógico; sistemático; e histórico.⁷⁷ Há ainda os três critérios tradicionais para a solução de conflitos

⁷⁵ Nesse sentido, a Constituição exige, em seu art. 93, IX, que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (destacamos).

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 334/335.

⁷⁷ Entre os métodos clássicos não há que se falar em hierarquia, mas sim em convivência recíproca, podendo, inclusive, aplicá-los cumulativamente. Corroborando com este entendimento BASTOS,

normativos: hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e especialidade (lei especial prevalece sobre a geral).

Nada obstante, o positivismo jurídico, baseado no Estado de direito, serviu de fundamento para os Estados Totalitários, culminando em verdadeiras barbáries em nome da lei. Desta forma, pode-se associar a decadência dessa corrente à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Outrossim, rui a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei tomada em uma acepção meramente formal.⁷⁸

Nesse contexto, após superação do jusnaturalismo e fracasso do juspositivismo, surge uma nova escola denominada de pós-positivismo, reformulando o Direito e agregando-lhe valores éticos. Com efeito, esta reaproximação entre direito e ética, conhecida como “virada kantiana”, acarreta na valorização dos princípios, incorporando-os aos textos constitucionais e reconhecendo-os como detentores de normatividade.

Contudo, até a metade do século XX não havia métodos específicos de interpretação da Constituição, dessa forma, em face das singularidades das normas constitucionais, percebeu-se que os métodos tradicionais, de Saviny, eram insuficientes.⁷⁹ Não que sejam inválidos ou irrelevantes, mas insatisfatórios para enfrentar a interpretação das normas abertas. Aqui emerge a **nova hermenêutica**, definindo as relações entre valores, princípios e regras.

Nesse processo evolutivo, deve-se ter em mente que a Constituição não se trata de uma norma qualquer inserida no sistema jurídico, ela é mais, ocupa o relevantíssimo papel de fonte a que se reconduzem as demais normas, desta feita é tida como **norma fundamental** do sistema jurídico. Conforme já tratado, esta

Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 53; “Segundo a nossa linha de pensamento constatamos que a doutrina caminha no sentido de não hierarquizá-los. Essa posição é justificada na medida em que eles, na grande maioria dos casos, são compatíveis. De outra parte reconhece-se também que mais de um método pode ser aplicado na mesma interpretação.”

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 335/336.

⁷⁹ Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 331; Adverte que os métodos clássicos continuam “(...) a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante mas nem sempre suficiente”.

superioridade hierárquica⁸⁰ confere à Constituição o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento jurídico.

Exatamente por isto, pode-se considerá-la uma norma qualificada, com adjetivos e com predicados próprios, os quais a tornam ainda mais especial. Entre as singularidades de suas normas, justificadoras de uma nova hermenêutica, encontram-se: posicionamento singular, inicialidade fundante, caráter aberto e sua atualização, linguagem e posições políticas na Constituição.⁸¹

Com este novo paradigma de interpretação, Paulo Bonavides destaca três métodos atuais de interpretação constitucional: a) método integrativo ou científico-espiritual; b) método tópico; c) método concretista.⁸²

Estes métodos não são objeto da presente pesquisa, de modo que não serão trabalhados aqui. Contudo, vale a pena examinar os princípios instrumentais de interpretação constitucional – em sua maioria formulados a partir destes novos métodos.

Dentre os atuais princípios de interpretação constitucional, que procuram uma racionalidade material no processo hermenêutico, destacam-se: o da *unidade da Constituição*, o da *concordância prática ou da harmonização*, o da *força normativa da Constituição*, o da *máxima efetividade*, o do *efeito integrador*, o da *interpretação conforme à Constituição* e o da *proporcionalidade*.

No entanto, a sua análise só ocorrerá mais adiante. Destarte, avança-se no estudo para a compreensão da amplitude do significado de princípio, crucial para este estudo.

2.2 Distinção entre normas-regra e normas-princípio

Inicia-se este subtópico com a seguinte pergunta: qual a natureza jurídica de uma constituição? Diante das considerações trazidas até o momento, a resposta,

⁸⁰ Nas palavras de BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 108; “(...) não necessita de amparo normativo algum, não devendo obediência a qualquer norma positivada.”

⁸¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 105/119.

⁸² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 477/524.

mais que natural, é simples: ela nada mais é do que uma espécie de *norma jurídica*, configurando-se como parte de um todo denominado sistema jurídico, e como tal deve ser interpretada.

Procede-se com uma nova indagação: qual a abrangência do significado de norma jurídica? É aqui que se deve estabelecer a distinção entre regras e princípios, a qual tem grande repercussão no entendimento do ordenamento jurídico como um todo.

Neste aspecto, Canotilho⁸³ enfatiza ser esta distinção decisiva, pois possibilita a compreensão da Constituição como um sistema aberto de regras e princípios.⁸⁴ Destarte, pode-se tomar a norma como gênero, da qual são espécies as regras e os princípios. Como consequência, atribui-se a ambos o *status* de *norma jurídica*, logo, detentora de normatividade.

Deve-se ter em mente que regras são relatos objetivos, descritivos de condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações; já os princípios apresentam um maior grau de abstração, não especificam condutas a serem seguidas, se aplicam a um conjunto ilimitado de situações e, portanto, detentores de maior carga valorativa.⁸⁵

Conforme dito, princípios e regras são espécies de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete. Percebe-se que, entre ambos, há inúmeros critérios distintivos possíveis, contudo Barroso⁸⁶ destaca três: a) o conteúdo; b) a estrutura normativa; c) as particularidades da aplicação.

Tomando por base o **conteúdo**, princípios se apresentam como valores a serem preservados ou fins a serem perseguidos, trazem consigo um conteúdo axiológico ou uma decisão política; já as regras limitam-se a descrever condutas, desta feita, valores e fins não vem explicitados na norma, pois já decididos pelo legislador e não transferidos ao intérprete.

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1162.

⁸⁴ A Constituição pode ser considerada como um sistema aberto posto que a maior parte das normas constitucionais, sejam regras ou princípios, é aberta para viabilizar propostas variadas de concretização.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 339/340.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 340/341.

Observam-se, ainda, peculiaridades na **estrutura normativa**. Enquanto a regra especifica os atos a serem praticados para o seu adequado cumprimento – não exigindo do intérprete um processo complexo de racionalização –; os princípios estabelecem fins, estados ideias a serem alcançados, não descrevendo condutas a serem observadas para sua realização, exigindo maior sofisticação na atividade do intérprete.

Por último, traçam-se particularidades quanto a sua **aplicação**. Tratando-se de regras de direito, configurada a situação de fato por ela prevista, valerá para esta situação concreta unicamente a consequência jurídica por ela prevista, afastando-se, assim, as demais regras do ordenamento. Dessa forma, aplica-se a máxima do tudo ou nada (“*all or nothing*”) – ou as regras valem ou não valem, incidem ou não incidem.⁸⁷ Nos dizeres de Barroso:

[...] **Regras são proposições normativas aplicáveis sobre a forma de tudo ou nada (“all or nothing”)**. Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direito e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. **Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção.** (destacamos)⁸⁸

Em contrapartida, os princípios não se apresentam como imperativos categóricos nem ordenações de vigência, são, em verdade, diretrizes ao aplicador do direito para decidir num ou noutro sentido. Dessa forma, admitem convivência e conciliação com outros princípios.⁸⁹ Novamente, reverberando os ensinamentos de Barroso:

Princípios contêm, normalmente uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores, ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismo

⁸⁷ COELHO, Inocêncio Mártines; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 45.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

⁸⁹ COELHO, Inocêncio Mártines; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 47.

inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. **A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.** (destacamos)⁹⁰

Estabelecendo como ponto sensível na distinção entre as duas espécies de normas, Robert Alexy qualifica princípios como *mandamentos de otimização*, ou seja, normas que impõe a realização de algo dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; e regras como *mandados de definição*, haja vista serem normas que são sempre satisfeitas ou não.⁹¹

Em que pese a grande aceitação na doutrina desta última distinção, há autores de peso que se opõem a ela, justamente por admitir a possibilidade de princípios colidirem totalmente, num determinado caso concreto, prevalecendo um em detrimento dos demais.⁹²

Preferimos aqui seguir os ensinamentos de Robert Alexy, tomando os princípios como *mandamentos de otimização*, desta feita, admitem ponderações, sempre observando as possibilidades jurídicas e fáticas existentes; enquanto regras, no geral, não admitem ponderação⁹³, pois significará a sua não aplicação.

Com essa advertência, calha trazer à baila a lição de Barcellos ao destacar que a ordem jurídica é uma função de dois valores principais: **segurança jurídica** (papel desempenhado pelas regras, em face de sua previsibilidade e objetividade na descrição de condutas) e **justiça** (ideal intrinsecamente relacionado aos princípios, vez que possibilitam a flexibilidade dando margem à ponderação no caso concreto). Conforme a autora:

Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das **regras facilita a realização do valor segurança**, ao passo que os **princípios oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada**. Esse modelo é naturalmente simplificador já que há princípios que propugnam exatamente, dentre outros, o valor segurança – como o princípio da legalidade –, da mesma forma que inúmeras regras são, na verdade, a cristalização de soluções requeridas por exigências de justiça. Tudo isto,

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90/91.

⁹² ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v.215, jan. – mar., 1999, p. 163/164.

⁹³ Salvo quando a regra veicula um conceito indeterminado.

porem, não afasta a utilidade do modelo para esclarecer uma parcela da realidade. (destacamos)⁹⁴

Essas peculiaridades existentes entre regras e princípios são de grande importância no que pertine a sua aplicação prática, quando insurge um conflito de normas. Como visto, diante de um conflito de normas regra procede-se mediante subsunção (“*all or nothing*”), em se tratando de normas princípio deve-se adotar a técnica de ponderação (maior ou menor intensidade).

Por fim, reverberam-se os ensinamentos de Canotilho, sistematizando os principais pontos distintivos entre os dois institutos:

- a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta.
- c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema de fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) *Proximidade da ideia de direito*: os *princípios* são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal.
- e) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.⁹⁵

Postas estas explicações, passa-se a análise das mudanças ocorridas na legislação com o reconhecimento desta distinção entre regras e princípios.

2.2.1 Mudança de técnica legislativa

Com a ascensão dos princípios e com o reconhecimento de sua normatividade ocorre um processo de mudança na técnica legislativa (já observada em vários textos legais).

Durante o período positivista, na vigência da ditadura do legislativo, a técnica de produção legislativa era a da casuística. Nessa técnica, partia-se da ideia de que

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 79.

⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1160/1161.

o legislador “saberia tudo” – o legislativo se achava capaz de listar todas as hipóteses da vida no texto legal, acreditando ser possível solucionar todas as hipóteses da vida. Contudo, estas premissas levaram a um engessamento do sistema e levando a um inevitável fracasso desse modelo. Tentativas de adequar o “dever ser” ao “ser” levaram a produção de critérios de integração do sistema (analogia, costumes e princípios gerais do direito). Mas não foi suficiente.

Para conferir maior modalidade ao sistema foi desenvolvida uma nova técnica – a de cláusulas gerais. Uma cláusula geral é um texto normativo aberto na hipótese normativa e no consequente normativo. A hipótese é o quadro fático onde a norma vai incidir. O juiz ao verificar que o enunciado ocorreu aplica a consequência jurídica prevista no texto legal.

A cláusula geral não descreve precisamente a hipótese (situação em que incide) e não descreve as consequências advindas da incidência. Exemplifica-se o que ocorre com o direito a propriedade: a propriedade deve cumprir a função social. (é cláusula geral – não sabe o que é função social da propriedade e não diz qual a consequência se não cumprir).

O direito brasileiro está cheio de cláusulas gerais: na CR (devido processo legal, a função social da propriedade); no CC (função social do contrato, boa-fé e abuso de direito); e no CPC também é possível verificar algumas cláusulas – art. 14, II (boa-fé processual); art. 461, §5º (cláusula de efetivação das decisões); art. 1109 (cláusula de adequação do procedimento de jurisdição voluntária) – o projeto do novo CPC multiplica essas cláusulas, apenas evidenciando essa evolução na técnica legislativa.

Uma cláusula geral dá ao juiz um grande poder. Cabe ao juiz definir a hipótese e a consequência. Gera insegurança, mas dá mobilidade ao sistema. Dessa forma, cláusula geral não é norma – ela é texto normativo. De uma cláusula geral extraem-se normas. Por exemplo: da cláusula geral do devido processo legal extrai-se a regra de que o juiz deve motivar sua decisão. O princípio da boa-fé é extraído da cláusula geral da boa-fé, mas essa cláusula além de gerar o princípio também pode gerar uma regra.

Outro ponto relevante nessa mudança está na natureza normogênica dos princípios: os princípios são fundamentos de regras (estão na base ou constituem a

ratio de regras jurídicas). É justamente por conter princípios próprios que um ramo do direito merece ser autônomo. Precisamente por esta fundamentalidade dos princípios que os novos diplomas legais passaram a prever nos primeiros artigos os princípios norteadores do ramo no qual eles pretendem regular.

Nesse contexto podemos citar a Constituição⁹⁶ (prevê princípios e objetivos do art. 1º ao 4º); o Código de Defesa do Consumidor⁹⁷ (prevê princípios e objetivos do no seu art. 4º); lei de serviços públicos⁹⁸ (Lei Nº 8.987 – prevê princípios em seu art. 14); entre outros diplomas legais.

Destarte, ingressa-se na análise, panorâmica, dos princípios interpretativos⁹⁹ (ou métodos de interpretação) constitucionais catalogados pela doutrina, que auxiliam o intérprete na extração de significados compatíveis com a nova hermenêutica.

2.3 Princípios de interpretação constitucional

Dentre os atuais princípios de interpretação constitucional destacam-se o da unidade da Constituição, o da concordância prática ou da harmonização, o da força normativa da Constituição, o da máxima efetividade, o do efeito integrador, o da interpretação conforme à Constituição e o da proporcionalidade. Dada à relevância do princípio da proporcionalidade, este será examinado em um tópico a parte.

⁹⁶ Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)”. Art. 4º “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)”.

⁹⁷ Art. 4º “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios”.

⁹⁸ Art. 14. “Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório”.

⁹⁹ Aqui se busca o estudo da hermenêutica, dessa forma ao se falar em princípios, estar-se-á tratando de princípios hermenêuticos e não de princípios jurídicos. Procede-se com a distinção de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1162; “os princípios hermenêuticos desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar *ratio legis* de uma disposição”, já aos princípios jurídicos cabe “revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, interpretação e complementação do direito (*Richterrecht, analogia iuris*).”

2.3.1 Unidade da Constituição

Por este princípio as normas constitucionais devem ser consideradas como um todo integrado num sistema interno unitário de princípios e regras, e não como normas isoladas e dispersas. A Constituição deve sempre ser entendida e interpretada em sua unidade, evitando-se contradições aparentes. De acordo com Canotilho:

(...) a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão' o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. (...). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.¹⁰⁰

Resume Eros Grau o referido princípio da unidade da Constituição: “*Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços*”.¹⁰¹ Justamente com base nesse princípio que se conduz à rejeição de duas teses presentes na doutrina do direito constitucional: a tese da existência de antinomias normativas e a tese das normas constitucionais inconstitucionais.¹⁰²

2.3.2 Concordância prática ou harmonização

O princípio da concordância prática, formulado por Konrad Hesse, liga-se intrinsecamente ao princípio da unidade e ao princípio do efeito integrador, sendo comumente utilizado na solução de problemas referentes à colisão de direitos fundamentais. Segundo leciona Ingo Sarlet:

Em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.¹⁰³

¹⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1223/1224.

¹⁰¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 166.

¹⁰² Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1183.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição*. Revista daAJuris 66, 1996.

Tal princípio impõe que diante de situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, o interprete deve adotar a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.¹⁰⁴

Destarte, parte da noção de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens constitucionais. Conseqüentemente, não se admite o sacrifício de uns em relação a outros, impondo-se limites e condicionantes ao intérprete de forma encontrar uma solução que harmonize os bens conflitantes.

2.3.3 Força normativa da Constituição

Também cunhado por Konrad Hesse consubstancia-se na famosa máxima: “a constituição não significa apenas um pedaço de papel”; significa que a Constituição é uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade. Dessa forma, deve-se dar primazia a interpretações garantidoras de eficácia e permanência de suas normas.

Destarte, deve-se dar máxima eficácia às normas constitucionais, otimizando e atualizando seus preceitos. Com isso, a constituição é condicionada pela sociedade e condicionante da mesma.¹⁰⁵

2.3.4 Máxima efetividade

Muito utilizado no âmbito dos direitos fundamentais, aos quais confere a maior eficácia possível. Aduz que diante de uma norma constitucional, o interprete deve lhe atribuir o sentido que maior eficácia lhe dê.

Inocência Mártires afirma: “o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da lei maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o seu conteúdo.”¹⁰⁶ Nesse sentido, abandona-se a hermenêutica tradicional, reconhecendo a normatividade dos princípios e de seus valores constitucionais.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição. *Revista da Ajuris* 66, 1996, pág. 121.

¹⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1226.

¹⁰⁶ COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

2.3.5 Efeito integrador

Segundo este princípio, quando o intérprete estiver diante de um problema jurídico-constitucional, deve adotar um posicionamento que privilegie a integração política e social, possibilitando o reforço da unidade política. Por ser a Constituição o principal elemento de integração comunitária, sua interpretação deve ter como escopo a unidade política.

2.3.6 Interpretação conforme a Constituição

A aplicação deste princípio só se mostra possível diante da existência de normas polissêmicas ou plurissignificativas (normas com mais de um significado possível). Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal estabelece que a interpretação conforme à Constituição “só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco”.¹⁰⁷

Pela inteligência deste, diante de normas acolhedoras de mais de um significado, deve-se privilegiar aquele que mais se aproxima dos comandos constitucionais. Nessa linha de intelecção, Bonavides adverte que “nenhuma lei deve ser declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação em harmonia com a Constituição”.¹⁰⁸

Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes, “oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição”.¹⁰⁹

Destarte, entre as interpretações possíveis pode ocorrer de se encontrar normas em sintonia ou não com o texto constitucional, mas sempre que houver uma interpretação compatível com a Constituição, esta não poderá ser expurgada do ordenamento jurídico, devendo considerá-la válida.

Em que pese estas observações, o Supremo Tribunal Federal inadmitiu a aplicação desta técnica durante o julgamento da ADPF 130 (arguição de

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADIn 1.344-1/ES, medida liminar, rel. Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 18 de dezembro de 1995. DJ 19-04-1996.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 518.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 287.

descumprimento de preceito fundamental), declarando como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa). O fundamento principal foi a impossibilidade de conferir significados autônomos para os dispositivos remanescentes, tendo em vista estarem contaminados pelos fins (inconstitucionais) da lei e acarretar em invasão de competência do poder legislativo pelo poder judiciário. Transcreve-se a decisão:

(...) A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso.¹¹⁰

Sistematizando a abordagem sobre o princípio, Canotilho identifica três dimensões com as quais este princípio deve ser compreendido: 1) *princípio da prevalência da constituição* (dentre várias opções interpretativas, deve-se escolher sempre uma compatível com a Constituição); 2) *princípio da conservação de normas* (uma norma não pode ser declarada inconstitucional se, de acordo com seus fins, comporta uma interpretação compatível com a Constituição); 3) *princípio da interpretação conforme a Constituição mas “contra legem”* (o intérprete não pode contrariar a letra e o sentido da norma interpretada, mesmo que leve a uma interpretação constitucional). Ademais, frente a uma multiplicidade de interpretações constitucionais possíveis, deve-se escolher a “melhor orientada” para a Constituição.

Ante o exposto, o princípio deve ser concebido como um conjunto articulado dessas dimensões. Dessa forma, só utiliza-se a interpretação conforme se a norma comporta uma pluralidade de sentidos; em caso de sentidos contrários ao texto constitucional, estes devem ser afastados pelo intérprete; e, como vedação ao

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 30 de abril de 2009. DJ 06-11-2009.

intérprete, não se admite uma interpretação que resulte em nova proposição distinta da lei e em discordância com os fins do legislador.

2.4 Princípio da proporcionalidade

Anota-se que frente à relevância deste princípio, não só para a presente pesquisa, mas por ser amplamente debatido nos dias de hoje; cogente destacar que este é aplicável toda vez que ocorre uma intervenção em um direito fundamental. Destarte, decidiu-se por reservar um tópico específico a ele, iniciando-se o seu estudo a partir de algumas premissas básicas, já observadas anteriormente.

Com o desprestígio da técnica de subsunção o princípio da proporcionalidade passa a ser de grande importância para os ordenamentos jurídicos da *civil Law*. As máximas da proporcionalidade e razoabilidade passam a desempenhar um papel de grande relevância na hermenêutica jurídica – representam o controle ético das interpretações. Dessa forma passamos a função do Direito.

A função primordial do Direito é a proteção de bens jurídicos fundamentais para a sociedade, bens que se encontram consagrados no texto constitucional (hierarquicamente superior) e que podem ser de cunho individual ou social. Isso decorre da evolução do Estado e do papel assumido pelo direito nessa nova forma de Estado, sob a direção de um constitucionalismo compromissório e social.

No entanto, há uma dificuldade de coexistência de determinados princípios e valores (liberais-iluministas), caracteristicamente individualistas, e outra gama de princípios e valores dirigidos à tutela de bens não individuais.¹¹¹

O dever de proteção do Estado para com o cidadão possui um viés negativo, em que o Estado deve se abster protegendo a liberdade individual, e um viés positivo, no qual o Estado tem o dever de agir, mesmo à custa da liberdade do indivíduo.

Essa coexistência deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, por meio da ponderação de valores, não se pode sobrepor um ao outro, a solução do

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado* (schutzpflicht). Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 4/6/2009, p. 2.

conflito é através da redução gradual de cada um, permitindo a sua coexistência, sempre atento às peculiaridades do caso concreto. É por meio da ponderação que se deve analisar o princípio da proporcionalidade.

2.4.1 Origem e fundamento do princípio da proporcionalidade

Classicamente este princípio tem aplicação no Direito Administrativo, disciplinando a utilização do poder de polícia do Estado. Desta forma, seu desenvolvimento encontra-se diretamente relacionado com a evolução dos direitos e garantias individuais, tendo por finalidade a ideia de mecanismo capaz de controlar os Poderes estatais, evitando os atos administrativos arbitrários.¹¹²

Em seu início, estava ligado diretamente ao princípio da legalidade¹¹³, ocorrendo sua inserção no campo constitucional como consequência das revoluções burguesas do século XVIII. No âmbito dos países influenciados pela *Common Law*, este princípio se apresentava no âmbito jurisprudencial por meio da regra da razoabilidade, onde se analisava em cada caso concreto se a situação de fato se apresentava razoável diante da regra precedente.¹¹⁴

Cabe advertir que somente na Alemanha, após a segunda grande guerra, o princípio ganhou maior densidade, alcançando os contornos de hoje. Com a palavra o Tribunal Constitucional Alemão:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.¹¹⁵

Cogente destacar que o princípio da proporcionalidade não está previsto de maneira expressa no texto Constitucional, mas, de acordo com a maioria da doutrina, trata-se de um princípio constitucional implícito.

De acordo com Paulo Bonavides, por intermédio de uma interpretação sistemática, o princípio da proporcionalidade pode ser extraído de outros princípios,

¹¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 266/267.

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 398.

¹¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 267.

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 409/410.

especialmente do princípio da igualdade, decorrendo, ainda, de diversos outros enunciados constitucionais. Arremata, erigindo o princípio a “corolário da constitucionalidade”. Em suas palavras:

O Princípio da Proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º, do artigo 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo **fundamento decorre do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.**

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje **axioma do direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do estado de Direito**, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. (destacamos)¹¹⁶

No entanto, não há unanimidade quanto ao seu fundamento, podendo-se encontrar inúmeros deles na doutrina: alguns autores propugnam decorrer do princípio do estado de direito¹¹⁷; outros o identificam como conexo aos direitos fundamentais¹¹⁸; há quem afirme decorrer do princípio do devido processo legal substancial¹¹⁹; dentre outros fundamentos. Imperioso destacar que muitos destes doutrinadores admitem mais de um fundamento.

Diante desta complexidade, conveniente trazer o entendimento de Humberto Ávila. Para o autor, a proporcionalidade nada mais seria do que um postulado normativo aplicativo, estabelecendo um método, sendo, portanto, inerente ao Direito.¹²⁰ Nos dizeres de Denilson Feitosa:

Seja como um atributo da relação lógica entre entes normativos ou como método de aplicação das normas, a proporcionalidade tem um caráter jurídico formal e não material. Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade é um princípio formal metodizante e o postulado da proporcionalidade é, por definição estipulante, também meramente formal.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 436.

¹¹⁷ Cfr. STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 120-122; BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 98 e 212/213.

¹¹⁸ Cfr. BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 98 e 212/213;

¹¹⁹ Cfr. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 237; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 173.

¹²⁰ Apud PACHECO, Denilson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 86/87.

O caráter material pertence aos entes normativos submetidos ao postulado da proporcionalidade. A importância da afetação negativa do ente normativo ou a importância da realização da finalidade da medida de intervenção nesse ente normativo decorrem dos próprios entes normativos afetado (ou afetável) e afetante e não do princípio da proporcionalidade, o qual apenas estabelece o método de argumentação para se justificar a afetação negativa.¹²¹

Em que pese essa divergência doutrinária, o ponto principal não é saber o seu real fundamento, mas sim, reconhecer o princípio da proporcionalidade como parte integrante do texto Constitucional, e isto, já é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência.

Destarte, consigna-se que por meio deste princípio ocorre o combate aos excessos legislativos, os quais na concretização das reservas de lei interferem sobre os direitos fundamentais, gerando interferências inadmissíveis perante a Constituição. Estabelecidas estas observações, procede-se a análise dos subprincípios da proporcionalidade.

2.4.2 Proporcionalidade e seus subprincípios: viés positivo e negativo

A discussão acerca da existência dos limites da proteção surgiu na Alemanha em 1975, em torno da lei que descriminalizou o aborto. Nesse debate foram identificados dois modos de proteção de direitos, vinculados ao princípio da proporcionalidade.

O primeiro modo recebe a denominação de o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), funciona como proibição de intervenções; o segundo modo de proteção é denominado de princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e funciona como garantia de proteção contra as omissões do Estado.¹²²

A **proibição do excesso**, face negativa do princípio da proporcionalidade, está consolidada na doutrina e se tornou um dos pilares do garantismo e do Estado democrático de direito. O princípio da proporcionalidade, nesse viés, se desdobra

¹²¹ PACHECO, Denílson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 89.

¹²² STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado* (schutzpflicht). Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 4/6/2009, p. 5.

em três princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹²³

Estes princípios são aplicados de forma sucessiva, somente avança para o próximo se a medida legislativa, judicial ou administrativa obtiver êxito no exame do subprincípio antecedente. Caso não resista ao exame de um dos subprincípios, a medida será considerada inconstitucional.¹²⁴

Pode-se sintetizá-los assim: a exigência de adequação é a viabilidade de alcançar o fim almejado por determinado meio; a necessidade é opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto de restrição; e a proporcionalidade em sentido estrito é a manutenção de um equilíbrio, proporção entre meios utilizados e fins desejados.¹²⁵

Logo se vê que a **adequação** (ou princípio da conformidade – *Geeignetheit*) impõe a adoção de uma medida para a realização do interesse público, mas esta medida deve ser capaz de alcançar o fim a ela subjacente. Atenta-se para o maior grau de dificuldade quando se trata de um controle de fins da lei, dada à liberdade do legislador.¹²⁶ Este subprincípio pode ser reduzido a um questionamento: o meio promove o fim?¹²⁷ Logo, analisa-se a conformidade ou validade do fim. Denilson Feitosa identifica duas exigências deste subprincípio:

O subprincípio da adequação impõe duas exigências a todas as intervenções em direitos fundamentais: **a) a exigência de um fim constitucionalmente legítimo; b) a adequação ou idoneidade da medida (ou meio) para favorecer a obtenção desse fim.**

Portanto, primeiro, verificam-se qual fim a medida ou meio interventivo procura realizar e a legitimidade constitucional desse fim e, segundo, examina-se a relação entre o meio interventivo (legislativo, judicial ou administrativo) e o fim, para determinar se o meio favorece, de algum modo, a realização do fim. (destacamos)¹²⁸

¹²³ SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, p. 109.

¹²⁴ PACHECO, Denilson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 150.

¹²⁵ SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, p. 109.

¹²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 270.

¹²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161.

¹²⁸ PACHECO, Denilson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 153.

Em se tratando do princípio da **necessidade** (*Erforderlichkeit*) ou menor ingerência possível, a medida adotada não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja.¹²⁹ Reduz-se a uma indagação: dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro menos lesivo aos direitos fundamentais?¹³⁰ Dessa forma, é o espaço de ação concernente a escolha do meio que vai utilizar. Canotilho chama a atenção para o alto grau de indeternabilidade do princípio, e assevera a existência de elementos conducentes a uma maior operabilidade prática:

a) a *exigibilidade material*, pois o meio deve ser o mais 'poupado' possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito de intervenção; c) a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados. (destaques do autor)¹³¹

Por fim, o princípio da **proporcionalidade em sentido estrito** (*Verhältnismässigkeit*), nada mais é do que uma equação mediante um juízo de ponderação entre o meio utilizado e o fim almejado. Dessa forma, analisam-se as vantagens frente às desvantagens, em caso de prevalência das desvantagens a medida será desproporcional.¹³²

É por meio desses subprincípios que a proibição do excesso é analisada dentro do direito brasileiro, existindo amplo debate em torno de cada um de seus elementos.

Notam-se, nessa perspectiva negativa, conquistas da modernidade, tanto no Direito Penal e no Processual Penal, influenciadas pelos iluministas. No campo do Direito Penal têm-se como exemplos: a garantia da reserva legal, a proibição da analogia incriminadora, a irretroatividade da lei penal entre outros. Em relação ao Processo Penal, observam-se como exemplos não taxativos: o habeas corpus, o mandado de segurança e a revisão criminal.

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 397.

¹³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161.

¹³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 270.

¹³² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 270.

Por outro lado, a **proibição da insuficiência** ou **proibição da proteção deficiente**¹³³, face positiva do princípio da proporcionalidade, é pouco debatida e observada pelo legislador, jurisprudência e doutrina brasileiros.

Nesse sentido, vincula-se à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, como um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros.¹³⁴ A tutela deve se dar, assim como no viés negativo, tanto no Direito Penal como no Processo Penal.

A respeito do tema, Bernal Pulido:

(...) na dogmática alemã é já bem conhecida a distinção entre duas diversas versões do princípio da proporcionalidade: a proibição de excesso (*Übermaßverbot*) e a proibição da proteção deficiente (*Untermäßverbot*). Este último conceito se refere à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia uma omissão – vulnera um direito fundamental de proteção.¹³⁵

É por meio dessa visão de proteção insuficiente que o legislador tem a obrigação de incriminar determinadas condutas, não sendo admissível contrariar o texto constitucional. Um exemplo disso é o dever de criminalização existente no art. 5º, XLIII, da Constituição, no qual seria inconstitucional uma norma que viesse a descriminalizar as condutas de tortura, tráfico de drogas e terrorismo.

Ademais, o art. 5º, XLII, da Constituição é taxativo ao descrever que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão nos termos da lei”. É inegável que esse dispositivo estabelece um dever de incriminação para condutas tidas como racistas, logo não poderia uma lei adotar diretriz diversa da estabelecida pela Constituição.

Outro exemplo constitucional encontra-se presente no art. 227, §4º: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Com base nesse comando, o legislador deve adotar uma política

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado* (schutzpflicht). Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 4/6/2009, p. 5.

¹³⁴ SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, p. 110.

¹³⁵ Apud PACHECO, Denilson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 132.

rígida em relação a delitos que tenham como vítima a criança e o adolescente, não sendo admitidas penas brandas que culminassem em um sentimento de impunidade.

Por fim, tanto a proibição do excesso quanto a proibição da insuficiência são limites ao legislador e aos órgãos estatais, havendo um ponto em comum entre eles, no que tange aos resultados, o máximo que se exige para o excesso é o mínimo que se exige para a insuficiência.¹³⁶

Com isso é conveniente lembrar da relatividade dos princípios constitucionais. A título de exemplo utilizar-se-á o princípio da dignidade humana.

2.4.3 A relatividade da Dignidade humana

Como já dito no introito e de acordo com as premissas lançadas nos tópicos e capítulos anteriores, tem-se a dignidade humana como detentora de características a ela peculiares, entre elas, o fato de possuir natureza pré-constitucional e configurar-se princípio máximo do Estado democrático de direito. Destaca-se, ser este o entendimento dominante na doutrina.

No que pertine à natureza pré-constitucional, há pouca divergência doutrinária acerca do assunto¹³⁷, sendo quase unânime tal entendimento. Contudo, o fato de possuir característica de sobreprincípio enseja divergência no que tange a ponderabilidade do princípio da dignidade.

Há autores que trabalham a ideia de ser, a dignidade da pessoa humana, um princípio absoluto, mas como se verá adiante, tal posição limita o alcance desta. Entre eles encontram-se Daniel Sarmento¹³⁸ e Inocêncio Mártires Coelho. Nos dizeres do último:

[...] a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos - ontologicamente dotados de igual

¹³⁶ SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, p. 110.

¹³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 179/180; “Mas também não são normas de valor supraconstitucional ou de natureza supra-estatal como querem Duguit e Pontes de Miranda, embora o sejam cada vez mais de dimensão internacional (...)”.

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 73 e ss.

dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo.¹³⁹

Não admitem a relativização da dignidade em relação a outros princípios justamente por se situar no patamar máximo de hierarquia jurídica. Deste modo, qualquer princípio que se chocar com ela, irá sucumbir, sendo esvaziado de valor, pois o sujeito portador de valor absoluto não é a comunidade ou classe, mas o homem pessoal.

Respeitando a posição desses doutrinadores e já pedindo vênias para discordar, considerar-se a dignidade como princípio absoluto, significa dizer que dignidade gozaria de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo. Nesse sentido, preleciona Robert Alexy, ao discorrer sobre a invalidade dos argumentos favoráveis a existência de princípios absolutos, em suas palavras:

Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípio deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em caso de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável.¹⁴⁰

Sintetizando a problemática, Canotilho aduz que:

As teorias absolutas vêm no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestringível, abstractamente fixado; as teorias relativas vêm no núcleo essencial o resultado de um processo de ponderação de bens. De acordo com a primeira orientação, o núcleo essencial é uma posição subjectiva de tal modo indisponível que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto. Para a segunda, o núcleo essencial é o resultado de um processo de ponderação, constituindo aquela parte do direito fundamental que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente e consequentemente subtraída à disposição do legislador. [...] Por seu turno, as teorias absolutas esquecem que a determinação do âmbito de protecção de um direito pressupõe necessariamente equação com outros bens, havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias poder vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa destes outros bens.¹⁴¹

Neste aspecto, não há como adotar a existência de princípios absolutos, sob pena de se chegar a um regime de “ditadura da dignidade humana”, podendo

¹³⁹ COELHO, Inocêncio Martines; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 174

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

¹⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 459/460.

resultar em arbítrios. Por outro lado, não há como aceitar o argumento no qual se admite a relativização, indiscriminada, de todos os princípios, sob pena de se banalizar os princípios ou utilizá-los abusivamente.

Pela inteligência desse preceito, devem-se admitir juízos de ponderação, não só em relação aos princípios fundamentais, mas também em relação à dignidade humana, pelo simples fato de também constituir um princípio fundamental. Destaca-se, que ao fazer uso dos juízos de ponderação, característica da nova hermenêutica constitucional, deve-se preservar o núcleo essencial de cada princípio.

Nesses exatos termos Ingo Sarlet¹⁴², adotando uma posição intermediária na qual se admite relativizar o princípio da dignidade da pessoa humana, adverte que, deve-se ter como limite o núcleo essencial deste princípio, consubstanciado na fórmula-objeto – vedação de condutas que conduzam a coisificação e instrumentalização do ser humano.

Finalmente, e mais uma vez reverberando os ensinamentos de Robert Alexy¹⁴³, cabe salientar, conforme dito anteriormente, que o princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios.

Diante do exposto, é precisamente com base nesta linha argumentativa, atento a divergência doutrinária, que se sustenta a ponderabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁴, reforçando esta argumentação, adere a este posicionamento.

Contudo, chama a atenção, conforme já comprovou a história, a necessidade de imposição de limites a qualquer instituto, com o intuito de se evitar extremos na adoção de qualquer teoria, sob pena de se incorrer em arbitrariedades.

¹⁴² SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na: constituição federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2004, p.142.

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 113.

¹⁴⁴ Vide BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 93.250/MS. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 de junho de 2008. DJ 26-06-2008. "(...) 6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa". V. também: informativo nº 275, Inq – 617, "(...) na realidade, inexistem direitos absolutos em nosso sistema normativo, como já o proclamou o Plenário desta Suprema Corte". (RTJ 173/805-810, 807, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Nesse aspecto, o Estado democrático exige limites, inclusive a dignidade humana, não se podendo admitir o fundamentalismo ou tirania da dignidade.¹⁴⁵

Deste modo, admite-se a relativização da dignidade da pessoa humana, baseado justamente no fato de que este princípio encontra limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto constitucional.

2.5 Considerações finais

A concepção atualmente adotada define a Constituição como detentora de força normativa, dirigente, programática e compromissária. Em síntese, a Constituição é norma superior que erradia seus preceitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando normas inferiores e deve ser efetivada pelos poderes públicos.

Em relação ao conceito atual de Estado, não pode mais ser visto somente sob o prisma liberal-individualista, de Estado-opressor; hoje é considerado Estado-realizador de direitos, preocupa-se com a coletividade e busca proteger tanto bens individuais como bens coletivos, portanto, não é mais um inimigo.

No que tange à definição de bem jurídico, é papel da Constituição determinar quais são os bens jurídicos mais relevantes dentro de uma sociedade, bens jurídicos que podem ser de cunho individual ou coletivo. Nesse sentido, o Direito se submete aos preceitos constitucionais, devendo proteger tanto bens individuais quanto bens coletivos.

Consequentemente, princípio da proporcionalidade, por intermédio de seu viés positivo e negativo, é o meio adequado para se analisar a qualidade da proteção despendida a determinado bem jurídico.

Por meio dessas premissas, conclui-se não haver liberdade plena para o legislador ao criar determinada lei, deve sempre estar atento aos preceitos constitucionais e aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sempre em busca de um equilíbrio na proteção de bens individuais e coletivos.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na: constituição federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2004, p. 140.

Com isso, extrai-se do texto constitucional um comando ao legislador que o obriga a formular meios de maneira a proteger adequadamente os bens constitucionalmente protegidos. Dessa forma, surge um dever de retirar meios excessivos e um dever de criar meios adequados de combate a condutas atentatórias a bens constitucionais. Existe, portanto, uma obrigação de coerência na proteção de bens jurídicos dentro do sistema como um todo, não podendo o legislador cometer contradições.

É prerrogativa do intérprete, por meio de métodos e princípios interpretativos, zelar pela unidade do sistema. Em caso de incoerência sistêmica, cabe ao julgador resolver os equívocos cometidos pelo legislador, buscando sempre a preservação da unidade do sistema e de proteção a bens jurídicos. O meio hábil para a solução desses equívocos é o controle de constitucionalidade, seja em relação a um caso concreto ou em abstrato.

Arrematando, o limite máximo exigível para a proibição de excessos na proteção de bens jurídicos é o limite mínimo que se exige dos poderes públicos para a proibição da proteção insuficiente. Dessa forma, não são admitidas posições extremistas, deve-se sempre ponderar valores, jamais excluir um em detrimento de outro ao se editar uma norma em abstrato.

Postas estas explanações, ingressa-se na análise do posicionamento crítico dos autores em relação ao novo fenômeno – o neoconstitucionalismo.

3 BALANCEAMENTO DO FENÔMENO NEOCONSTITUCIONALISTA

Este capítulo tem por objetivo promover uma reflexão crítica sobre as mudanças promovidas pelo fenômeno neoconstitucionalista. Muitos autores aderiram a estas mudanças, mas outros preferiram receber o fenômeno com algumas ressalvas. O mais crítico deles é Humberto Ávila¹⁴⁶, que identificou na doutrina quatro fundamentos para o neoconstitucionalismo: o normativo (“da regra ao princípio”), o metodológico (“da subsunção à ponderação”), o axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”).

O autor retirou estes fundamentos de Luis Prieto Sanchís. No mesmo sentido Inocêncio Mártires Coelho ensina que esse novo constitucionalismo marca-se pelos seguintes aspectos: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação”.¹⁴⁷ Ou na visão de Luis Prieto Sanchís, como uma teoria do Direito que se orienta pelas máximas de:

más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por ultimo, coexistência de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica.¹⁴⁸

Ávila posiciona-se de forma contrária a muitos destes fundamentos e chega até mesmo a negar o neoconstitucionalismo. Estes fundamentos e críticas perpetradas pelo autor serão objeto deste capítulo, que abordará, ainda, algumas críticas apontadas pela doutrina em relação a adoção do neoconstitucionalismo.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 20 jun. 2011.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

¹⁴⁸ Apud SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68.

Inicia-se com o próximo tópico um breve relato das opiniões do autor acerca do neoconstitucionalismo, após serão tecidas algumas críticas em relação ao autor.

3.1 Fundamentos na concepção de Humberto Ávila¹⁴⁹

3.1.1 Fundamento normativo: da regra ao princípio

De acordo com Humberto Ávila o fundamento normativo do neoconstitucionalismo (para parte da doutrina) está na adoção (exclusiva ou preferencial) de princípios nos textos constitucionais pós-guerra. Seria o caso de nossa constituição atual.

Nestas constituições, em que há uma prevalência de princípios, recebem a denominação de constituições principiológicas. O autor critica essa classificação em relação à Constituição de 1988. Primeiro por conter regras e princípios – ademais, estas normas não são excludentes entre si. Elas, em verdade, se complementam, pois possuem funções e eficácia distintas.

O autor ainda adverte que a Constituição de 1988 contém (numericamente) mais regras do que princípios, fato que afasta o argumento de ser uma constituição principiológica. Sustenta ser uma Constituição analítica, muito detalhista, fato de existirem muitas regras em seu texto. Lembra-se da característica das regras de gerar maior segurança jurídica diminuindo arbitrariedades e incertezas. Isso ocorreu para não permitir uma ponderação posterior feita pelo aplicador, simplesmente para evitar esvaziamento das ponderações feitas pelo constituinte.

Levanta outra questão, caso se considere Constituição de 1988 como composta majoritariamente por regras, haveria um problema metodológico no neoconstitucionalismo, pois, para Ávila, a doutrina defende haver uma prevalência da técnica de ponderação em Constituições principiológicas, acarretando em uma prevalência dos princípios sobre as regras. Com isso poder-se-ia argumentar que princípios constitucionais afastariam normas constitucionais e infraconstitucionais.

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 20 jun. 2011.

Isso não seria possível por dois motivos. Um princípio constitucional não pode prevalecer sobre uma regra de mesma hierarquia, a regra é resultado de ponderação feita pelo constituinte originário, fato que não permitiria ao aplicador negar-lhe eficácia. Logo, não pode haver ponderação entre regra e princípios de mesma hierarquia. Em caso de conflito entre os dois, deve prevalecer a regra. E arremata com o exemplo da regra que veda a utilização da prova ilícita, alegando que não caberia ao intérprete mitigá-la, ou ponderá-la com outro princípio, uma vez que seria a escolha do constituinte o enrijecimento da matéria.

Outro motivo consiste em inadmitir a ideia de que a interpretação sistêmica poderia modificar as hipóteses de normas constitucionais para além do significado mínimo de suas palavras. Isso acabaria com as funções das regras. Relativamente a regras infraconstitucionais seria possível o afastamento em face de um princípio constitucional, mas somente se esta regra se mostrasse irrazoável ou incompatível com o estado ideal do princípio (ou seja, tratar-se de um caso concreto extraordinário).

Tendo por base estas premissas, ingressa-se na análise do fundamento metodológico.

3.1.2 Fundamento metodológico: da subsunção à ponderação

O autor critica que se aceita a ponderação como fundamentação preponderante no Brasil, em havendo uma regra infraconstitucional regulando determinada conduta, o intérprete poderia saltar do plano legal para o constitucional sempre que um princípio pudesse ser utilizado com fundamento de uma decisão. Deste modo, o aplicador sempre estaria no plano constitucional e poderia se valer da técnica de ponderação, e, por consequência, toda decisão seria baseada na ponderação.

Postas estas (falsas) premissas, o autor indaga: deve o paradigma da ponderação ser aceito como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico? Para ele a resposta é negativa, e em cima disso traça três críticas: 1) acarretaria em um antiescalonamento da ordem jurídica; 2) aniquilar-se-ia as regras e a função legislativa; e 3) conduziria a um subjetivismo do intérprete.

Os vários níveis da ordem jurídica, distribuídos em um complexo de relações hierárquicas e com funções específicas, restariam esvaziados e cederiam lugar a um só nível (o constitucional). Nessa linha de raciocínio os princípios constitucionais sempre poderiam servir de fundamento, sendo as demais manifestações normativas secundárias, acarretando em uma constitucionalização da ordem jurídica.

Aniquila as regras e a função legislativa na medida em que a utilização de princípios, mesmo nas situações de compatibilidade entre a regra legal e o texto constitucional, permitiria o afastamento das regras e da escolha política do legislador (eleito pela maioria exatamente para isto). É função conferida pela Constituição ao Poder Legislativo a edição de leis, com liberdade de conformação e de fixação de premissas dentro dos limites constitucionais. Logo, desconsiderar a regra, seria afastar o princípio democrático e a separação de poderes. Ademais, quando tudo está na Constituição (e nada na legislação) a supremacia constitucional perde o seu sentido, pois seria irrelevante a escolha feita nos níveis inferiores.

A ponderação poderia gerar um subjetivismo. A norma jurídica não é conselho, ela deve servir de orientação para a conduta a ser adotada. Um mandamento precisa ser externo e autônomo em relação ao destinatário, e para isto ele precisa ser minimamente reconhecível antes da conduta ser adotada. Adotada a ponderação ao extremo, cada destinatário só saberia o que deveria realmente seguir após uma decisão do judiciário. Por estas razões perder-se-ia parte considerável da normatividade do Direito.

Para Ávila o que provocaria todas estas consequências é a concepção de ponderação segundo a qual os princípios constitucionais podem ser usados sempre que possível para o fundamento de uma decisão, independentemente das regras existentes.

A solução para tais questões estaria na adoção de uma ponderação lastreada por critérios objetivos prévios e compatível com as demais normas constitucionais (separação de poderes e princípios fundamentais).

Traça algumas diretrizes para esta ponderação. Existindo regras de mesma hierarquia dos princípios, não se admite a ponderação entre estes para casos ordinários (pois já há uma escolha política do legislador relativamente à questão). Também não poderia ponderar um princípio constitucional com uma regra

infraconstitucional se esta é compatível com a CR. Seria desprezar a função das regras. Nestes casos o intérprete pode ampliar o alcance da norma ou restringi-la, desde que compatível com suas finalidades, de maneira a otimizá-las em relação aos preceitos constitucionais, mas não afastá-las. Só pode afastá-las em casos extraordinários (quando irrazoável).

Quando for hipótese de ponderação o aplicador do direito deverá criar uma norma individual reguladora do caso concreto, mas para isso deve seguir algumas fases¹⁵⁰ para evitar a subjetividade do julgador. Estas fases não são objeto do nosso estudo, mas sem elas a ponderação seria uma técnica não jurídica, legitimadora de arbítrios judiciais.

Ingressa-se na análise do fundamento axiológico.

3.1.3 Fundamento axiológico: da justiça geral à justiça particular

Adotadas as premissas anteriores, para Ávila haveria uma mudança no modelo de justiça prevalente. Privilegiar-se-ia a justiça individual (fundada em normas posteriores, individuais e concretas) em face da justiça geral (baseada em normas prévias, gerais e abstratas). Indaga se a justiça particular deveria prevalecer sobre a geral.

O autor rebate a tese de que uma justiça particular para cada caso seja a melhor solução. Reconhece que em situações extraordinárias (não comuns) uma determinada regra pode gerar injustiças. Ao se criar uma regra seleciona-se fatos (hipóteses) e a correspondente consequência de seu descumprimento. Mas essa seleção pode acarretar em “sobre-inclusão” e “sub-inclusão”: a qual é a ausência de fatos relevantes ou inclusão de fatos irrelevantes no texto legal. Dependendo do sistema adotado a rigidez em relação a regra pode variar – rigidez absoluta até a flexibilização total do texto legal para cada caso concreto (particularismo) – e pode provocar uma solução injusta ou sub-ótima.

A solução injusta pode ser afastada pela máxima da razoabilidade, uma vez que consiste num fato extraordinário, num caso particular no qual seria injusta a incidência da norma geral. Contudo existe a “zona cinzenta”, consistente nas

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

soluções dadas pela regra e que não chegam a ser manifestamente injustas, mas que não representam a melhor solução. Neste caso, não seria possível desprezar a solução dada pela lei, é a escolha política do legislador dentro da discricionariedade que a Constituição lhe confere, não poderia o intérprete construir uma nova lei para o caso concreto. Numa sociedade complexa como a atual os cidadão conseguem entrar em consenso em valores fundamentais a serem protegidos, mas em soluções específicas isso se torna difícil. Isso também se aplica ao aplicador do direito, regras também tem a função de limitar a subjetividade (e arbitrariedade) do juiz. Logo, considerar sempre as características do caso concreto pode nem sempre ser uma coisa positiva.

Por fim, um breve relato do fundamento organizacional.

3.1.4 Fundamento organizacional: do poder legislativo (ou executivo) ao poder judiciário

A técnica de ponderação exige uma avaliação maior de aspectos individuais e concretos, em face de elementos gerais e abstratos, com isso haveria maior participação do Poder Judiciário em relação aos Poderes Executivo e Legislativo. E desse ativismo adviria a predominância da Constituição em detrimento da legislação. Criticando essas premissas, Ávila questiona se o Judiciário deveria assumir um papel de prevalência na determinação da solução de conflitos morais.

Para o autor, em um Estado de Direito não cabe ao Judiciário (em qualquer matéria e em qualquer intensidade) solucionar conflitos morais dentro de uma sociedade complexa e plural. Caberia as regras, editadas por meio do Legislativo, controlar os conflitos morais, e ao Judiciário apenas aplicar tais regras. Para o autor, só o Legislativo é capaz de levar em consideração essa pluralidade de mundo e de valores e o seu modo de realização – é nesse Poder que se encontram mecanismos públicos de discussão e votação, com a conseqüente participação de todos. Finaliza alertando para a importância do Legislativo.

3.1.5 Conclusões do autor

Concluindo Ávila assevera que as mudanças provocadas pelo neoconstitucionalismo não encontram suporte no ordenamento constitucional brasileiro. Primeiro por ser a Constituição composta mais de regras do que princípios – logo, é uma Constituição regulatória. Regras e princípios possuem funções

distintas e não há predominância de uma sobre a outra. Em segundo lugar, não se pode falar da predominância de ponderação sobre a subsunção, o aplicador não pode desconsiderar a solução dada pelo legislador. Em terceiro lugar, a justiça particular não pode prevalecer sobre a geral, pois as regras possuem a sua importância de estabilizar conflitos morais e reduzir incertezas e arbitrariedades das decisões. Em quarto lugar, não pode haver preponderância do Judiciário sobre os demais poderes, quando há várias soluções justas ou diversos caminhos para a realização de uma finalidade, cabe ao legislativo escolher qual delas deve prosperar. Posto isso adverte: o neoconstitucionalismo nesses termos não passa “de uma espécie enrustida ‘não-constitucionalismo’: um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização”.

3.2 Críticas ao texto de Humberto Ávila e outros autores

Contudo, estas ponderações do autor merecem algumas considerações críticas de nossa parte. Preliminarmente, não vislumbramos na doutrina consultada (neste trabalho) qualquer menção na predominância de princípios sobre regras na CF, na defesa do método de ponderação sobre o de subsunção.

Para elucidar o conceito de neoconstitucionalismo, transcrevemos a opinião de alguns autores em relação a este fenômeno. Para Barroso:

O neoconstitucionalismo ou novo direitoconstitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.¹⁵¹ (destaques do autor)

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

No mesmo sentido, mas dividindo tais características em dois grupos, Ana Paula de Barcellos:

Do ponto de vista **metodológico-formal**, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.

Do ponto de vista **material**, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.¹⁵² (destacamos)

Por fim, arremata André Rufino, são características desse novo constitucionalismo:

a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e moral.¹⁵³

Nota-se que em nenhum momento estes autores trabalham com a ideia de prevalência de princípios sobre regras, de ponderação em face da subsunção, da justiça particular em face da geral ou de um aniquilamento do Legislativo por parte do Judiciário. Em todos os textos os autores buscam enfatizar a importância de se abandonar o modelo puro anteriormente existente, o qual era regido pela impossibilidade: de se ponderar diante de um caso concreto; de se considerar um princípio como dotado de normatividade; de se fazer justiça ao caso concreto

¹⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. In: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>, acesso em 14 de novembro de 2007. Acesso em: 20 jun. 2011.

¹⁵³ VALE, André Rufino. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* n.º 09. Rio de Janeiro: ESDC, 2007, p. 68.

afastando uma regra; ou de o judiciário analisar a escolha realizada pelo legislador. O novo modelo busca apenas acabar com injustiças, ele não rompe com o anterior, ele continua aplicando o anterior, mas agregando a ele uma pauta axiológica, afastando casos desproporcionais ou não previstos/pensados pelo legislador.

Claro que existem críticas por parte de outros autores, mas trataremos delas ao longo de nossas ponderações nos próximos tópicos.

3.2.1 Prevalência judicial e ativismo

Por esta crítica o judiciário seria um poder antidemocrático, uma vez que juízes não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo. A premissa adotada pelos críticos é a de que numa democracia as decisões políticas mais importantes devem ser tomadas pelo povo ou seus representantes e não por intelectuais de toga. Contudo, na atualidade, democracia também é respeito às minorias, não podendo esta ser sufocada pela maioria. Logo, deve haver um equilíbrio entre maioria e minoria, só possível com respeito a direitos básicos do cidadão e garantia da igualdade de participação.

A atuação do judiciário pode promover avanços em relação aos direitos fundamentais ou pode promover retrocessos. No Brasil costuma-se relacionar ativismo judicial com posições sociais progressistas (em face das omissões do passado). Contudo isso pode não ocorrer. Tome como exemplo o ocorrido nos Estados Unidos nas primeiras décadas do século passado quando a Corte impediu a edição de legislação trabalhista e de outras medidas que implicavam em interferência na esfera econômica em proveito das classes desfavorecidas. Atualmente, no Brasil, pode se notar um ativismo negativo com a proteção absoluta conferida ao direito adquirido (a exemplo da possibilidade de se desrespeitar o teto remuneratório constitucional) e o “ultra-garantismo” penal em relação a alguns crimes. Estas são tentativas (bem sucedidas) de manutenção do *status quo*.¹⁵⁴

Ademais, o judiciário também tem as suas mazelas, o juiz não é um ser perfeito, ele também está sujeito à corrupção. Veja-se o avanço na reestruturação do judiciário após a criação do CNJ. Há ainda o excesso de trabalho, não possibilitando

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68.

ao juiz uma análise aprofundada de cada questão que lhe é posta. Ademais, há um déficit educacional na área jurídica no Brasil, e a seleção de magistrados também reflete essa debilidade colocando profissionais com pouco qualificados no mercado. Logo, o judiciário não é um Poder perfeito.

Por outro lado, o processo político majoritário no Brasil possui vícios ainda mais graves. Isso levou a sociedade ao descrédito que este poder tem hoje e a depositar esperanças no judiciário. Com isso concordamos com o posicionamento de Daniel Samento em relação ao ativismo judicial no Brasil, este dever ser exercido com moderações, nas palavras do autor:

(...) o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das maiorias, bem como um certo ethos profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar na nossa magistratura, conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas.

Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito - como Economia, políticas públicas e regulação. Nestes casos, deve-se reconhecer que outros órgãos do Estado estão mais habilitados para assumirem uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional.¹⁵⁵

Insta esclarecer que Ávila não trabalha com as omissões inconstitucionais do poder legislativo. Não vivemos na Alemanha onde há um respeito mútuo entre os poderes, o decidido pelo tribunal é acatado de pronto pelo legislativo, mesmo nos casos de orientações para legislar sobre determinada matéria. O judiciário, igualmente, respeita a decisão política tomada pelo legislador se esta se encontra de acordo com a Constituição.

¹⁵⁵ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68.

Isso não ocorre na Espanha, Itália e (muito menos) no Brasil, locais em que o judiciário é levado a adotar uma posição mais ativa em relação ao texto constitucional com a finalidade de resguardar direitos nele previstos. Por isso a importância de um judiciário atuante nestas esferas (tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia).

3.2.2 Regras e princípios – subsunção e ponderação

Não obstante, concordamos com algumas ideias gerais levantadas por Ávila e já defendidas ao longo deste trabalho, realmente princípios e regras possuem funções distintas dentro do sistema e importância equânime para o ordenamento. Concordamos que a subsunção só pode ser usada em relação a regras, enquanto a ponderação é utilizada (em regra) em relação a princípios. Ademais, uma regra concretiza princípios (carreadores de valores), sendo mais específica e não podendo ser afastada por um princípio de mesma hierarquia.

Lembra-se ainda que os textos legais são limites ao intérprete, não podendo desconsiderar o texto expresso no processo hermenêutico. Por outro lado faz-se necessária uma crítica contundente em relação a possibilidade ou não de afastamento de regras constitucionais diante de casos concretos. Usaremos o mesmo exemplo da regra de vedação a prova ilícita.

Regras protegem valores específicos e são programas previstos dentro de um quadro específico. São textos legais e que devem ser interpretados, não estamos mais no reino puro e simples da subsunção e do intérprete como mero aplicador da escolha do legislador. Para as regras há o fenômeno da sobre-inclusão e da sub-inclusão, já tratado anteriormente. Mas, como exposto alhures, a regra pode ser desproporcional diante de um caso concreto. Por exemplo, a prova poderia ser considerada, mesmo ilícita, para favorecer o réu (esse direito, interpretado, é um direito de defesa do cidadão contra o Estado e não o contrário). Também não vemos problema em se admitir a prova ilícita para destituir o poder familiar de uma mãe que tente matar seu filho, o simples fato de não condená-la por tal conduta não autoriza uma decisão que desconsidere o fato de a criança (com absoluta prioridade de proteção na Constituição) estar correndo risco de morte. Esse formalismo excessivo poderia gerar injustiças que contrariam os valores mais caros do sistema, hipótese na qual uma regra (que também carrega valores) não pode prosperar. O correto

nessa hipótese seria a punição dos que concorreram para a produção da prova ilícita e a defesa das vítimas do fato ilícito.

O mesmo raciocínio se aplicaria a uma prisão com uso arbitrário de algemas. Esse fato por si só não pode penalizar a sociedade (também protegida pela constituição) com a nulidade da prisão e das provas produzidas. O mais correto aqui, e discordando com o STF, seria a punição das autoridades envolvidas no ato e indenização da vítima de abuso de autoridade, mas nunca penalizar a sociedade (também vítima do fato).

Destarte, é uma falácia a afirmação de que o neoconstitucionalismo busca abandonar a racionalização das decisões e promover a ausência de argumentação. O movimento neoconstitucional busca a racionalidade prática no âmbito jurídico, utilizando-se de complexas teorias da argumentação com a finalidade de se evitar arbitrariedades e subjetivismos. Na realidade prática brasileira, talvez pela recente recepção das ideias neoconstitucionalistas, ainda se encontra desvirtuamentos que acarretam em excessos de alguns aplicadores do direito ao proferirem decisões arbitrárias com base na valorização excessiva dos princípios e da técnica de ponderação. Mas adverte-se, isso é uma patologia e, portanto, deve ser combatida. Somente os excessos devem ser combatidos, o que não pode ocorrer é a negação do fenômeno como um todo.

Barroso traça critérios para obter racionalidade na argumentação:

Chega-se, por fim, à *argumentação*, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos *casos difíceis*, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. **Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações:** (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser

casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.¹⁵⁶ (destacamos)

Os princípios são importantes para a ordem jurídica, conferem mais elasticidade ao sistema e uma abertura moral a ordem jurídica.

Deste modo, quanto mais vaga a norma a ser aplicada, maior deve ser a fundamentação do intérprete. Esta é a lógica a ser seguida hoje, isso para evitar o que está ocorrendo na prática – alguns juízes fundamentam decisões em princípios, mas não argumentam adequadamente. Talvez a raiz disso possa estar na cultura brasileira, como bem retrata Daniel Sarmiento:

Há na sociedade brasileira traços que tornam ainda mais perigosa esta tendência à frouxidão e emotividade na metodologia jurídica. Nossa cultura caracteriza-se muito mais pelo "jeitinho" e pelo patrimonialismo do que pela valorização do cumprimento impessoal de regras. O brasileiro - já dizia Sérgio Buarque de Holanda - é o "homem cordial", que tende a antepor a lógica privada do compadrio e da simpatia à racionalidade objetiva das leis. Esta singularidade das nossas relações sociais não atua de forma neutra em relação a todos os cidadãos. Ela implica na adoção de posturas estatais em geral muito benevolentes em relação aos donos do poder e seus apanigüados, e de posições muito mais duras dirigidas aos grupos excluídos e marginalizados. Uns poucos acabam pairando acima das leis, que não os alcançam para limitar a sua conduta ou sancionar os seus desvios, enquanto outros permanecem abaixo dela, sendo atingidos apenas pelo braço punitivo do Estado, pois a violação rotineira dos seus direitos é naturalizada, tornando-se invisível.¹⁵⁷

Desta forma, apenas reparos setoriais nesse fenômeno devem ser feitos, e não a negativa global que representaria um grande retrocesso. Deve-se conferir importância tanto a regras quanto a princípios.

Todo este debate até aqui só tem sentido por conta da penetração da moral no direito. É o resultado da denominada "virada kantiana". E isso é pacífico na doutrina, o que há divergência é a forma como essa inclusão de valores se deu. Daniel Sarmiento resume bem a questão:

De um lado, figuram os positivistas, como Luigi Ferrajoli, Luiz Prieto Sanchís, Ricardo Guastini e Suzana Pozzolo, que não aceitam a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral, mas reconhecem que pode haver uma ligação contingente entre estas

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

¹⁵⁷ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68.

esferas, sempre que as autoridades competentes, dentre as quais se inclui o poder constituinte originário, positivem valores morais, conferindo-lhes força jurídica. Do outro, alinham-se os não-positivistas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino e seus seguidores, que afirmam que Moral e Direito têm uma conexão necessária, e aderem à famosa tese de Gustav Radbruch, de que normas terrivelmente injustas não têm validade jurídica, independentemente do que digam as fontes autorizadas do ordenamento. Dentre estes autores, há quem insista na idéia de que o Direito possui uma "pretensão de correção", pois de alguma maneira é da sua essência aspirar à realização da justiça. Contudo, na medida em que as constituições contemporâneas entronizam com prodigalidade os valores morais, este debate teórico perde bastante em importância, pois mesmo os neoconstitucionalistas que se afirmam positivistas reconhecem a penetração da Moral no tecido jurídico, sobretudo pela via dos princípios constitucionais. Trata-se do chamado positivismo inclusivo.¹⁵⁸

Ávila não nega a aplicação da moral, uma das características do neoconstitucionalismo, mas revela a importância do texto legal na aplicação do Direito, logo, é um positivista inclusivo. Concordamos com ele, a Constituição é fruto de uma decisão política, portanto, decorrente da vontade humana, por isso não nos parece adequado adotar uma corrente naturalista. É decisão política que agrega os valores mais caros em uma sociedade, é sobre esses valores que todo o ordenamento deve ser interpretado.

3.3 Considerações finais

Hoje não é mais aceita a ideia de uma lei genérica, abstrata, coerente e fruto da vontade do parlamento. O Estado legislativo supunha a sociedade homogênea – isso só seria possível numa sociedade formada por iguais. Não é o nosso caso, vivemos em uma sociedade plural e repleta de desigualdades. A igualdade é requisito para o exercício da liberdade, e aqui aparece o Estado social. Surgem grupos sociais (sindicatos, associações etc) que passam a pressionar o legislativo para proteger seus próprios interesses. Não há mais vontade geral, fala-se em “vontade política” do grupo mais forte no parlamento. A falta de conhecimento jurídico, e a tentativa de desprezo dos direitos fundamentais por parte desses grupos

¹⁵⁸ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68.

gera leis complexas e obscuras. A impessoalidade e coerência da lei deixam de existir, a vontade do legislativo passa a ser a vontade dos ajustes legislativos.¹⁵⁹

Em decorrência da produção da lei ser fruto do arranjo de grupos sociais e frequentemente ter sua finalidade desvirtuada por interesses escusos, surge a necessidade de um controle que leve em consideração os princípios de justiça. A história provou o que leis (formalmente perfeitas) sem controle podem gerar (a exemplo do holocausto). O juiz de hoje deve analisar uma lei substancialmente, e não só formalmente, e o paradigma para análise da legislação é a própria Constituição – condicionante de todo o ordenamento jurídico.¹⁶⁰

Nesse novo período o juiz não revela a vontade da lei, ele tem o dever de “conformação da lei”, o juiz constrói a norma a partir do texto legal e a adéqua aos preceitos constitucionais.

Nesse contexto os princípios adquirem normatividade e passam a ser utilizados no controle de constitucionalidade da lei, na dúvida interpretativa e na ausência de regras. Contudo, princípios e regras têm funções relevantes e distintas. O legislador passa a ter limites negativos (impossibilita determinadas posições jurídicas) e positivos (impõe um dever de produção normativa). Com isso o aplicador passa a analisar a norma não somente no plano abstrato, mas também no plano concreto – precisando o conteúdo da norma em face da realidade e dos casos concretos.

A Constituição é fruto de uma decisão política que decorrente da vontade humana. Ela agrega os valores mais caros em uma sociedade e é sobre esses valores que todo o ordenamento deve ser interpretado. Mas valores, assim como a cultura, são mutáveis. Os princípios constitucionais carregam valores e, portanto, também são mutáveis e construídos ao longo do tempo, sendo moldados pela experiência. Cabe ao judiciário atualizar, por meio da interpretação, o significado dos preceitos constitucionais, para não sofrer um processo de fossilização do ordenamento jurídico.

O judiciário obtém sua legitimidade de atuação no Estado Democrático por meio da fundamentação (ou argumentação). Sempre orientada pela dialética,

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 42-46.

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 42-46.

permitindo o contraditório de ideias. Mas essa argumentação só é legítima se baseada em critérios objetivos, aceitos dentro de um campo científico e que possam ser controlados pelos demais operadores.

Esse método (ainda em construção) deve ter um conteúdo mínimo, consistente no respeito aos diferentes campos de atuação de regras e princípios, o respeito do Poder Judiciário em relação aos limites de atuação dos demais Poderes e a utilização dos princípios interpretativos (métodos) como forma de construir um ordenamento uno e compreensível por todos, resgatando o espírito do Estado Constitucional de Direito, o princípio democrático e a própria dignidade humana.

A falta de argumentação ou não adoção de critérios controláveis pelos interlocutores desse debate pode gerar responsabilidade pessoal do intérprete. É aqui, no nosso sentir, que a crítica de “Ditadura da toga” não se sustenta. A Constituição confere ao Judiciário o poder de dar a última palavra sobre seus preceitos. Mas há como controlar esses “ditadores”, o que por si só não os deixa sem limites, e o mecanismo está na própria Constituição. De acordo com o art. 52, inciso II, da CR: “compete privativamente ao Senado Federal processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, (...) nos crimes de responsabilidade”.

Portanto, não há como se falar em ausência de limites ao judiciário, a maioria pode sim controlar as decisões deste poder, desde que não observados os parâmetros anteriormente postos para uma correta fundamentação da decisão.

E é exatamente por isto (tudo) que o judiciário é o órgão mais adequado para exercer a conformação das leis com a Constituição.

CONCLUSÃO

Conforme exposto, o neoconstitucionalismo é uma realidade. Neoconstitucionalismo não se trata de: a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação – como trabalhado por Humberto Ávila ancorando-se em parte da doutrina internacional.

Trata-se em verdade de um **fenômeno** (fato, acontecimento ou processo que pode ser observado na natureza ou na sociedade), ainda em construção, que merece autonomia por suas **características** (algo que caracteriza, que é característico; qualidade, condição ou traço marcante, que chama atenção ou que distingue, que permite identificar ou classificar alguma coisa ou alguém; particularidade).

Características que podem ser agrupadas em duas categorias: uma relacionada a mudanças ocorridas na forma de encarar o Direito Constitucional e outra a mudanças ocorridas na Teoria do Direito.

Relativamente à mudança de pensamento em relação ao Direito Constitucional podemos listar: o **desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e da teoria do estado** com o reconhecimento da dignidade humana como sendo o núcleo desses direito e o fim do Estado – ou seja, na adoção (real) de um Estado Constitucional Democrático de Direito; o **reconhecimento da força normativa da constituição** (a constituição é norma superior e deve ser realizada – com isso condiciona todos os atos dos poderes públicos aos seus preceitos); e o **incremento da jurisdição constitucional** (como consequência da aceitação da Constituição como norma superior, acarretando numa constitucionalização do direito e no fortalecimento do Judiciário).

No que tange às transformações na Teoria do Direito podemos citar: a **distinção entre texto e norma**; o **papel criativo da jurisprudência**; o **reconhecimento da força normativa dos princípios** (e como consequência a (re)aproximação da Moral com o Direito) constado na **mudança da técnica legislativa**; a **distinção entre princípios e regras** (com funções e finalidades diversas); e o **desenvolvimento dos princípios da proporcionalidade e**

razoabilidade – tudo isso pela adoção do pós-positivismo como base filosófica do neoconstitucionalismo.

Não se trata de negar tais características, mas sim de corrigir patologias ou distorções ocorridas dentro do sistema. É, em verdade, um problema educacional. Deve-se compreender o fenômeno para não se cometer excessos.

O pesquisador juspublicista do século XXI não pode se furtar ao enfrentamento dos problemas que a (complexa) realidade da vida nos impõe. Nesse sentido, deve buscar a solução destes de forma pragmática, ou seja, converter o fruto de sua pesquisa (teórica e abstrata) em algo concreto, com vistas a real aplicação prática do conhecimento.

Negar o novo é ter medo do desconhecido, essa não é a melhor saída. Num tempo remoto ninguém acreditava que o homem poderia voar. Com o advento do avião (o novo) o medo se espalhou. Os primeiros voos não eram dotados de muita segurança, mas ao longo do tempo os defeitos dessa “novidade” foram sendo consertados e seus benefícios se tornaram cada vez mais aparentes. O mesmo ocorreu com a informática, que nos permitiu elaborar este trabalho. Com a tecnologia jurídica não é diferente, o neoconstitucionalismo representa uma novidade e contém muitas qualidades – os defeitos existem, mas são laterais e podem ser reparados com o amadurecimento dos operadores do direito com o tempo.

Refutar o neoconstitucionalismo na concepção de Humberto Ávila parece aceitável, mas negar o fenômeno nos moldes aqui apresentados não é a melhor saída.

Destarte, pugnamos por um neoconstitucionalismo que não desconsidere a importância das regras e princípios, buscando racionalizar o uso da ponderação. Que reconheça a Constituição como centro e condicionante do sistema, cabendo ao judiciário a sua proteção e promoção, sem exercer tais funções com excesso de modo a não intervir indevidamente nas atribuições democráticas dos demais poderes. Tudo isso com o devido respeito à pauta axiológica da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v.215, jan. – mar., 1999, p. 163/164.

_____. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 20 jun. 2011.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. In: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>, acesso em 14 de novembro de 2007. Acesso em: 20 jun. 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar/abr/mai 2007.

_____. (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de: Regina Lyra, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *A teoria das formas de governo*. 10 ed. Brasília: UnB, 1997, p. 95-105.

_____. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônoco, João Ferreira et all; Revisão Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 13.ed. Brasília: Unb, 2008. v.1 e v.2.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 jan. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 93.250/MS. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 de junho de 2008. DJ 26-06-2008.

CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”. *Leituras complementares de Processo civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Algumas questões de direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=75>>. Acesso em: 22 jan. 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártines; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: *Revista do direito do estado n°5*, Jan.Mar. 2007.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. Neoconstitucionalismo e direitos sociais. *Rev. Direito Sanit.*, São Paulo, v. 10, n. 3, fev. 2010. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792010000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 25 ago. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo: RT, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006,

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PACHECO, Denílson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na: constituição federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2004.

_____. *Dimensões da dignidade – Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição*. Revista daAjuris 66, 1996.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht)*. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 4/6/2009.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VALE, Andre Rufino. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* nº. 09. Rio de Janeiro: ESDC, 2007.