



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

JULIANA RAMOS FERNANDES BRAGA

**A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS E O PAPEL DO JUIZ COMO
INTÉRPRETE DA NORMA**

Londrina
2011

JULIANA RAMOS FERNANDES BRAGA

**A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS E O PAPEL DO JUIZ COMO
INTÉRPRETE DA NORMA**

Dissertação apresentada no curso de mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho.

Londrina
2011

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da
Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

B813f Braga, Juliana Ramos Fernandes

A força normativa dos princípios constitucionais e o papel do juiz como intérprete da norma. / Juliana Ramos Fernandes Braga – Londrina, 2011. 118f.

Orientador: Vicente de Paula Marques Filho

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicado, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2011.

1. Princípios constitucionais – Teses. 2. Positivismo – Teses. 3. Pós-positivismo – Teses. 4. Juiz – Teses. I. Braga, Juliana Ramos Fernandes. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicado. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 340.12

JULIANA RAMOS FERNANDES BRAGA

**A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O
PAPEL DO JUIZ COMO INTÉRPRETE DA NORMA**

Dissertação apresentada no curso de mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho.
UEL – Londrina - Pr

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
UEL – Londrina - Pr

Prof. Dr. Paulo Roberto de Souza
UEM Maringá - Pr

Londrina, 17 de dezembro de 2011.

**Ao meu esposo Ronaldo, pela força,
compreensão e paciência.**

AGRADECIMENTO (S)

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Vicente de Paula Marques Filho, pelas oportunidades de aprendizado e pela dedicação.

Ao Professor Doutor Luiz Fernando Belinetti pela compreensão e apoio.

Ao Professor Doutor Elve Miguel Cenci pela dedicada colaboração.

Aos colegas do curso de Mestrado pela amizade nos momentos difíceis desta caminhada.

Ao Francisco pelas palavras de carinho e conforto nos momentos difíceis.

Aos meus pais, por sempre me darem apoio.

Ao meu irmão, José Márcio Fernandes, que sempre me ajudou prontamente.

E, por fim, e acima de tudo, a Deus por ter me dado forças para chegar até aqui.

"Não há Tribunais que bastem para abrigar o direito, quando o dever se ausenta da consciência dos magistrados".
Rui Barbosa

BRAGA, Juliana Ramos Fernandes. **A força normativa dos princípios constitucionais e o juiz como intérprete da norma**. 2011. 118f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo geral demonstrar a importância dos princípios na atualidade jurídica, como norma e destacar o papel do Juiz como intérprete. Em um primeiro momento, procura-se fazer um breve retrospecto sobre a participação dos princípios em cada período jurídico. Em seguida, realiza-se um contraponto entre as correntes positivistas e pós-positivistas, com base nas teorias de Hart (2009), Dworkin e Alexy, respectivamente. A corrente positivista de Hart é criticada por Dworkin por trazer a possibilidade de o juiz utilizar-se da discricionariedade para colmatar lacunas. A pós-positivista traz a ideia de um sistema jurídico uno formado de regras e princípios, em que o juiz está adstrito ao ordenamento jurídico, sem utilizar-se da discricionariedade, em respostas às mudanças ocorridas após um período de repressão, a referida corrente atribui aos princípios papel de destaque, reaproxima o direito da moral, rejeita o formalismo e concede papel de destaque ao poder judiciário. Ressaltam-se as formas de aplicação dos princípios em conformidade com a corrente pós-positivista e as formas de superar a colisão entre eles. Por fim, no último capítulo, apresenta-se casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, destacando-se a importância da utilização dos princípios nas decisões. Não se pretende considerar a corrente pós-positivista como ideal, apenas demonstrar a imprescindibilidade da utilização dos princípios como norma e destacar a necessidade de mudanças no sistema jurídico predominante.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Positivismo. Pós-positivismo. Juiz.

BRAGA, Juliana Ramos Fernandes. **The normative force of constitutional principles and the judge as interpreter of the norm.** 2011. 118f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

ABSTRACT

The paper here presented aim to demonstrate the importance of principles on the judicial actual understanding, as a norm and to point out the Judge role as its main interpreter. At the beginning the intention is to retrospect the principles influence over each juridical period. Then performs a counterpoint between the positivist currents and post-positivists, based on theories of Hart (2009), Dworkin and Alexy, respectively. Hart positivist opinion is criticized by Dworkin, because it brings the possibility of the judge to decide by his own were to fill on gaps. The post-positivisms brings the idea of an unique Judicial System based on principles and rules, were the judge is restricted to the juridical rules, without using his own opinion, in response to the changes happened after a repression period; this way of thinking attributes an important role for principles, shorten the distance between the Code of Laws and moral, reject the formalities and gives a relevant role to the judiciary. It highlighted the way of application from the principles in conformity to the post-positivism and the ways to overcome the collision between them. Finally, on the last chapter, its presented case studies judged by The Supreme Federal Courtyard, highlighting the principles importance. The paper do not intend to consider the Post-positivism as ideal, just demonstrate the reduction of self-judgment with the use of principles as norms and to highlight the need of change on the juridical system in place.

Keywords: Constitutionals principles. Positivism. Post positivismo. Judge.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PRINCÍPIOS	12
1.1 PRINCÍPIOS COMO ALICERCE DO ORDENAMENTO JURÍDICO	14
1.2 PRINCÍPIOS COM NORMA	16
1.2.1 Diferenças entre Regras e Princípios	22
2 OS PRINCÍPIOS NAS CORRENTES JUSNATURALISTAS, POSITIVISTAS E NEOCONSTITUCIONALISTAS	38
2.1. OS PRINCÍPIOS NO JUSNATURALISMO	38
2.2 OS PRINCÍPIOS NO POSITIVISMO JURÍDICO	43
2.2.1 O Positivismo Jurídico de Hart	49
2.2.2 As Críticas de Dworkin à Corrente Positivista de Hart	52
2.3 OS PRINCÍPIOS NO NEOCONSTITUCIONALISMO	54
2.3.1 O Papel da Moral no Ordenamento Jurídico	63
3 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	69
3.1 O SISTEMA JURÍDICO FORMADO POR PRINCÍPIOS E REGRAS	69
3.2 A IMPORTÂNCIA DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS.....	74
4 O PODER JUDICIÁRIO NO NEOCONSTITUCIONALISMO E O PAPEL DO JUIZ COMO INTÉRPRETE DA NORMA	77
4.1 A INTERPRETAÇÃO	77
4.2 O JUIZ COMO INTÉRPRETE DA NORMA	79
4.2.1 O Juiz Hércules de Dworkin	84
4.2.2 A Discricionariedade do Jiz no Neoconstitucionalismo	86
4.2.3 A Técnica de Ponderação	90
4.2.4 A Argumentação Jurídica	92

5 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BASEADAS NA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	96
5.1 A EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO HOMOSSEXUAL À HETEROSSEXUAL – ADPF N° 132 – RJ96	96
5.1.1 Voto do Ministro relator Carlos Ayres de Brito.....	97
5.1.2 Voto da Ministra Carmem Lúcia	101
5.1.3 Voto do Ministro Marco Aurélio	103
5.1.4 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.....	105
5.2 PESQUISAS COM CÉLULAS TRONCO	107
5.2.1 Voto do Ministro Carlos Ayres de Britto (relator)	108
5.2.2 Voto da Ministra Carmem Lúcia	110
CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

Após um longo período de ditatorialismo, em que os direitos humanos não eram devidamente assegurados e não tinham papel de destaque, a Constituição Federal de 1988, acompanhando uma tendência mundial, surge com forte conteúdo social.

O momento histórico atual evidencia o enaltecimento de direitos humanos de uma sociedade que clama pela efetividade de seus direitos, pelo seu respeito e reconhecimento.

Paulatinamente, os direitos humanos ganham a devida importância e alcançam o topo do Sistema jurídico. As Constituições deixam de trazer, preponderantemente, em seu bojo, meras formas de como governar, passando a regular às relações entre os indivíduos, em consonância com as mudanças sociais.

Após um período em que o Direito era tratado como uma ciência exata, surgem Constituições com características sociais e a moral retorna ao ordenamento jurídico por meio dos princípios constitucionais.

Neste novo contexto jurídico, o conceito de positivismo jurídico, defendido por Hart sofre inúmeras críticas em face das premissas defendidas pelas correntes denominadas de pós-positivistas, constitucionalistas ou neoconstitucionalistas que têm dentre seus defensores, Dworkin e Alexy.

As correntes chamadas de pós-positivistas, em harmonia com as mudanças contemporâneas, elevam a Constituição ao topo do sistema jurídico e a colocam como parâmetro para as leis; inserem em seu texto princípios constitucionais com força normativa, como espécie de normas assim como as regras; conferem ao Magistrado papel de destaque na medida em que cabe a ele interpretar as leis em conformidade com a Constituição e dar efetividade imediata às normas constitucionais; afastam o formalismo jurídico pregado pelas correntes positivistas e reaproximam o direito da moral por meio da inserção de princípios com nítido conteúdo moral.

Diante deste momento histórico, o presente trabalho tem por intuito discorrer sobre os princípios e as mudanças de seus conceitos em harmonia com os momentos históricos vividos, discorrer sobre a importância da força normativa dos

princípios constitucionais de um sistema jurídico formado de regras e princípios e ressaltar a importância do Magistrado como intérprete na aplicação dos princípios vistos como norma.

No primeiro capítulo, discorre-se sobre o conceito de princípio e suas mais diversas definições ao longo da história.

O segundo capítulo tem por finalidade a realização de uma retrospectiva sobre o papel dos princípios no jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo. Ao mencionar o positivismo, elenca-se a corrente defendida por Hart em contraposição à corrente pós-positivista defendida por Dworkin e Alexy, procurando definir os principais pontos de ambas as correntes, ressaltando seus pontos de divergência.

O terceiro capítulo refere-se ao papel desempenhado pelo Magistrado como intérprete da norma, segundo a teoria de Dworkin e Alexy, denominada de pós-positivista ou neoconstitucionalista, em contraposição à corrente positivista defendida por Hart.

Finalmente, no último capítulo, com a intenção de demonstrar a aplicação prática da teoria denominada de pós-positivista, elenca-se decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas em princípios constitucionais.

Não se pretende esgotar o tema, apenas trazer apontamentos sobre os princípios constitucionais, sua importância, o papel desempenhado por eles nas mais diversas correntes jurídicas e ressaltar a importância do Magistrado na aplicação dos princípios.

1 PRINCÍPIOS

Atualmente, no meio jurídico, tem-se falado exaustivamente de princípios, a importância de seu papel e a importância de serem respeitados.

Assuntos polêmicos como a moralidade na política e a homossexualidade repercutem nacionalmente e demonstram a relevância da utilização dos princípios constitucionais nas decisões judiciais.

A doutrina ocupa-se em discorrer sobre o tema e ressaltar a relevância dos princípios no meio jurídico. A ideia de um ordenamento jurídico, formado por princípios e regras, em que aqueles sejam dotados de força normativa, é recente e aos poucos ganha espaço no meio jurídico.

Os princípios não apresentavam tamanha relevância no texto constitucional, pois tinham papel apenas de servir como norte para o aplicador da norma.

A Constituição de 1988, acompanhando as mudanças mundiais, com a missão da redemocratização, trouxe diversos princípios com forte característica valorativa, inserindo temas que até então não eram vistos com sua devida importância, como a moralidade administrativa, a garantia da saúde, a dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem regulamentados por leis. Atualmente, embora haja imensa resistência, tenta-se defender a ideia de que somente o fato dos princípios estarem previstos na Constituição Federal basta para que tenham validade e força normativa.

A ideia referida acima está em consonância com a tese defendida por Dworkin e Alexy, denominada de pós-positivista ou neoconstitucionalista, que afirma ser o ordenamento jurídico formado de regras e princípios, tendo estes últimos, portanto, força normativa.

Conforme definição trazida pelo dicionário Aurélio:

Princípio 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem (...) 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4 . Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe (...) 6. Filos . Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. Proposição que se põe no início de uma outra dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. (São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc.)¹.

Bonavides², referindo-se a Luiz Diez Picazo, afirma que: “A ideia de princípio deriva da linguagem da geometria, onde designa as verdades primeiras”. Logo, acrescenta o mesmo jurista, que exatamente por isso, são princípios, ou seja, porque estão ao princípio, sendo as, premissas de todo um sistema que se desenvolve more geométrico.

Segundo Canotilho

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva” do possível”, fáctica ou jurídica³.

Vivemos na contemporaneidade o que muitos doutrinadores denominam de momento Principiológico, em que os princípios ganham não só força normativa, mas adquirem papel fundamental no ordenamento jurídico. Os princípios deixaram de exercer papel neutro no ordenamento para servirem como seu sustentáculo, até chegar ao conceito contemporâneo, no qual os princípios são vistos como norma e conquistam o topo do ordenamento.

¹ FERREIRA, Aurélio B. Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 243-244.

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1255.

1.1 PRINCÍPIOS COMO ALICERCE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

No âmbito jurídico, por um longo período, os princípios foram considerados o alicerce do ordenamento, diretrizes utilizadas para formar o ordenamento jurídico sem, no entanto, incorporá-lo.

Os princípios exerciam apenas o papel de orientar as decisões, sem grande relevância, sendo apenas utilizados para respaldar as normas jurídicas e seus aplicadores, no entanto, em momento algum, eram aplicados e interpretados como norma.

Princípios eram definidos pela maioria dos doutrinadores como tecidos de sustentação do sistema jurídico, que serviam de base para a formação das normas inseridas no ordenamento.

Ruy Samuel Espínola traz a definição de princípios como um concatenado de ideias de onde as demais derivam:

Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam⁴.

Percebe-se que Ruy Espínola conceitua o princípio como estrutura de um sistema de ideias e, em momento algum, lhe concede força normativa, apenas o descreve como estrutura para a formação da norma.

Na mesma linha de raciocínio, Clemente de Diego, citado por Eros Grau, define princípio como a base para a formação do Direito positivo:

Princípio de direito, é o pensamento diretivo que domina e serve de base para a formação das singulares disposições do Direito de uma Instituição Jurídica, de um Código, de todo um Direito positivo. O princípio incorpora o mais alto sentido de uma lei ou instituição de Direito, o motivo determinante, a razão informadora do Direito (*ratio júris*), a ideia fundamental que se abrigam os preceitos particulares, a tal ponto, que estes se unem àquela na

⁴ ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

própria relação lógica que é consequência do princípio de que derivam (tradução nossa)⁵.

O Conceito da Corte Constitucional Italiana (1956), mencionado por Norberto Bobbio, em sua obra *Principi generali di Diritto* define princípios também como diretriz para o ordenamento jurídico.

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possa deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico⁶.

Novamente, conceitua-se os princípios como orientações, sem, no entanto, acrescentar a característica da normatividade.

Para os autores elencados acima e outros que se filiam à mesma corrente, os princípios não deixam de exercer respeitável função no sistema jurídico, no entanto, conforme já afirmado, estes não admitem a ideia de que os princípios, assim como as regras, possuem força normativa.

Para a corrente doutrinária mencionada, os princípios, ao serem inseridos na Constituição, servem apenas como guia para a criação de regras e não possuem caráter obrigatório.

Dentre as correntes positivistas, encontra-se, na corrente defendida por Hart, a tese mencionada acima, ou seja, a definição de princípios como alicerce do sistema jurídico e não como norma.

⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996. p. 117. Texto original: Principio de derecho, es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de um Código de todo um Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo determinante, la razón informadora del Derecho (ratio júris), aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan com aquélla em la propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan.

⁶ BOBBIO, Norbeto. "Principi generali di Diritto." **Novissimo Digesto Italiano**, Turim, v. 13, p. 889, 1957. p. 889.

1.2 PRINCÍPIOS COMO NORMA

Diante de mudanças na realidade social, da necessidade de reformas e de medidas que assolassem injustiças realizadas rotineiramente, fazia-se cogente um novo contexto jurídico. O Direito necessitava responder aos anseios sociais e adequar-se à realidade.

Neste novo contexto jurídico, a Constituição de 1988, com o intuito de atender a estas novas necessidades, trouxe em seu texto inúmeros princípios com características sociais.

Os mencionados princípios elencam direitos como: saúde, educação, igualdade e dignidade da pessoa humana, que antes não desempenhavam tão importante papel.

Conforme a corrente denominada de pós-positivista ou neoconstitucionalista, defendida por Dworkin e Alexy, tais princípios usufruem de força normativa, garantindo sua aplicação imediata como norma e efetivando o exercício de direitos fundamentais.

Ideias como as defendidas pela corrente positivista de Hart, de um ordenamento jurídico formado apenas de regras, cedem espaço a novos conceitos e as teses pós-positivistas, aos poucos, são inseridas no meio jurídico.

Os princípios deixam de ter a função de diretrizes para exercerem papel normativo, pois, conforme ressaltado pela Ministra Carmem Lúcia, os princípios passam a desempenhar papel fundamental no contexto jurídico e na ordem constitucional:

A ordem constitucional forma-se, informa-se e conforma-se pelos princípios adotados. São eles que a mantêm em sua dimensão sistêmica, dando-lhe fecundidade e permitindo a sua atualização permanente. É na recriação de seu texto que se permite à Constituição renascer, adequando-se ao sentido do Justo que o povo acolhe em cada momento histórico, legitimando-se pelo movimento incessante, mas sem conduzir à perda da natureza harmoniosa que preside o sistema e que fica assegurada pela integratividade que a observância dos princípios possibilita⁷.

⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 23.

A partir do instante em que os princípios são tidos como norma, a validade das leis passa a condicionar-se não só à adequação com as regras, mas também à consonância com os referidos princípios constitucionais.

Inicialmente, as mudanças de condições de validade das leis dependem não só da forma de sua produção senão também da coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais. A existência (vigência) das normas, que nos paradigmas paleo-juspositivistas se haviam dissociado da justiça, se dissociam agora também da validade, sendo possível que uma norma formalmente válida, e por conseqüência vigente, seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com as normas constitucionais, como por exemplo o princípio da igualdade dos direitos fundamentais (tradução nossa)⁸.

Atualmente, no pensamento jurídico contemporâneo, a ideia de se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito tem sido bastante difundida e aplicada na prática jurídica, no entanto, ainda depara-se com muitos obstáculos.

Uns dos doutrinadores que trazem a ideia de normatividade à definição dos princípios jurídicos é Crisafulli, em 1952, conforme definição mencionada por Paulo Bonavides

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Cada ordenamento jurídico possui, em estado de latência seus próprios princípios gerais do Direito, em elenco limitado à sua realidade normativa⁹.

Paulo Bonavides¹⁰ traz, em sua obra, seis conceitos distintos de princípios elencados por Ricardo Guastini, todos vinculados a disposições normativas.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed). **Neoconstitucionalismo (s)**. 4 ed. Madrid: Trota, 2009. p. 18. Texto original: Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había dissociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea substancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, com por ejemplo ele principio de igualdad o los derechos fundamentales.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 230.

Na primeira definição, o vocábulo princípio refere-se às normas providas de um alto grau de generalidade; na segunda definição, ele é remetido a normas providas de um alto grau de indeterminação e que, por isso, requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos; na terceira definição, a palavra “princípio” é empregada para se referir a normas de caráter programático; já na quarta definição, princípios são definidos como normas cuja posição na hierarquia das fontes de direito é muito elevada; na quinta definição, o vocábulo princípio é utilizado para designar normas que desempenham função importante e fundamental no sistema jurídico ou político, unitariamente considerado, em um ou outro subsistema do sistema jurídico conjunto; finalmente, na sexta definição trazida por Guastini, a expressão princípio é utilizada para designar normas dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

Norberto Bobbio, em importante contribuição à questão de os princípios serem ou não caracterizados como norma, utilizando-se de um raciocínio lógico e objetivo, conceitua-os com indubitável caráter normativo, da seguinte forma:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípio induz em engano, tanto é que velha questão entre juristas se os princípios são ou não são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas¹¹?

Ruy Samuel Espínola defende a normatividade não só dos princípios previstos expressa e explicitamente no ordenamento jurídico, mas também daqueles descobertos no ato de aplicar o Direito:

¹⁰ BONAVIDES, Op. cit., p. 235.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1999. p. 181/182.

Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito¹².

O Ministro Eros Grau, em sua obra, defende a normatividade dos princípios e afirma a concepção de que estes não são criados pelo legislador, mas sim resgatados do Direito natural, em sua forma latente, e postos no universo jurídico e, ao realizar tal definição, classifica os princípios como explícitos e implícitos.

Conforme o mencionado autor, os princípios explícitos seriam aqueles recolhidos no texto da Constituição ou da lei, encontrados no Direito posto. Os princípios implícitos são aqueles inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional, encontrados no Direito pressuposto.

Ainda, segundo o Ministro Eros Grau, o Direito pressuposto é um produto cultural, determinado pelo modo de produção da vida social e se encontra no interior da estrutura social antes mesmo de ser posto pelo Estado. Esta relação jurídica interior à sociedade civil preexistente, quando posta pelo Estado, torna-se Direito posto.

Assim, ele já se encontra no interior da estrutura social anteriormente à sua expressão como *direito moderno*, vale dizer, produzido pelo Estado. O que sustento, resumidamente, é o seguinte: a forma jurídica é imanente à infraestrutura, como *pressuposto* interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como direito pressuposto, quando o Estado põe a lei torna-se direito posto (Direito positivo).

Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram.

Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (Direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto, mas este modifica o direito pressuposto¹³.

¹² ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60-61.

¹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

O mencionado autor continua sua fundamentação, afirmando que o Direito pressuposto é produto cultural, modificando-se em conformidade com a sociedade em que está inserido:

(...) afirmar que o modo de produção da vida social determina o direito é afirmar que o direito pressuposto é um produto cultural. Cada modo de produção produz a sua cultura e o direito pressuposto nasce como elemento dessa cultura.

O modo de produção capitalista, modo de produção essencialmente jurídico, reclama por um direito posto, construído sobre o seu direito pressuposto – direito pressuposto, esse, que é elemento constitutivo dele, modo de produção capitalista. (...)

Essa circunstância é que explica a especificidade de cada direito, em cada sociedade. Não se trata mais, neste passo, de afirmar que cada modo de produção pressupõe a existência do seu direito, senão de afirmar que em cada sociedade manifesta-se um determinado direito, produto da coexistência do direito pressuposto do modo de produção dominante nessa sociedade com os direitos pressupostos de outros modos de produção que, nessa sociedade, coexistam com o modo de produção dominante¹⁴.

Assim, os princípios implícitos não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior, ou seja, já existem, já estão positivados.

Sua “positivação” não se dá mediante seu resgate no universo do Direito natural, como tantos supõem; ela não é constituída, essa “positivação”, mas simplesmente reconhecida no instante do seu descobrimento (do princípio) no interior do direito pressuposto da sociedade a que corresponde. Vamos ser bem claros: eles não são “positivados”, visto já serem positivos. É uma tolice imaginar-se que o juiz, o jurista, o doutrinador, possa ser autor da alquimia de transformar algo exatamente no que esse algo sempre fora¹⁵.

Neste mesmo contexto, podemos afirmar que os princípios não são mera criação do legislador, são resultados do meio cultural, produtos dos anseios da sociedade. Eros Grau, em sua obra, menciona a definição de Clemente de Diego, que define os princípios como produtos sociológicos, ou seja:

(...) Os princípios referidos são, por este ponto, os informadores de nosso direito. O legislador, ao formular as normas concretas do direito positivo,

¹⁴ GRAU, op.cit., p. 147-148.

¹⁵ GRAU, op. cit.,p. 150.

traduz e desenvolve os princípios que estão em sua consciência; porém com eles não faz obra de criação individual, porque sem negar suas legítimas influências e iniciativas, esses princípios estão dados objetivamente na consciência popular, no material do direito histórico, na realidade social. O direito positivo não é mero produto da vontade do legislador, não é pura criação de sua mente, é um produto sociológico, é uma criação da sociedade. Cada povo tem seu sistema jurídico próprio, mesmo composto de diversos elementos positivos; 'em um exame diligente aparecem coligados e como partes de um verdadeiro e próprio organismo'¹⁶. (tradução nossa).

Os princípios já se encontram no seio na sociedade, no meio cultural e não são positivados pelo legislador, não são criados por ele. Cabe ao legislador apenas descobrir os princípios e inseri-los no âmbito jurídico.

Assim, os princípios, explícitos ou implícitos, em conformidade com as ideias difundidas pelos denominados pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, devem ser inseridos no ordenamento jurídico como norma.

Conseqüentemente, com a concepção de se terem os princípios como norma, surge o conceito de um ordenamento jurídico formado de princípios e regras como espécies de normas.

Para Barroso¹⁷, os princípios percorrem uma trajetória que os levou ao centro do sistema, obrigando-os a adquirir a condição de norma jurídica, exigindo a superação da crença de que teriam dimensão unicamente axiológica direta e imediata. Modernamente, a dogmática reconhece que as normas, em geral, e as constitucionais, em particular, enquadram-se em duas categorias: os princípios e as regras.

Outro não é o entendimento de Canotilho¹⁸, ensinando que regras são normas que, diante de determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem

¹⁶ Apud. GRAU, op. cit., p. 156. Texto original: (...) los principios aludidos son, por el pronto, los informadores de nuestro derecho. El legislador, al formular las normas concretas de un derecho positivo, traduce y desarrolla los principios que se dan en su conciencia; pero con ello no hace obra de creación individual, porque sin negar sus legítimos influjos e iniciativas esos principios están dados objetivamente en la conciencia popular, en el material del derecho histórico, en la realidad social. El derecho positivo no es mero producto de la voluntad del legislador, no es pura creación de su mente, es un producto sociológico, es una creación de la sociedad. Cada Pueblo tiene su sistema jurídico propio, aun compuesto de diversos elementos positivos; 'a um examen diligente aparecen coligados y como partes de um verdadeiro y próprio organismo'.

¹⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008. p. 350.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1255.

algo em termos definitivos, sem exceção, ou seja, constituem direito definitivo, ao passo que os princípios são normas que exigem a realização de algo conforme possibilidades fáticas e jurídicas, isto é, são exigências de otimização, condicionadas a elementos fáticos e jurídicos, que podem ou não permitir a realização de seu comando.

Com a concepção de princípio como espécie de norma, surge a difícil função de distingui-los das regras, pois, a partir do instante que ambos são definidos como espécie de normas, para o aplicador do Direito é de primordial importância distingui-los no momento de sua aplicação.

Assim, no próximo item, serão estudadas as diferenças entre regras e princípios.

1.2.1 Diferenças entre Regras e Princípios

A distinção entre regras e princípios possibilita uma melhor aplicação da norma e melhor interpretação por parte dos aplicadores do direito, pois a conduta a ser seguida pelo aplicador, quando se depara com um princípio ou uma regra, é distinta e influenciará de forma determinante no caso concreto, conforme será estudado.

Alexy, respaldando o já explanado acima, menciona que a distinção entre regras e princípios ocorre entre duas espécies de normas:

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas¹⁹.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. Malheiros: São Paulo. p. 87.

A doutrina elenca, em regra, três teses para diferenciar regras e princípios: a tese da separação rigorosa, a da concordância e a tese da separação fraca.

Segundo a tese da separação rigorosa, regras e princípios são critérios normativos de estrutura lógica completamente diferentes. Em conformidade com a tese da concordância, entre regras e princípios não existe nenhuma diferença lógica.

Todas as qualidades lógicas que se podem encontrar naquilo que, de modo usual, denomina-se “princípio”, podem também se encontrar naquilo que se denomina “regra” ou “norma”²⁰.

Para a tese da separação fraca, regras e princípios podem ser distinguidos sob pontos de vista lógicos. Mas essa diferença é exclusivamente uma diferença de grau.

Ronald Dworkin, filiando-se à tese da separação rigorosa, traz importante distinção entre regras e princípios, que é utilizada como parâmetro por inúmeros doutrinadores estudiosos do tema.

De acordo com Dworkin, princípios e regras distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. Ambos trazem decisões particulares sobre a obrigação jurídica em circunstâncias específicas. No entanto, as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, dado os fatos que uma regra estipula ou ela é aplicável ou não, já os princípios não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições jurídicas são dadas.

Importante ressaltar ainda que, segundo Dworkin, um enunciado correto da regra deve trazer todas as suas exceções para que seja preciso e completo.

Se as características do tipo estão presentes, existem somente duas possibilidades: ou a regra é válida, então a consequência jurídica deve ser aceita, ou ela não é válida, então ela não dirime nada para a decisão.

Os princípios não ditam resultados, diversamente das regras, eles inclinam as decisões em determinada direção e sobrevivem intactos quando não prevalecem.

²⁰ ALEXY, op. cit., p. 142.

No instante de colisão de um princípio com outro, resolve-se qual prevalecerá por meio da ponderação no caso concreto, verificando qual princípio tem maior peso naquele caso. O princípio não aplicado naquele momento não deixa de existir no ordenamento jurídico, apenas não será aplicado naquele caso concreto, pois se defrontou com outro de maior peso.

Já as regras, quando colidem umas com as outras, aquela que não prevalece é considerada inválida, ou seja, deixa de existir no ordenamento jurídico.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão²¹.

Após referir-se à forma como as regras são aplicadas, ou seja, a maneira do tudo-ou-nada, Dworkin elenca, como exemplo, um jogo de beisebol, para ilustrar sua explicação:

Esse tudo-ou-nada fica mais evidente se examinarmos o modo de funcionamento das regras, não no direito, mas em algum empreendimento que elas regem – um jogo, por exemplo. No beisebol, uma regra estipula que, se o bateador errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um bateador que errou três bolas não está eliminado. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (o bateador que errou três bolas não será eliminado se o pegador [catcher] deixar a bola no terceiro lance). Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto. Se a lista das exceções for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais forem, mais exato será o enunciado da regra²².

As regras, além de aplicadas à maneira do tudo-ou-nada, devem trazer necessariamente, em seu enunciado, suas exceções, sob pena de tornarem-se incompletas.

²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

²² DWORKIN, op. cit., p. 39.

Se tomarmos por modelo as regras do beisebol, veremos que as regras do direito, como aquela segundo a qual um testamento é inválido se não for assinado por três testemunhas, ajustam-se bem ao modelo. Se a exigência de três testemunhas é uma regra jurídica válida, nenhum testamento será válido quando assinado por apenas duas testemunhas. A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos, em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra²³.

Já os princípios não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições jurídicas são dadas.

Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições jurídicas são dadas. Dizemos que o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete. Na verdade, é comum que as pessoas obtenham vantagens, de modo perfeitamente legal, dos atos jurídicos ilícitos que praticam. O caso mais notório é o usucapião – se eu atravesso suas terras sem autorização durante muito tempo, algum dia adquirirei o direito de cruzá-las quando desejar. Há muitos exemplos menos dramáticos. Se um homem abandona seu trabalho, rompendo um contrato, para assumir outro emprego mais bem pago, ele pode ter que pagar indenização a seu primeiro empregador, mas em geral ele terá direito de manter seu novo salário. Se um homem foge quando está sob fiança e cruza a fronteira estadual para fazer um investimento brilhante em outro estado, ele poderá ser remetido de volta à prisão, mas ele manterá os lucros²⁴.

Com a intenção de tornar ainda mais clara a distinção entre regra e princípio, Dworkin elenca outro exemplo:

A distinção lógica entre regras e princípios aparece mais claramente quando consideramos princípios que nem mesmo se assemelham a regras. Consideremos a proposição que aparece em '(d)' nos extratos da decisão Henningsen: "o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de carros". Essa formulação não pretende definir os deveres específicos que essa obrigação específica acarreta, nem nos informa que direitos os compradores de automóveis adquirem em consequência dela. Simplesmente afirma – e este é um elo importante no caso Henningsen – que os fabricantes de carros devem observar padrões mais elevados do que os outros fabricantes e estão menos autorizados a basear-se no princípio competitivo da liberdade de contrato²⁵.

²³ DWORKIN, op. cit., p. 40.

²⁴ DWORKIN, op. cit., p. 40.

²⁵ DWORKIN, op. cit., p. 42.

Assim, conforme Dworkin, não significa que os fabricantes de automóveis nunca possam apoiar-se nesses princípios ou que os tribunais tem o poder de reescrever à vontade os contratos de compra de automóveis; significa apenas que, se uma cláusula específica parecer injusta ou onerosa, os tribunais têm menos razões para fazê-la cumprir do que se a cláusula disser respeito à compra de gravatas.

A “obrigação especial” conta a favor, mas em si mesma ela não compele a uma decisão que recuse fazer valer os termos de um contrato de compra de um automóvel²⁶.

Dworkin traz ainda como distinção entre regras e princípios a dimensão de peso ou importância, característica dos princípios que as regras não possuem.

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia.

Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é²⁷.

A colisão entre duas regras é solucionada pelo critério de validade. Declarando-se a invalidade de uma delas, prevalecerá a outra regra. Os princípios, quando colidentes, definirão qual prevalecerá através do critério de peso ou importância, ou seja, define-se qual princípio tem maior peso ou é mais importante naquele caso concreto.

As regras não têm dimensão. Podemos dizer que as regras funcionalmente importantes ou desimportantes (a regra de beisebol segundo a qual o batedor que não conseguir rebater a bola três vezes é eliminado é mais importante do que a regra segundo a qual os corredores podem avançar

²⁶ DWORKIN, op. cit., p. 42.

²⁷ DWORKIN, op. cit., p. 42-43

uma base quando o arremessador comete uma falta, pois a modificação da primeira regra alteraria mais o jogo do que a modificação da segunda). Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida²⁸.

Ainda segundo Dworkin, a decisão de saber qual regra é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras.

Humberto Ávila²⁹, em sua obra *Teoria dos Princípios*, ao realizar críticas às distinções de regras e princípios, menciona que, segundo alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo *caráter hipotético-condicional*, pois, para eles, as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então; os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto.

No entanto, Humberto Ávila enfatiza que a existência de uma hipótese de incidência é uma questão linguística, não podendo ser utilizada como elemento distintivo.

Por isso, não é correto afirmar que um dispositivo constitucional contém ou é um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como um princípio ou como uma regra. Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencial e axiologicamente, sobrejacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio. Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada³⁰.

²⁸ DWORKIN, op. cit. p., 43.

²⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios** (da definição à aplicação dos princípios jurídicos). 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 40-41.

³⁰ ÁVILA, op. cit., p. 33.

Para o autor, o que distingue uma regra de um princípio não é possuir uma hipótese de incidência seguida de uma consequência normativa, pois, os princípios também possuem consequências normativas.

Os deveres de atribuir relevância ao fim a ser buscado e de adoção de comportamentos necessários à realização do fim são consequências normativas importantíssimas³¹.

Assim, segundo o mencionado doutrinador, utilizar-se do critério de distinção entre regras e princípios, afirmando-se taxativamente que as regras preveem uma hipótese de incidência e uma consequência normativa e os princípios não, é equivocado.

No caso dos princípios, a questão não é a ausência da prescrição de comportamentos e de consequências normativas, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de consequências, o que é diferente.

Outra crítica realizada por Humberto Ávila é em relação ao critério de distinção utilizado por Dworkin, que afirma que as regras são aplicadas pela maneira do tudo-ou-nada, ou seja, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita ou ela não é considerada válida. Já os princípios não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições jurídicas são dadas.

Segundo Ávila, as regras, diante de determinadas situações fáticas, podem deixar de ser aplicadas, ainda que válidas, deixando assim de ter o caráter absoluto do tudo-ou-nada.

Humberto Ávila traz os seguintes exemplos para ilustrar suas ponderações:

A norma construída a partir do art. 224 do Código Penal, ao prever o crime de estupro, estabelece uma presunção incondicional de violência para o caso da vítima ter idade inferior a 14 anos. Se for praticada uma relação sexual com menor de 14 anos, então deve ser presumida a violência por parte do autor. A norma não prevê qualquer exceção. A referida norma, dentro do padrão classificatório aqui examinado, seria uma regra, e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta: se a vítima for menor de 14 anos, e a regra for válida, o estupro com violência presumida deve ser aceito. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em

³¹ AVILA, op. cit., p. 43.

que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a circunstâncias particulares não previstas pela norma, com a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes. Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias não previstas pela própria ou outra regra³².

Seguindo o mesmo raciocínio, Humberto Ávila traz um segundo exemplo:

A norma construída a partir do inciso II do art. 37 da Constituição Federal estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Se for feita admissão de funcionário público, então essa investidura deverá ser declarada inválida. Além disso, o responsável pela contratação terá, conforme a lei, praticado ato de improbidade administrativa, com várias consequências, inclusive o ingresso da ação penal cabível. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal deixou de dar seguimento à ação cabível ao julgar caso em que a prefeita de um Município foi denunciada porque, quando exercia a chefia do Poder Executivo Municipal, contratou sem concurso público um cidadão para a prestação de serviços como gari pelo período de nove meses. No julgamento do habeas corpus considerou-se inexistente qualquer prejuízo para o Município em decorrência desse caso isolado. Além disso, considerou-se atentatório à ordem natural das coisas, e, por conseguinte, ao princípio da razoabilidade, exigir a realização de concurso público para uma única admissão para o exercício de atividade de menor hierarquia. Nesse caso, a regra segundo a qual é necessário concurso público para a contratação de agente público incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (invalidade da contratação e, em razão de outra norma, prática de ato de improbidade) porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justificava (proteção do patrimônio público). Dito de outro modo: segundo a decisão, o patrimônio público não deixaria de ser protegido pela mera contratação de um gari por tempo determinado³³.

Para o autor, diante de circunstâncias fáticas concretas e específicas, podem as regras, no instante de sua aplicação, deixarem de ser aplicadas, dessa forma, não se pode afirmar, portanto, que diante da hipótese de incidência, as regras têm suas consequências normativas aplicadas de maneira automática, deve-se levar em conta o contexto fático no caso concreto.

Humberto Ávila faz críticas também ao critério de distinção realizado por Dworkin, que defende que a colisão entre duas regras é solucionada pelo critério

³² ÁVILA, op. cit., p. 45.

³³ ÁVILA, op. cit., p. 45-46.

de validade, declarando-se a invalidade de uma delas prevalecerá a outra regra, já os princípios, quando colidentes, definirão qual prevalecerá através do critério de peso ou importância, define-se qual princípio tem maior peso ou é mais importante naquele caso concreto.

Segundo o referido autor, o critério de ponderação, por meio do peso ou da importância, não é privativo dos princípios, podendo também ser utilizado pelas regras no instante em que colidem umas com as outras.

Isso porque, em alguns casos, as regras entram em conflito sem que percam sua validade e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas³⁴.

Humberto Ávila, para ilustrar suas afirmações, elenca os exemplos transcritos abaixo:

Primeiro exemplo: uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos os meios disponíveis para curar o paciente. Mas como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade? Casos hipotéticos como esse não só demonstram que o conflito entre regras não é necessariamente estabelecido em nível abstrato, mas pode surgir no plano concreto, como ocorre normalmente com os princípios. Esses casos também indicam que a decisão envolve uma atividade de sopesamento entre razões³⁵.

Traz o Autor ainda um segundo exemplo:

Segundo exemplo: uma regra proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei 9.494/1997). Essa regra proíbe ao juiz determinar, por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver. Outra regra, porém, determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos (art. 1º da Lei estadual 9.908/1993). Essa regra obriga a que o juiz determine, inclusive por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver. Embora essas regras instituem comportamentos contraditórios, uma determinando o que a outra proíbe, elas ultrapassam o conflito abstrato mantendo sua validade. Não é absolutamente necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a uma

³⁴ ÁVILA, Op. cit., p. 52-53.

³⁵ ÁVILA, op. cit., p. 52.

delas. Não há a exigência de colocar uma regra dentro e outra fora do ordenamento jurídico. O que ocorre é um conflito concreto entre as regras, de tal sorte que o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade de preservar a vida do cidadão, ou se sobrepõe a finalidade de garantir a intangibilidade da destinação já dada pelo Poder Público às suas receitas. Independente da solução a ser dada – cuja análise é ora impertinente -, trata-se de conflito concreto entre regras, cuja solução, sobre não estar no nível da validade, e sim no plano da aplicação, depende de uma ponderação entre as finalidades que estão em jogo³⁶.

Segundo Ávila, o conflito entre regras pode ser decidido diante do caso concreto e sem que uma das regras perca sua validade, utilizando-se do critério de ponderação. No instante em que o aplicador escolhe pela aplicação de uma determinada regra, não significa que a outra regra colidente não contribui para a decisão. Mesmo não sendo aplicada, a outra regra contribui para a construção e serve como contraponto.

Assim, não se pode falar que há uma definição de peso pré-estabelecida, tanto para as regras como para os princípios; atribui-se peso diante do caso concreto. A atribuição de peso dependerá do aplicador e das circunstâncias levadas em conta no processo de avaliação. Também não se pode afirmar que, diante da colisão entre regras, aquela que não foi escolhida perde sua validade, pois, conforme já mencionado, o critério de peso pode também ser aplicado às regras.

Finalmente, conforme Humberto Ávila, a distinção entre princípios e regras encontra-se na determinação da prescrição de conduta que resulta em sua interpretação. Os princípios para serem interpretados dependem de forma mais intensa do ato institucional da aplicação, já as regras não têm esta dependência com tamanha intensidade, pois, o comportamento já se encontra previsto frontalmente pela norma.

Os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativos relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à produção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma³⁷.

³⁶ ÁVILA, op. cit., p. 53-54.

³⁷ ÁVILA, op. cit., p. 63.

Segundo Ávila, não se pode falar de distinções estanques ou taxativas entre princípios e regras, sob pena de se gerar obstáculos ao aplicador do direito.

A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária³⁸.

O autor, após mencionar as críticas referidas acima, finalmente descreve a diferença entre princípios e regras, afirmando que os princípios consistem em normas imediatamente finalísticas e mediatamente de conduta, ou seja, determinam a busca e a preservação de um estado ideal de coisas e prescrevem a adoção de comportamentos necessários a este fim, sem, no entanto, descrevê-los de forma precisa.

As regras são espécies de normas imediatamente de conduta e mediatamente finalísticas, na medida em que descrevem a conduta que serve para a realização de determinado fim.

Para as regras, o aplicador deve valer-se da avaliação de concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma; em relação aos princípios, deve o aplicador justificar sua decisão mediante a avaliação dos efeitos da conduta necessária à promoção de um estado de coisas, posto como ideal a ser atingido pela norma.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³⁹.

³⁸ Idem, p. 73.

³⁹ ÁVILA, op. cit, p. 78-79.

No entanto, ousa-se discordar das definições trazidas por Humberto Ávila quando se refere à questão do tudo-ou-nada.

Em relação ao critério de distinção entre princípios e regras, que, diante de um caso concreto, ou a regra é aplicada ou não, critério do tudo-ou-nada, e os princípios não apresentam consequências jurídicas imediatas. Ávila elenca o exemplo do artigo 224 do Código Penal, que é nada mais é do que a não aplicação da regra tendo em vista a atipicidade da conduta, ou seja, a regra sequer foi aplicada, não existiu a subsunção do caso concreto à norma.

Sobre as ponderações de Ávila, trazemos a contribuição de Virgílio Afonso da Silva:

O que Ávila quer ressaltar – é já havia ressaltado em outro trabalho, também – é que a aplicação das regras não é, como alguns afirmam, algo automático, mas algo que pode também “dar trabalho” e custar muito esforço interpretativo. Segundo ele, também as regras precisam, “para que sejam implementadas e suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas”. Ora, quanto a isso não há dúvida, e nem Alexy nem qualquer outro adepto da teoria dos princípios sustentam o contrário. Em nenhum momento se defendeu que a diferença entre regras e princípios está na dificuldade de interpretação ou na vagueza de seus termos. A diferença, como já se viu, é estrutural, e implica deveres de estrutura diferente e formas diferentes de aplicação. Como já salientei em outro trabalho, não é possível confundir “tudo-ou-nada” ou “subsunção” com “automatismo” ou “facilidade na interpretação”⁴⁰.

Não há, portanto, que se questionar o critério do tudo-ou-nada em relação à aplicação das regras, pois, no instante em que ocorre a subsunção destas ao caso concreto haverá necessariamente a sua aplicação e, naturalmente, a regra não será aplicada quando não se subsumir ao caso concreto.

Ávila afirma também que as regras, assim como os princípios, possuem a chamada dimensão de peso. No entanto, nos exemplos trazidos por ele, torna-se evidente que o conflito existente é entre princípios, podendo-se utilizar o critério de ponderação e não entre regras.

Na incansável tentativa de se chegar a um consenso sobre a distinção entre princípios e regras, apresenta-se também as ideias de Alexy, que elenca

⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 59-60.

respeitáveis considerações sobre a distinção entre princípios e regras e realiza algumas críticas também à teoria de Dworkin.

Alexy, ao se referir à afirmação de Dworkin, segundo a qual uma regra só é completa quando elenca todas as suas exceções, declara que a tarefa de a regra prever todas as exceções imagináveis é praticamente inexecutável.

Além disso, Alexy menciona que justamente a existência de princípios elimina os pressupostos para o caráter tudo-ou-nada como critério de distinção entre regras e princípios.

Ao deixar-se de aplicar uma regra em virtude da existência de um princípio, ele se torna uma exceção à regra. Portanto, ao aceitar-se que os exemplos contrários aos princípios são enumeráveis e se os princípios podem ser exceções às regras, as exceções às regras também são enumeráveis. Assim, se os princípios não são aplicáveis de um modo tudo-ou-nada, conseqüentemente, as regras também não são.

A verdadeira desvantagem da inserção de cláusulas de reserva gerais consiste nas conseqüências que disso resultam. Se regras podem ser adotadas com cláusulas como, “e se não, segundo um princípio, algo diferente está ordenado juridicamente”, coisa análoga também é possível em princípios. Mas, se se dota princípios com uma condição como, “se não um outro princípio com resultado contraditório prevalece”, então, também, princípios são aplicáveis de um modo tudo-ou-nada. Se em um caso concreto é comprovado que a um princípio correspondente não prevalece um princípio com resultado contraditório, então a decisão resulta coercitivamente desse princípio.

Com isso, resulta que, então, quando se renuncia a cláusulas de reserva, nem regras nem princípios são um assunto-tudo-ou-nada, que, porém, então quando se as emprega, tanto regras como princípios são aplicáveis desse modo. O mero caráter-tudo-ou-nada não forma, portanto, indiferente para o que se decide, um critério de distinção para regras e princípios⁴¹.

Em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy traz sua distinção entre princípios e regras:

⁴¹ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 147.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio⁴².

As demais formas de distinção elencadas por Dworkin entre regras e princípios são compartilhadas por Alexy.

Luis Roberto Barroso apresenta uma distinção clara e objetiva da diferença entre regras e princípios, filiando-se à tese do tudo-ou-nada de Dworkin:

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer.

Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato⁴³.

Barroso⁴⁴ realiza a distinção mencionada utilizando três critérios: o conteúdo, a estrutura normativa e as particularidades de aplicação.

⁴² ALEXY, Robert. op. cit., p. 90-91.

⁴³ BARROSO, Luis. op. cit. p. 339.

⁴⁴ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008, p. 340-341.

Em relação ao conteúdo, os princípios são normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Já as regras se limitam a traçar condutas.

Com relação à estrutura normativa, a aplicação de uma regra, normalmente, não envolverá um processo de interpretação mais sofisticado. Pois, se ocorre o fato previsto em abstrato, produz-se o efeito concreto previsto. Os princípios não trazem a conduta a ser seguida para sua realização, apenas indicam fins, estados ideais a serem alcançados, e a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele cabe definir qual ação tomar.

Quanto ao modo de aplicação, as regras são aplicadas sob a forma de tudo-ou-nada, ou seja, em ocorrendo a conduta prevista, a regra deve incidir. A regra só não será aplicada se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor.

Aos princípios deve-se reconhecer uma dimensão de peso e importância, assim, a aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.

É de primordial importância realizar-se a distinção entre regras e princípios, pois, conforme visto acima, o aplicador deverá adotar condutas diversas ao se deparar com eles, o que poderá trazer sérias consequências para a resolução de uma lide.

Assim, cabe ao intérprete, ao se deparar com determinado dispositivo, com fundamento nos critérios elencados acima, verificar se se encontra diante de uma regra ou de um princípio.

No entanto, até chegar-se às definições, hoje aceitas, que consideram princípios como espécie de norma, assim como as regras, percorreu-se um extenuante caminho, no qual os princípios foram e ainda estão se moldando para atenderem às necessidades atuais.

A ideia de princípio como norma é recente no ordenamento jurídico brasileiro e aos poucos tenta ser inserida em seu contexto.

Muitos doutrinadores e operadores do direito resistem à possibilidade dos princípios serem vistos como norma, referindo-se a esta hipótese como uma afronta à segurança jurídica.

Assim, torna-se imperativo para este trabalho entender claramente o porquê tornou-se imprescindível concedermos força normativa aos princípios, fazendo uma breve retrospectiva do seu papel, nas principais correntes de pensamento jurídico, até se chegar ao momento em que aqueles passam a ser reconhecidos como norma.

2 OS PRINCÍPIOS NAS CORRENTES JUSNATURALISTAS, POSITIVISTAS E NEOCONSTITUCIONALISTAS

Os princípios sempre estiveram presentes no meio jurídico, desempenhando papel de maior ou menor relevância, conforme o momento histórico vivido, e a sua participação no ordenamento jurídico acompanha as mudanças sociais.

Eles conferem ao ordenamento jurídico características morais e sociais que, conforme as necessidades advindas de determinado período, devem ou não integrá-lo.

A ideia do presente trabalho não é aprofundar-se nas questões filosóficas, no entanto, para se chegar ao tema principal, ou seja, aos princípios constitucionais, torna-se necessário realizar breve retrospectiva sobre seu tratamento nas principais correntes jusnaturalistas, positivistas e neoconstitucionalistas.

2.1 OS PRINCÍPIOS NO JUSNATURALISMO

Embora as primeiras sociedades obedecessem a regras, elas não passavam de regras de natureza religiosa ou familiar.

A lei só apareceu com a formação das Cidades (isto é, com o nascimento da Política); por volta do século VIII a.C, provável época de Homero, com o regime monarca-feudal das velhas sociedades, tendendo a desaparecer, formaram-se regras comuns que determinavam as funções de cada um na vida da Pólis.

Simultaneamente, a invenção de escrita foi um triunfo para a elaboração e estabilização dessas normas comuns. A lei foi inicialmente denominada de *thesmos*, substantivo derivado do verbo que significava determinar,

instituir. Os *tesmótetas* transcreviam os *thesmia* e conservavam-nos para uso dos magistrados nos tribunais⁴⁵.

Depois, no começo do século V, as palavras *nomos* e *isonomia* penetraram, na vida política, e se passou a falar em *nomótetas* cujo ofício era revisar, em seus colégios, as leis da democracia ateniense.

Embora o *nomos* humano designasse a lei laica e positiva (“determinada”) das Cidades, falava-se também de um *nomos* divino que regia o universo e possuía, como tal, uma dimensão cósmica.

Assim, a mesma palavra *nomos* designava, ao mesmo tempo, “lei civil” e a “lei natural”, mas não tinham nem a mesma origem, nem a mesma significação.

Surge, desta forma, o dualismo entre leis escritas (aquelas que a democracia grega gerou) e as leis não escritas (vinculadas à ordem universal e divina do cosmos).

Para os gregos, a lei, sem dúvida, afirmou-se como lei escrita. No entanto, eles também reconheciam a existência de regras com finalidade político-social que não estavam formuladas em nenhum texto escrito e exerciam forte influência, seja porque eles a vinculavam à autoridade divina, seja porque encontravam nelas expressão de um ideal ético⁴⁶.

Diante deste conflito entre lei escrita e a lei não escrita, a princípio pode-se imaginar como negativa a lei não escrita.

No entanto, a lei não escrita representava a vontade de Zeus.

A regra apresentada por Hesíodo como aquela que Zeus designou para que, diferentemente dos animais, eles não se entrededorassem e fosse reciprocamente justos uns com os outros⁴⁷.

Diante desta controvérsia, surgem duas possibilidades: ou a lei escrita é a imitação da lei divina; ou a lei escrita é como o próprio homem, frágil e mutável, nesse caso, sua precariedade opõe-se à imutabilidade e à perfeição da lei divina.

⁴⁵ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner; revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 8.

⁴⁶ Idem, p. 9.

⁴⁷ Idem, p. 10.

Com esta última hipótese, nasce o conflito de deveres retratado na obra *Antígona* de Sófocles, em que se mostra o conflito entre a lei positiva das Cidades e os imperativos da consciência moral (ou religiosa).

Creonte, o rei, ficou indignado com a desobediência de Antígona que a despeito de sua proibição, deu sepultura ao irmão. Antígona lhe responde:

Tu o compreendeste. A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram⁴⁸.

A filosofia jurídica-política, já em seus primeiros passos, teve que enfrentar o complexo problema da relação entre lei não escrita e lei escrita, ou seja, lei natural e lei positiva.

Platão defendia a cooperação entre a lei natural e a lei civil, a coexistência delas em harmonia. A lei e a justiça que o Direito exige caminhariam juntas.

Portanto, é preciso compreender que, segundo Platão, as instituições não são boas “em si e por si”, mas só encontram seu valor no além da dimensão sensível. É por isso que, por sua própria natureza, elas permitem afastar o que, no mundo dos homens, é o pior, ou seja, a anarquia ou a tirania que é sempre ausência de ordem⁴⁹.

Para Aristóteles, a lei é inseparável de sua filosofia da natureza, pois, o bem do homem é, na verdade, o que convém à sua natureza. No entanto, para determinar o que convém à sua natureza, é necessário situar o homem no seu lugar certo, na ordem imanente do cosmos. Consequentemente, o Direito positivo só cumpre sua função exprimindo a justiça e o direito naturais.

⁴⁸ SÓFOCLES, *Antígona*; introd, versão do grego e notas de Maria Helena da Rocha Pereira, 6ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 36.

⁴⁹ GOYARD-FABRE, op. cit. p. 25.

Ora, sendo a natureza feita a um só tempo de matéria e de forma – ou seja, não sendo simplesmente nem um dado empírico inerte, nem uma idéia do ceú inteligível – ela obedece a um princípio imanente de organização. Portanto, se a lei pode ser compreendida por referência à “natureza das coisas”, isso significa que tampouco ela é simples fato ou dado da vida das cidades, ou uma ideia em sua pura essencialidade: ela é lei “por natureza” (*physei*), exatamente da mesma maneira que o homem é “por natureza” um animal social e político. Ela não pode encontrar sua razão de ser apenas nas ações do homem e não se reduz à decisão ou decreto “determinado” pelos homens⁵⁰.

Ao se referir ao jusnaturalismo deve-se levar em conta, também, a influência do cristianismo que substituiu o cosmologismo dos antigos pelo fervor do teologismo, não alterando o cerne do problema jurídico.

A Idade Média, na Europa, foi um período da história da civilização humana que a razão cedeu espaço para a teologia, em que todas as instituições e o próprio poder eram justificados pela crença unicamente em Deus, sem que o homem pudesse interferir para introduzir transformações na realidade social, isto é, tudo tinha inspiração puramente divina, causa de todo o bem e do todo o mal. Este período da história é marcado pelo rompimento de uma concepção dos gregos, subsistindo a fé, imperando a teologia, tendo sido extremamente fértil para o desenvolvimento das ideias jusnaturalistas⁵¹.

São Tomás de Aquino entendeu como a *lei natural*, aquela fração da ordem imposta pela mente de Deus, que encontra presente na razão do homem, uma norma, portanto, racional.

É bom e direito o que se aproxima da vontade de Deus ou do que é divino. Assim, a observância do Direito natural garante a coesão, a unidade e a ordem da comunidade.

Na busca dos fundamentos do direito, a referência à natureza das coisas é, com efeito, substituída pouco a pouco pela referência à natureza do homem⁵².

Já não se procura fundar o Direito nem na ordem da Natureza, nem na potência sobrenatural do divino. Prevalece a ideia de um Direito fundamentado no

⁵⁰ Idem, p. 29.

⁵¹ WEBER, M. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

⁵² Idem, p. 40.

homem. Surge assim o pensamento renascentista com perspectivas antropológicas e humanistas.

No séc. XVII, o homem tornar-se o centro da política e da filosofia, o Direito natural passa a se referir à natureza do homem e estas novas teorias do Direito natural abrem caminho para o positivismo jurídico.

O positivismo só apareceu no século XIX e conheceu seus maiores desenvolvimentos no primeiro terço do século XX.

O jusnaturalismo moderno, que começou a formar-se a partir do século XVI, dominou por largo período a filosofia do Direito. A crença no Direito natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos triunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais. Ao longo do século XIX, como advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica. Considerado metafísico e anticientífico, o Direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do final do século XIX⁵³.

Em oposição ao Direito natural, em que as regras são consideradas como resultado da natureza ou de Deus e valem porque são boas, no Direito positivo, as normas valem porque são fixadas por uma autoridade humana determinada.

Para a doutrina do Direito natural tem importância decisiva em qual relação se tem de idear o Direito natural para com o Direito positivo. Quando essa relação, no que segue, é investigada, então deve, nisso, o Direito natural ser pressuposto como um sistema de normas que – ao contrário daquelas do Direito positivo – não são “fixadas” “artificialmente”, por ato humano, mas dadas “naturalmente”, porque elas resultam da natureza, de deus, da razão ou de um princípio objetivo semelhante. São normas que não valem como aquelas do Direito positivo, porque elas são fixadas por uma autoridade humana determinada, mas porque elas, segundo seu conteúdo interior, são boas, corretas ou justas. A diferença entre Direito natural e Direito positivo é, assim, uma diferença do fundamento de validade ou – o que é o mesmo – do princípio de validade que, no caso do Direito natural, é um material, no caso do Direito positivo, um formal⁵⁴.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto Barroso; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis (Org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 334.

⁵⁴ KELSEN, Hans. Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca. Tradução de Waldir Alves. In: HECK (Org). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 25

A corrente jusnaturalista defendia a existência de uma *lei verdadeira*, conforme a razão, universal e imutável, que não muda com os países e com o tempo, estabelecendo o que é bom e fundando-se em um critério moral.

Em conformidade com as premissas defendidas pelas correntes jusnaturalistas, os princípios habitam a esfera por inteiro abstrata onde não se pode falar em normatividade.

Enfim, a corrente jusnaturalista concebe os princípios gerais de Direito, segundo assinala Flórez-Valdéz, em forma de “axiomas jurídicos” ou normas estabelecidas pela reta razão. São assim, normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”⁵⁵.

O ideal de justiça, no entendimento dos autores jusnaturalistas, impregna a essência dos princípios gerais de Direito, todavia, a “formulação axiomática” de tais princípios, conforme Enterría⁵⁶, arrastou-os ao descrédito.

2.2 OS PRINCÍPIOS NO POSITIVISMO JURÍDICO

Até o final do século XVIII, o Direito foi definido, individualizando-se duas espécies de Direito, o natural e o positivo.

O Direito natural não era considerado superior ao positivo, ele era concebido como *Direito comum*, e o positivo como Direito especial ou particular. Desta forma, o Direito positivo prevalecia sobre o natural sempre que entre ambos ocorresse um conflito.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 234.

⁵⁶ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madri, 1984, p. 59 - 60.

Antes da formação do Estado Moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam “fontes do direito”. O que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (Direito positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (Direito natural)⁵⁷.

Durante os séculos XV e XVI, na Europa, ocorre um forte estímulo à produção artística e científica. Esse período ficou conhecido como Renascimento e tem dentre suas principais características: a valorização da cultura greco-romana; a valorização da inteligência (razão humana); o deslocamento da fundamentação da vida humana, de Deus (teocentrismo) para o próprio homem (antropocentrismo); a valorização da razão e da natureza nas investigações científicas.

O Renascimento, na Europa, significou uma recuperação da razão, que esteve esquecido durante a Idade Média, coincidindo com a origem do Estado Moderno, sendo aquele o ponto de referência histórica do surgimento deste. Na época foram várias as transformações que convergiram de forma decisiva, com o advento da economia monetária, o cisma luterano, as expansões marítimas, as novas técnicas e o humanismo científico e literário, tudo isso levando à urbanização crescente dos estilos de vida, à ampliação do comércio, ao racionalismo intelectual e à gradativa secularização da mentalidade, substituindo padrões religiosos por padrões leigos, racionais, mundanos, modificando as formas de pensar com base no método cartesiano, e as preocupações com as questões transcendentais eram substituídas pela análise do imanente, ou seja, para o mundo, o indivíduo e a sociedade⁵⁸.

Com a formação do Estado Moderno, a sociedade medieval deixa de ser constituída de inúmeros agrupamentos sociais, cada qual com seu ordenamento jurídico próprio, para assumir uma estrutura monista, no sentido em que o Estado concentra em si todos os poderes, inclusive o de criar o Direito, dando abertura assim às correntes positivistas.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. compiladas por Nello Morra: tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 28.

⁵⁸ SALDANHA, Nelson. **Sociologia do Direito**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 117.

O positivismo jurídico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca da objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça⁵⁹.

Nas sociedades europeias da Idade Moderna, ocorre a substituição das normas de origem religiosa pelas leis estatais, dando lugar assim ao positivismo jurídico.

Fala-se, então, nesse período da história, em humanismo, com forte vinculação à doutrina do cristianismo, sendo um dos seus ícones, por ter tido a primeira preocupação formal, Santo Agostinho, ainda no século IV, formando ambos – humanismo e renascimento – movimento cultural, com manifestações datadas dos séculos XIII e XIV, projetando-se nos séculos seguintes. Têm em comum a afirmação do valor e da dignidade da natureza humana e a investigação da natureza física, livre da interferência dos limites aristotélicos e da autoridade religiosa nos domínios da razão e da experiência. Humanismo e renascimento propõem o abandono ao apego exclusivo à lógica aristotélica, com pretensão de encontrar um método científico, contrapondo-se ao pensamento medieval decadente⁶⁰.

Luiz Fernando Bellinetti, em sua obra **Sentença civil**, realiza oportuno retrospecto sobre o surgimento do positivismo:

Numa análise genética sumária, diria que as condições que permitiram o florescimento do positivismo começaram a ser engendradas com o surgimento do racionalismo grego, onde destacaria a forte influência de Euclides e de Aristóteles na formação da visão racional do mundo que a partir dali iria influenciar todo o pensamento ocidental⁶¹.

Diversamente das correntes jusnaturalistas, para as correntes positivistas a norma jurídica era considerada como válida não por ser justa, mas por

⁵⁹ BARROSO, Luis. Op. cit. p. 335.

⁶⁰ CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia do direito**: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 34.

⁶¹ BELLINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil**: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 30.

ter sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa, conforme já referido.

O Estado de Direito, no momento em que alcança realização histórica, precisamente, com a afirmação do Direito válido e antes mesmo existente, com independência de sua valorização como justo. Graças a este princípio e as codificações que são sua execução, uma norma jurídica é válida não por ser justa, senão exclusivamente por ter sido “posta” por uma autoridade dotada de competência normativa (tradução nossa)⁶².

As correntes jusnaturalistas perdem espaço diante de inúmeras críticas, dentre elas a incapacidade de garantir a segurança individual e a paz social. Em contrapartida, afirma-se a superioridade das normas criadas e impostas coativamente pelos detentores do poder.

A consolidação das premissas do positivismo jurídico se deu em paralelo à monopolização do poder político pelos aparelhos estatais nas sociedades capitalistas, relacionando-se com as ideias racionalistas sobre a criação e a aplicação do direito. Isso se verificou no século XIX sob o impulso das “grandes codificações” em muitos países europeus e em suas colônias ou ex-colônias. Nos países sem direito codificado, como acontecia no século XIX na Inglaterra e, em certa medida, na Alemanha, a visão juspositivista se consolidou graças à forte presença do Estado que conseguiu monopolizar a produção jurídica, fazendo com que os costumes fossem consolidados e parcialmente reformulados pelos tribunais estatais⁶³.

Thomas Hobbes é tido como o mais importante precursor do positivismo jurídico. Um traço claramente juspositivista de seu pensamento é a visão laica, isto é, puramente política do Estado e do direito: “para Hobbes, o Estado e o direito pertencem a César”⁶⁴.

Hobbes afirma que é possível analisar o Direito de forma objetiva, sem levar em conta o posicionamento do intérprete sobre o valor das normas. Tem como

⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed). **Neoconstitucionalismo (s)**. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 17. Texto original: El Estado de Derecho, em el momento em que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, com la afirmación del Derecho válido y antes aún existente, com independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridade dotada de competencia normativa.

⁶³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 70.

⁶⁴ DIMOULIS, op. cit. p. 69.

critério fundamental da juridicidade a capacidade do criador das normas de impô-las efetivamente na realidade social, mediante coação.

O positivismo é tido como Direito posto por uma autoridade, as leis dependem exclusivamente da vontade do soberano, que possui o poder de impor seus mandamentos aos súditos.

Corroborando com este entendimento, Luiz Fernando Bellinetti conceitua o positivismo como Direito posto, decisionado por uma autoridade por meio de procedimentos válidos e aceitos pela sociedade.

Finalmente, deve-se recordar de Hegel, que ao promover uma crítica das idéias de Kant, e tentando elaborar uma filosofia total, fomentou uma série de reações às suas ideias, com isso revolvendo o terreno cartesiano em que estava lançada a semente kantiana.

A partir daí só faltava a chuva para que a planta florescesse.

E ela não tardou, produzindo logo o primeiro fruto com Augusto Comte.

O referido pensador, tido como pai do positivismo moderno, no desenvolvimento de suas idéias vislumbrava três grandes etapas na evolução da humanidade. Na primeira, de fundo teológico, todos os fenômenos são explicados através de causas sobrenaturais ou intervenção de seres divinos. Na segunda, de fundo metafísico, o pensamento se vale de princípios e idéias concebidos como existentes além da superfície das coisas e como constitutivos das forças reais que atuam na evolução humana. Por fim, na terceira etapa, a positiva, rechaçam-se todas as construções hipotéticas na filosofia, história e ciência, que se limitam à observação empírica e à conexão dos fatos, seguindo os métodos utilizados nas ciências naturais.

Edgar Bodenheimer, analisando a questão e, após lançar uma visão histórica sobre essa concepção evolutiva de Comte, afirma que “o positivismo invadiu todos os ramos da ciência social, incluindo o jurídico”.

E, ao lançar o positivismo suas sedutoras garras sobre a ciência jurídica, procurando depurá-la de fatores que considera estranhos, efetua o que se poderia chamar de corte epistemológico absolutizante no direito.

Assim, considerando-se o direito tão somente como aquele que é posto, decisionado por uma autoridade através de procedimentos válidos e aceitos pela sociedade; que passa pelo crivo da razão humana através dos referidos procedimentos e é lançado no mundo com um produto elaborado por ela. Com isso, reduz-se o estudo do direito ao Direito positivo⁶⁵.

Para melhor compreender-se o positivismo é importante o confronto de suas características com as do jusnaturalismo, para se entender as diferenças entre

⁶⁵ BELLINETTI, op. cit., p. 32-33.

uma corrente e outra e as condicionantes advindas das mudanças de momentos históricos.

Ressalta-se, inicialmente, que um traço distintivo entre o Direito natural e o Direito positivo seria que o primeiro tem sua eficácia reconhecida em toda parte, enquanto o Direito positivo tem sua eficácia reconhecida apenas onde é posto.

O Direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existem independentemente do fato de parecerem boas a uns e más a outros. O Direito positivo estabelece ações que uma vez reguladas devem, ser desempenhas em conformidade com o prescrito na lei, tendo-se tal disposição como correta.

Os comportamentos regulados pelo Direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto os regulados pelo Direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de certo modo pelo Direito positivo.

O Direito positivo é o conjunto de leis que se fundam apenas na vontade declarada do legislador e, por aquela declaração, vem a ser conhecida, diversamente do Direito natural que é conhecido por meio da razão, e estabelece aquilo que é bom, o Direito positivo estabelece aquilo que é útil, trazendo um conjunto de regras estabelecidas pelo legislador, as quais devem ser seguidas independentes de valoração moral. A moral no Direito positivo encontra-se separada do Direito.

Os positivistas consideram o Direito como fato e não como valor. Ao estudar o Direito deve o jurista abster-se de formular juízos de valor.

Os positivistas jurídicos não aceitam as definições filosóficas, porque estas (introduzindo uma qualificação valorativa que distingue o direito em verdadeiro e aparente, segundo satisfaça ou não um certo requisito deotológico) restringem arbitrariamente a área dos fenômenos sociais que empírica e factualmente são direito⁶⁶.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. compiladas por Nello Morra: tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 138.

No positivismo, uma norma para ser válida (existir na esfera do direito) não necessita ser justa (conforme o Direito ideal). Para que uma norma seja válida, basta que seja emanada mediante um comando coativo que imponha sua observância.

Elencam-se acima as principais características de diversas concepções que se convencionou enquadrar na corrente positivista. No entanto, não se pode falar de uma só teoria positivista, pois existem inúmeras correntes positivistas representadas por diversos doutrinadores que apresentam as referidas características como traço comum.

No presente trabalho, com a finalidade de realizar-se um contraponto ao que se denominou de corrente pós-positivista, trar-se-á a corrente positivista de Hart, um representante do positivismo.

2.2.1 O Positivismo Jurídico de Hart:

Hart apresenta como características centrais de sua doutrina as seguintes premissas: a afirmação de que o direito vigente, em um sistema jurídico, é identificado por meio de critérios fornecidos por uma norma de reconhecimento aceita na prática dos tribunais; não há conexão necessária entre Direito e moral e, nos casos em que a lei vigente não impõe uma decisão, cabe ao Magistrado decidir com discricionariedade.

Hart define o Direito como uma combinação de normas primárias de obrigação com normas secundárias.

Para o autor não se pode falar em Direito em um sistema formado apenas de normas primárias; como as existentes em comunidades primitivas onde não há maneira de se distinguir um conjunto de regras jurídicas de outras regras sociais.

Segundo Hart, as normas primárias são aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade.

As normas secundárias estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas.

Assim, pode-se dizer que todas as normas secundárias se situam num nível diferente daquele das normas primárias, pois versam todas sobre essas normas; isto é, enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias. Especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas⁶⁷.

Dentre as normas secundárias, Hart destaca aquela necessária para identificação das normas válidas do sistema: a norma de reconhecimento, que dispõe de critérios para a identificação das normas primárias pertencentes a um determinado sistema jurídico.

Onde quer que essa norma de reconhecimento seja aceita, tanto os indivíduos quanto as autoridades públicas dispõem de critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação. Os critérios assim disponibilizados podem, como vimos, assumir qualquer uma, ou mais de uma, dentre diversas formas; incluem-se entre estas a referência a um texto autorizado; a um ato legislativo; à prática consuetudinária; a declarações gerais de pessoas específicas; ou, em casos particulares, a decisões judiciais anteriores sobre casos específicos⁶⁸.

A norma de reconhecimento pode ser observada a partir de dois pontos de vista diversos, um interno e outro externo. O primeiro corresponde à visão dos participantes do sistema, que veem a si e aos outros como obrigados pela norma de reconhecimento, e o ponto de vista externo, refere-se à perspectiva de um observador estranho ao sistema, que constata a existência e o conteúdo dessa norma, no entanto, sem considerar-se obrigado por ela.

Hart afirma que, na maior parte dos casos, a norma de reconhecimento não é enunciada, mas se manifesta no modo como as normas concretas são identificadas⁶⁹.

⁶⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus; 1907-1992. **O conceito de direito**; Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vírgilio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 122.

⁶⁸ HART, op. cit., p. 130.

⁶⁹ HART, op. cit., p. 131.

Dizer que determinada norma é válida equivale a reconhecer que ela satisfaz a todos os critérios propostos pela norma de reconhecimento e é, portanto, uma norma do sistema⁷⁰.

Segundo Hart, a norma de reconhecimento só existe como prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do Direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios, sua existência é uma questão de fato⁷¹.

Após discorrer sobre a norma de reconhecimento, Hart sustenta que não há conexão necessária entre Direito e moral.

Assim, sejam as leis moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e deveres exigem atenção como pontos focais, no funcionamento do sistema jurídico, que tem importância suprema para os seres humanos e independe dos méritos morais das leis⁷².

Finalmente, Hart refere-se a uns dos pontos mais controvertidos de sua obra, mencionando que, em qualquer sistema jurídico, existirão casos não regulamentados juridicamente, sobre os quais o Direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o Direito incompleto.

Conforme Hart, para que possa proferir uma decisão em tais casos, o Juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, mas terá que exercer sua discricionariedade.

Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder⁷³.

⁷⁰ HART, op. cit., p. 133.

⁷¹ HART, op. cit., p. 142.

⁷² HART, op. cit., p. 347.

⁷³ HART, op. cit., p. 351.

Assim, Hart conceitua o sistema jurídico como um sistema formado apenas de regras, excluindo deste os princípios, classifica as regras como primárias e secundárias, referindo-se a uma norma de reconhecimento para distinguir as regras primárias: não sendo esta capaz de reconhecer princípios e, diante de casos difíceis, prevê a possibilidade de o juiz utilizar-se de discricionariedade.

Dworkin ocupa-se em realizar críticas minuciosas à corrente positivista de Hart e, em contrapartida, transcreve as diretrizes das correntes denominadas de pós-positivistas, conforme será tratado no próximo item.

2.2.2 As Críticas de Dworkin à Corrente Positivista de Hart:

Dworkin primeiramente resume a norma de reconhecimento de Hart como um teste de pedigree, que seria responsável pelo critério de apurar a validade da norma. Para ele, este critério é falho, pois não identifica princípios e suas implicações.

O positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras⁷⁴.

- (a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.

Dworkin segue com suas críticas, referindo-se à possibilidade do juiz decidir com discricionariedade quando a norma jurídica não existir no caso concreto, segundo a corrente positivista defendida por Hart:

⁷⁴ DWORKIN, **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

- (b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

Para Dworkin, a partir do momento em que se concede ao Juiz poder discricionário, confere-se, também, a possibilidade de evadir-se do Direito.

- (c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem). Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria⁷⁵.

Segundo Dworkin, a ideia difundida pela corrente positivista de Hart de que o sistema jurídico é formado apenas de regras, enseja, inevitavelmente, a teoria do poder discricionário em sentido forte, ou seja, concede ao Magistrado o poder de criar o Direito em conformidade com suas preferências, tendo por consequência a insegurança jurídica.

De qualquer modo, se um jurista pensa o direito como um sistema de regras e ainda assim reconhece, como deve, que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas, ele chegará naturalmente à teoria do poder discricionário judicial no sentido forte do termo. Nos outros sistemas de regras nas quais ele tem experiência (como os jogos), as regras são a única autoridade importante a reger as decisões oficiais, de tal maneira que se um árbitro puder modificar uma regra, ele terá poder discricionário com respeito ao conteúdo dessa regra. Quaisquer princípios que os árbitros possam mencionar ao modificar uma regra representam apenas as suas preferências “típicas”. Os positivistas tratam o direito como se ele fosse essa versão revisada do beisebol⁷⁶.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 27-28.

⁷⁶ DWORKIN, op. cit., p. 62.

Em oposição à corrente positivista de Hart, Dworkin defende a ideia de um sistema jurídico fechado, formado de regras e princípios, em que o Magistrado, no instante em que se depara com casos difíceis, não pode utilizar-se de poder discricionário, pois está adstrito ao sistema jurídico, devendo utilizar-se dos princípios para superar os referidos *hard cases*.

As correntes denominadas de pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, em conformidade com as ideias difundidas por Dworkin, com a intenção de resgatar a segurança jurídica, também defendem um sistema jurídico formado de regras e princípios, no qual o Magistrado não pode exercer a discricionariedade e, conseqüentemente, os princípios têm força normativa e podem ser utilizados para colmatar lacunas jurídicas e solucionar os casos difíceis.

As correntes pós-positivistas ou neoconstitucionalistas surgem para atender aspirações de um período histórico em que se faz necessário a criação de normas que garantam plenamente o exercício de direitos aos cidadãos, a limitação do Poder Legislativo, a criação de uma constituição soberana e o enaltecimento do Poder Judiciário, sem, no entanto, conceder-lhe poder discricionário.

2.3 OS PRINCÍPIOS NO NEOCONSTITUCIONALISMO

Após as conseqüências oriundas da Segunda Guerra, tornava-se imperioso que o Direito regulasse relações humanas com suas reais necessidades e não apenas prevendo condutas e suas conseqüências de maneira formalista, conforme pregava, por exemplo, a corrente positivista de Hart.

Antes da Segunda Guerra Mundial, as Constituições não gozavam do prestígio e do papel de protagonista no sistema jurídico que hoje desfrutam.

Com efeito, até a Segunda Guerra prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo Parlamento como a fonte principal – quase a fonte exclusiva – do direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas sobretudo com programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos por lei, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos Parlamentos. Aliás, as

maiorias parlamentares nem mesmo representavam a maior parte do povo, já que o sufrágio universal foi, basicamente, uma conquista do século XX⁷⁷.

No entanto, as barbáries cometidas durante a Segunda Guerra⁷⁸ por governantes arbitrários e as ditaduras de direita impostas na Espanha e em Portugal reforçaram o papel das Constituições de mecanismos de proteção dos direitos humanos.

As Constituições advindas após este período (primeiro na Europa pós-guerra e depois nas demais democracias ocidentais nascentes no séc. XX), ao contrário das clássicas constituições garantistas do séc. XVIII, incorporaram conteúdos materiais por meio de princípios jurídicos. A ausência de controle em face das ações dos governantes e as constantes violações a direitos fundamentais, em que a população encontrava-se, tornou indispensável o controle das ações governamentais, o controle do legislativo e a proteção rígida à violação dos direitos fundamentais.

Daniel Sarmiento também descreve as mudanças ocorridas após a Segunda Guerra, momento em que as Constituições passaram a ser vistas como autênticas normas jurídicas que limitam o exercício do Poder Legislativo e podem justificar a invalidação de leis.

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil. In: **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho / coordenação George Salomão Leite Ingo Wolfgang Sarlet. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009. p. 13.

⁷⁸ El constitucionalismo europeo de posguerra parece así haber tomado elementos de distintas procedências, conjugándolos de um modo bastante original. Frente a la idea rousseauiana de una soberanía popular permanente activa que, además de dotarse de una Constitución, quiere prolongarse em la inagotable voluntad general que se have efectiva a través del legislador, parece haber retornado más bien a la herencia norteamericana, que veía em la Constitución la expresión acabada de un poder constituyente limitador de los poderes constituídos, incluido el legislador. Pero, frente a la concepción más escueta de la Constitución como regla del juego que se reduce a ordenar el pluralismo político em la formación de la ley, una visión presente em el primer constitucionalismo norteamericano pero también em Kelsen, las nuevas Constituciones no renunciam a incorporar em forma de normas substantivas lo que han de ser los grandes objetivos de la acción política, algo que se inscribe mejor em la tradición de la Revolución francesa. Del primero de los modelos enunciados se deduce la garantía judicial, que es el método más consecuente de articular la limitación del legislador; pero del segundo se deducen los parámetros del enjuiciamiento, que ya no son reglas formales y procedimentales, sino normas substantivas. SANCHIS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009, p. 129.

Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera de forma exemplar no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis⁷⁹.

Daniel Sarmiento refere-se ainda ao fenômeno da constitucionalização das Constituições, momento em que elas passam a apresentar teor axiológico e apresentamos em seus textos temas anteriormente não tratados como a economia, relações de trabalho e a família.

Com efeito, as constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economias, as relações de trabalho e a família. Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização do direito, que envolveu a ampliação da influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do direito⁸⁰.

A consolidação do modelo de Estado Constitucional de Direito contemporâneo deu origem ao termo neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.

A passagem do modelo de Estado de Direito para o do Estado Constitucional de Direito, ou do Estado parlamentar legislativo para o Estado judicial de Direito constitucional, deram origem a estas novas correntes. Uma vez que as modernas Constituições estão repletas de elementos que conectam a interpretação de suas normas à argumentação moral, devido à positivação de princípios de opções ético-valorativas, as novas correntes apresentam como traço distintivo uma nova visão da relação entre o Direito e a moral.

⁷⁹ SARMIENTO, op. cit., p. 14.

⁸⁰ SARMIENTO, op. cit., p. 14.

Assim, as correntes denominadas de neoconstitucionalistas ou pós-positivistas têm como traço comum as seguintes características: a) reconhecimento dos princípios jurídicos e a valorização e sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação e teorias da argumentação; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos Direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

As correntes neoconstitucionalistas preferem a ponderação à subsunção na resolução dos conflitos. Além disso, a divisão clássica do princípio da separação de poderes abre espaço para a intervenção de um Poder em outro, principalmente enaltecendo o papel do Poder Judiciário na defesa dos valores constitucionais.

O neoconstitucionalismo, como uma teoria do direito, tem como objetivo descrever as realizações da Constituição, ou seja, o processo que levou a uma modificação dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos em relação aos existentes antes do desenvolvimento integral deste processo. O modelo de sistema jurídico que emerge da reconstrução do neoconstitucionalismo também é caracterizado por uma constituição "invasora", pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na Constituição de princípios e regras, e algumas peculiaridades da interpretação e aplicação das normas constitucionais relativas à interpretação e aplicação da lei. Como uma teoria, o neoconstitucionalismo representa, portanto, uma alternativa à teoria juspositivista tradicional: as transformações sofridas pelo objeto de pesquisa fazem com este não reflita mais a situação real dos sistemas jurídicos contemporâneos⁸¹. (tradução nossa).

⁸¹ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (Neo) Constitucionalismo**: Un análisis metoteórico. In: CARBONELL, Miguel (ed). *Neoconstitucionalismo* (s). 4ed. Madrid: Trotta. 2009. p. 83. Texto original: El neoconstitucionalismo, como teoría del Derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además por una Constitución "invasora", por la positivación de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley. Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista

As correntes neoconstitucionalistas enfatizam a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico e, ao reconhecer a normatividade dos princípios constitucionais fundamentais, abrem espaço para que se retome o debate sobre a moral no direito.

A ligação entre Direito e moral enseja inúmeros debates, representantes destas novas correntes como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Carlos Santiago Nino defendem que moral e Direito têm conexão necessária e filiam-se à tese de Gustav Radbruch de que normas injustas não têm validade jurídica, independentemente, do que digam as fontes autorizadas do ordenamento.

No Brasil, a Constituição de 1988, em consonância com as novas ideias mundiais, ainda que tardiamente, trouxe, em seu texto, um amplo elenco de direitos fundamentais, reforçando o papel do Poder Judiciário por meio da inafastabilidade da tutela jurisdicional prevista no artigo 5º, inciso XXXV, criando remédios constitucionais que fortaleceram a independência do Judiciário, assim como do Ministério Público, democratizando o acesso ao controle de constitucionalidade, elencou inúmeros princípios com forte carga axiológica e força normativa que tem como escopo servirem como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e respaldar o Poder Judiciário, no instante em que se depara com lacunas ou “casos difíceis”.

Riccardo Guastini denomina o que chamamos de neoconstitucionalismo de constitucionalização e descreve este período como um processo de transformação de um ordenamento ao que resulta totalmente impregnado pelas normas constitucionais.

Assim, acolhendo a uma sugestão de Louis Favoreu, por “constitucionalização do ordenamento jurídico” proponho entender como um processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida (penetrante) capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo

doutrinal, a ação dos autores políticos, assim como as relações sociais⁸². (tradução nossa).

Segundo Guastini, para que um ordenamento esteja impregnado pelas normas constitucionais deve satisfazer sete condições.

A primeira é que o ordenamento tenha uma Constituição rígida, ou seja, escrita, protegida contra a legislação ordinária e as normas constitucionais somente podem ser modificadas mediante um procedimento especial.

O segundo requisito é que o ordenamento tenha um controle de constitucionalidade.

O terceiro defende que as normas constitucionais sejam suscetíveis de produzir efeitos jurídicos independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo.

Em suma, segundo certas doutrinas, as Constituições não são mais do que um “manifesto” político cuja concretização é tarefa exclusiva do legislador: os tribunais não devem aplicar as normas constitucionais – carentes de qualquer efeito imediato – senão somente as normas que se reconhecem pelas leis.

Pois bem, um dos elementos essenciais do processo de constitucionalização é precisamente a difusão, no cenário da cultura jurídica, da ideia oposta, e dizer, da ideia de que toda norma constitucional – independente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo – é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos⁸³. (tradução nossa).

O quarto requisito refere-se à interpretação da Constituição.

⁸² GUASTINI, Riccardo. La “Constitucionalización” del Ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo** (s). Madrid: Trota, 2009. p. texto original: Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreu, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales

⁸³ Idem. p., 53. Texto original: En suma, según ciertas doctrinas, las Constituciones no son más que un “manifesto” político cuya concretización es tarea exclusiva del legislador: los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales – carentes de cualquier efecto inmediato – sino sólo las normas que se recogen por las leyes.

Pues bien, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta, es decir, de la idea de que toda norma constitucional – independientemente de su estructura o de su contenido normativo – es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

Segundo Guastini, toda Constituição é suscetível de dois tipos de interpretação: uma interpretação literal e uma extensiva.

Na interpretação literal, nenhuma Constituição estará completa, pois ela não é capaz de regular a vida política e social em sua completude literalmente. Assim, necessariamente, ao se fazer uma interpretação literal da Constituição, restará um espaço juridicamente vazio e, para colmatar este espaço vazio, pode o legislador exercer poder discricionário desvinculado de qualquer controle jurisdicional.

No que se refere à interpretação extensiva da Constituição, ela é interpretada de maneira que dela se extraiam inúmeras normas implícitas, não expressas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política. Neste caso, não há espaços vazios na Constituição, pois toda decisão legislativa está regulada por uma ou outra norma constitucional, não havendo espaço para o exercício da discricionariedade legislativa.

Assim, segundo Guastini, o quarto requisito para a constitucionalização do ordenamento seria a realização de uma interpretação extensiva.

O quinto requisito refere-se à atitude dos Juízes frente à Constituição e a cultura jurídica em relação à concepção de Constituição.

Na concepção liberal clássica, a função da Constituição é limitar o poder político. As normas constitucionais não regulam as relações entre particulares. As relações entre os cidadãos são reguladas pelas legislações ordinárias. As normas constitucionais regulam a organização do Estado e as relações entre o Estado e os cidadãos. Portanto, as normas constitucionais não são suscetíveis de aplicação direta pelos juízes em controvérsias que envolvam os cidadãos. A Constituição somente está apta a produzir efeitos na vida social após ter sido concretizada por uma lei.

No constitucionalismo, a função da Constituição é moldar as relações sociais. As normas constitucionais, principalmente os princípios, podem produzir efeitos diretamente e serem aplicados por qualquer Juiz na ocasião de qualquer controvérsia.

O sexto requisito tem relação com a técnica de interpretação da lei conforme a Constituição.

A interpretação conforme é aquela que harmoniza a lei com a Constituição. No instante em que o intérprete se depara com mais de uma forma de interpretação da lei, deve eleger a que evita toda e qualquer contradição entre a Constituição e a lei. O efeito desta interpretação é de conservar a validade de uma lei que, de outra forma, deveria ser declarada inconstitucional.

A sétima e última condição, elencada por Guastini, não é de fácil precisão, depende do conteúdo da Constituição, da postura dos Juízes, da postura dos órgãos constitucionais e dos autores políticos.

No que se refere ao conteúdo da Constituição, algumas Constituições conferem ao Tribunal Constitucional o poder de resolver os conflitos de competência entre os órgãos constitucionais. Os conflitos em questão não são mais do que desacordos políticos concernentes às relações de poder entre os órgãos do Estado. Assim, em alguns ordenamentos, determinados conflitos puramente políticos podem ser resolvidos por um órgão jurisdicional, fazendo uso de normas constitucionais.

O Tribunal Constitucional pode adotar uma postura de respeitar a discricionariedade política do legislador ou, ao contrário, envolver-se nas discussões de decisões legislativas, embora estas não sejam claramente inconstitucionais. Entre os instrumentos argumentativos, utilizados mais frequentemente por estes Juízes constitucionais para controlar a discricionariedade política do parlamento, de um lado está o princípio da igualdade, reconstruído como princípio da razoabilidade das distinções e classificações legislativas e, de outro lado, há a ponderação dos princípios constitucionais quando estão em conflito.

No que diz respeito à postura dos órgãos constitucionais e dos atores políticos, basta mencionar que as normas constitucionais podem ser mais ou menos usadas na argumentação política para justificar suas ações e suas decisões.

As correntes neoconstitucionalistas, por trazerem ideias inovadoras, ainda se encontram em desenvolvimento e enfrentam barreiras de inúmeros juristas conservadores que estão arraigados às ideias positivistas.

O que deve ser o neoconstitucionalismo na sua aplicação prática e na sua dimensão teórica é algo para ser visto. Não é, como já foi dito, um modelo consolidado, e talvez até pode se estabilizar a curto prazo, pois ele contém em seu interior uma série de equilíbrios que dificilmente podem conviver juntos sem problemas. Basta pensar a técnica da ponderação de bens constitucionais, que não se presta a servir como soluções gerais para todos os casos e para todos os países. Consideremos também a forte impregnação judicial que abrange a maioria dos postulados neoconstitucionalistas; a intervenção judicial não é algo que sempre gerará reação a favor e até mesmo alguns países - incluindo Itália, para mencionar apenas um exemplo - estão fazendo esforços consideráveis pela maioria política no poder para limitar severamente a capacidade de intervenção dos juízes em certos assuntos. Em grande parte as ideias do neoconstitucionalismo seguirão em constante mudança num futuro imediato, como também estarão as sociedades em que se pretendam aplicá-las; daí a necessária instabilidade de qualquer modelo ou paradigma neoconstitucional⁸⁴. (tradução nossa).

No entanto, mesmo diante da resistência enfrentada, as ideias neoconstitucionalistas representam as mudanças e as aspirações da sociedade contemporânea. Percebe-se que o meio jurídico, assim como a política, acompanham as mudanças culturais e históricas, respondendo às necessidades sociais e ao momento em que vivemos, que está aos poucos se consolidando.

Luigi Ferrajoli discorre sobre o fenômeno mencionado acima:

Além disso, há uma interação entre transformações institucionais e transformações culturais. Quero dizer que as filosofias jurídicas e políticas são sempre um reflexo e também um fator constitutivo e, por assim dizer, conformador das concretas experiências jurídicas de seus respectivos momentos: o jusnaturalismo, em suas muitas variantes, era a filosofia jurídica dominante na época pré-moderna, deixando de lado o monopólio estatal da produção jurídica; o juspositivismo tem sido a partir das codificações e do nascimento do Estado moderno; o constitucionalismo é hoje ou, em todo caso, está

⁸⁴ CARBONELL, Miguel. **Nuevos tiempos para el constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel (Ed), *Neoconstitucionalismo* (s). Madrid: Trotta, 2003. p. 12. Texto original: Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata, como se acaba de apuntar, de un modelo consolidado, y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues contiene em su interior una serie de equilíbrios que dificilmente pueden llegar a convivir sin problemas. Pensemos simplemente en la técnica de la ponderación de bienes constitucionales, la cual no se presta a soluciones generales que sirvan para todos los casos y para todos los países. O consideremos también la flerte impregnación judicialista que recorre la mayoría de los postulados neoconstitucionalistas; la intervención judicial no es algo que siempre genere reacciones a favor, e incluso em algunos países – como Italia, por mencionar solamente un ejemplo – se están haciendo esfuerzos considerables por la mayoría política em ele poder para limitar severamente la capacidade de intervención de los jueces em ciertos assuntos. En buena medida las ideas del neoconstitucionalismo seguirán estando en el futuro inmediato em continuo cambio, como lo estarán también las sociedades en las que quieren aplicarse; de ahí la necesaria inestabilidad de cualquier modelo o paradigma neoconstitucional.

chegando a ser, depois da introdução da garantia jurisdicional da rigidez das Constituições⁸⁵. (tradução nossa).

Para este trabalho, a principal contribuição do que se denomina de corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista é a ideia de um ordenamento jurídico formado de regras e princípios, atribuindo-se aos princípios, portanto, força normativa.

2.3.1 O Papel da Moral no Ordenamento Jurídico

No jusnaturalismo, a moral ocupa papel central, a partir do momento em que vincula ao Direito conceitos religiosos e o tem como aquilo que é bom.

Há uma relação direta entre Direito e moral, o Direito é visto como um conjunto de normas que tem por característica a justiça, a função de bem obrar.

Já no positivismo jurídico, com a centralização do Poder, o Direito é visto como um conjunto de regras que, quando violadas, tem por consequência uma sanção, independentemente de serem boas ou más. A moral, portanto, para os positivistas, encontra-se fora do ordenamento jurídico.

Os positivistas, refere-se aqui às ideias difundidas por Hart, ainda que não aceitem a inserção da moral no ordenamento jurídico, admitem sua influência na criação das normas, no entanto, quando elas já estão postas no ordenamento, não aceitam a influência da moral em sua aplicação.

Aquilo que diferencia o juspositivismo da visão moralista é a afirmação de que o intérprete/aplicador não pode modificar a decisão do legislador quando há divergência sobre a “ideia” de Direito e de justiça⁸⁶.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 19/20. Texto original: Por lo demás, existe una interacción entre transformaciones institucionales y transformaciones culturales. Quiero decir que las filosofías jurídicas y políticas son siempre un reflejo y a la vez un factor constitutivo y, por decirlo así, performativo de las concretas experiencias jurídicas de sus respectivos momentos: el iusnaturalismo en sus muchas variantes fue la filosofía jurídica dominante de la época premoderna, mientras faltó el monopolio estatal de la producción jurídica; el iuspositivismo lo ha sido a partir de las codificaciones y el nacimiento del Estado moderno; el constitucionalismo lo es hoy o, en todo caso, está llegando a serlo, después de la introducción de la garantía jurisdiccional de la rigidez de las Constituciones

Para os adeptos das correntes denominadas de neoconstitucionalistas, a partir do momento em que os princípios aderem ao ordenamento jurídico, como norma, trazem a este a moral, ou seja, a possibilidade do aplicador do Direito, no instante de aplicar a norma, utilizar-se de valores morais.

No entanto, a relação entre Direito e moral suscita inúmeros problemas e tem ocasionado incansáveis discussões na doutrina.

Existem dois posicionamentos claros em relação a esta questão: os positivistas e os não positivistas. Os positivistas sustentam a tese da separabilidade e a da separação; os não positivistas opõem-se a isso, pelo menos, uma versão da tese da união⁸⁷.

Conforme Alexy⁸⁸, a tese da separabilidade traz a versão mais fraca do positivismo jurídico, afirmando que é possível dar ao Direito cada conteúdo qualquer independente de todas as exigências da justiça. Assim, a tese da separabilidade não exclui a possibilidade de que o Direito positivo abarque princípios morais, apenas pede que a inserção de conteúdos morais no Direito seja tratada como questão de fato, ou seja, de nenhuma forma como necessária. A tese da separabilidade defende que a exclusão da moral deve ser preferida a uma inclusão, mas não nega completamente a inclusão da moral.

A tese da separação representa uma versão mais forte e apresenta o conceito de Direito excluindo-se todo e qualquer elemento moral.

Os não positivistas defendem a concepção de que o Direito tem ou deve abarcar elementos morais.

Os que defendem que os elementos morais são necessários filiam-se à tese da união forte que representa a negação da tese da separabilidade. Já os que acreditam ser os elementos morais considerados como devidos ou dignos de preferência filiam-se à tese da união fraca, que é uma negação da tese da separação.

⁸⁶ DIMOULIS, op. cit., p. 170/171.

⁸⁷ ALEXY, Robert. Direito e Moral. Tradutor: Paulo Gilberto Cogo Leivas. In: HECK, Luís Afonso (Org). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 115.

⁸⁸ ALEXY, op. cit., p. 115-122.

Para aqueles que defendem a tese da separação, forma mais forte de positivismo, o conceito de eficácia social e/ou de decretação de acordo com a ordem são suficientes para a definição de direito.

O conceito de eficácia social diz respeito a coisas como costumes, ordens ameaçadas de sanção, convicções, sentimentos e colocações. O conceito de decretado de acordo com a ordem está correlacionado com as normas que fundamentam e definem a competência para a disposição do Direito.

A norma fundamentadora de competência mais célebre é a norma fundamental de Kelsen, que visa, com a introdução dessa norma fundamentadora de competência fundamental, à normatividade sem moralidade⁸⁹.

Aqueles que defendem a tese da união forte realizam a substituição completa da eficácia social e da decretação de acordo com a ordem pela correção moral, que seria a teoria do Direito natural pura. A referida teoria, na prática, representaria uma balbúrdia, tornando-se inviável.

Assim, diante da inviabilidade da teoria do Direito natural pura, não se questiona se o Direito deve ser definido somente pela eficácia social, juntamente com a decretação de acordo com a ordem, ou pela correção moral, mas se a eficácia social e a decretação de acordo com a ordem devem ser unidas ou não com a correção moral, ou seja, se a moral deve fazer parte do Direito.

Existem diversas formas de a moral unir-se ao Direito:

A moral pode, primeiro, ser unida com o Direito positivo pelo fato de princípios e argumentos morais serem abarcados no direito, segundo, pelo fato de a moral fundamentar um dever para com a obediência ao direito. Pode, por conseguinte, diferenciar-se três problemas da relação entre direito e moral: o problema do abarcamento, o problema da limitação e o problema da fundamentação⁹⁰.

Pode-se, inicialmente, abordar o problema do abarcamento, trazendo à baila a ideia por todos aceita, positivistas e não positivistas, de que o Direito

⁸⁹ ALEXY, op. cit., p. 116.

⁹⁰ ALEXY, Robert. Direito e Moral. Tradutor: Paulo Gilberto Cogo Leivas. In: HECK, Luís Afonso (org). Direito natural, Direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 117.

apresenta lacunas, o que Alexy denomina de “estrutura aberta do Direito”, ou seja, o Direito é incapaz de prever todas as condutas humanas e sancioná-las.

Diante das referidas lacunas, ou de uma abertura do Direito, os positivistas negam-se a recorrer da moral e, neste momento, diante da ausência de fundamentos jurídicos, utilizam-se de critérios pessoais ou, conforme exemplificado por Alexy, podem até mesmo jogar dados.

Com a possibilidade de o Magistrado utilizar-se de critérios pessoais, dentre outros, para a correção com uma decisão jurídica, surge a possibilidade de realizar-se a referida correção através da moral.

Conforme Alexy⁹¹, justiça é correção em referência à distribuição e compensação e questões de justiça são questões morais.

Defende-se, desta forma, uma necessária ligação entre a moral e o Direito para a correção de decisões e normas jurídicas.

Essa união necessária de argumentos não significa que decisões jurídicas, moralmente viciosas, não podem ter validade jurídica. Ela significa, porém, que tais decisões não só moralmente são viciosas, mas também juridicamente. Desse modo, é a ideia de justiça abarcada no conceito de direito. Isso tem consequências fundamentais para a imagem do direito⁹².

As normas jurídicas e decisões jurídicas que não cumprem a correção através da moral são viciosas, no entanto, não perdem sua validade ou seu caráter jurídico somente por isso. A ausência da moralidade, por si só, não é capaz de tornar uma decisão jurídica inválida.

Alexy traz como solução a ponderação dos princípios que se encontram em jogo.

O problema deve, em último lugar, ser solucionado somente por ponderação dos princípios que se encontram no jogo. Em situações normais tem de, nisso, ser concedida a primazia ao princípio *nulla poena sine lege*. Em casos de antijuridicidade extrema, a situação, contudo, não é tão simples. Existem bons fundamentos para isto, conceder a primazia à proteção dos direitos de vítimas passadas e futuras ante a proteção daqueles que, em sua complicação nas medidas de um regime antijurídico,

⁹¹ Idem, p. 118.

⁹² Idem, p. 118.

confiaram em uma justificação jurídica de seus atos por uma positivação de antijurídico⁹³.

Outra questão suscitada por Alexy e bastante debatida no âmbito da discussão Direito e moral, é a questão se existe obrigação de todos os destinatários do sistema jurídico de obedecer ao Direito somente porque é Direito, portanto, independente de seu conteúdo.

O positivismo, em sua versão forte, defende a obediência ao Direito mesmo quando imoral, já para o positivismo, em sua versão mais fraca, o Direito não deve contradizer a moral, mas pode.

Para os não positivistas, a solução do problema não se mostra tão simples.

Para aqueles, em que o valor moral da segurança jurídica prevalece é inadmissível que o dever moral geral para com a obediência ao Direito seja contido por fundamentos morais.

Aos demais cabe solucionar os dilemas morais difíceis caso a caso, onde o dever geral para com a obediência ao Direito, mas este dever não é irrefutável.

Habermas, em sua obra **Direito e Democracia**, discorre sobre o entrelaçamento entre o Direito e a moral:

A questão acerca da legitimidade da legalidade fez com que o tema do direito e da moral predominasse. Esclarecemos como o direito, exteriorizado de modo convencional, e a moral interiorizada se complementam. Porém não nos interessamos apenas nessa relação complementar, e sim no entrelaçamento simultâneo entre moral e direito. Este resulta do fato de que, nas ordens do Estado de direito, lança-se mão de meios do Direito positivo, a fim de distribuir os pesos da argumentação e institucionalizar caminhos de fundamentação abertos a argumentações morais. A moral não paira mais sobre o direito, como era sugerido pela construção do direito racional, tido como uma série de normas suprapositivas: ela emigra para o Direito positivo, sem perder sua identidade. No entanto, a moralidade, que não se contrapõe simplesmente ao direito, uma vez que se estabelece no próprio direito, é de natureza puramente procedimental; ela se despojou de todos os conteúdos normativos determinados, sublimando-se num processo de fundamentação e de aplicação de possíveis conteúdos normativos. De sorte que o direito e a moral procedimentalizada podem controlar-se mutuamente. Nos discursos jurídicos, o tratamento argumentativo de questões práticas e

⁹³ ALEXY, Robert. op. cit. p. 120.

morais é domesticado, de certa forma, pelo caminho da institucionalização do direito, ou seja, a argumentação moral é limitada: a) metodicamente através da ligação com o direito vigente; b) objetivamente, em relação a temas e encargos de prova; c) socialmente, em relação aos pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis; d) temporalmente, em relação a prazos de decisão. De outro lado, porém, a argumentação moral também é institucionalizada como um processo aberto que segue a sua própria lógica, controlando sua própria racionalidade. A constituição jurídica não atinge tão profundamente o interior da argumentação, a ponto de ela ser freada nos limites do Direito positivo. O próprio direito permite e estimula uma dinâmica de fundamentação, a qual transcende o direito vigente de um modo não determinado por ele⁹⁴.

Nota-se que Habermas defende que haja um entrelaçamento entre Direito e moral, mas que essa moral seja procedimentalizada, ou seja, atue dentro dos limites dados pelo próprio Direito, de forma a servir de forma prática na interpretação e aplicação da norma.

Assim, a partir do momento em que se defende a influência da moral, no ordenamento jurídico, em conformidade com as ideias neoconstitucionalistas, a moral encontrar-se inserida no ordenamento jurídico através de princípios ou outras normas, sem oportunizar ao intérprete da norma que se utilize do argumento da moral para evadir-se do ordenamento.

Conforme já exposto, a partir do momento em que se aceita a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais, eles passam a ter aplicação imediata pelo intérprete da norma e, conseqüentemente, através deles, a moral passa a fazer parte do ordenamento jurídico.

Princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da moralidade administrativa inserem, no ordenamento jurídico, conceitos morais que até então estavam à margem do sistema jurídico e somente eram utilizados, caso o Magistrado, no exercício do poder discricionário, entendesse como necessário.

A participação da moral no Direito é aceita atualmente e tem sido aplicada em decisões, principalmente do Supremo Tribunal Federal, conforme será tratado no Capítulo 5 deste trabalho.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, V. 2, 2ª. Ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 218-219.

3 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ao mencionar as correntes neoconstitucionalista ou pós-positivista, elenca-se como uma de suas principais características a definição de um ordenamento jurídico formado de regras e princípios, concedendo-se aos princípios, desta forma, força normativa.

Torna-se importante, assim, demonstrar a importância de se conceder força normativa aos princípios e a imprescindibilidade de tal premissa.

3.1 O SISTEMA JURÍDICO FORMADO POR PRINCÍPIOS E REGRAS

Conforme já mencionado, a característica da normatividade é atribuída aos princípios quando se aceita a ideia de que o Sistema jurídico é formado de regras e princípios como espécies de normas.

No entanto, antes de aceitar-se a concepção de que os princípios integram o sistema jurídico, a concepção de que ele fosse formado apenas de regras preponderava. E, para se chegar a um consenso sobre a utilidade de se ter os princípios como integrantes do sistema jurídico, torna-se necessário, inicialmente, analisarmos as desvantagens e vantagens de um sistema formado apenas de regras para, posteriormente, analisar o sistema formado por princípios e regras e a força normativa daqueles.

O sistema jurídico formado apenas de regras traz, de maneira taxativa, a descrição da conduta e sua consequência jurídica e, caso surjam condutas que não foram abarcadas pelo sistema jurídico, concede ao Magistrado o poder discricionário de criar novas regras para colmatar as lacunas surgidas.

O modelo de regras do sistema jurídico é caracterizado por um enlace particular de vinculação e abertura. À medida que as regras determinam a decisão de um caso, o sistema de regras mostra uma medida máxima em vinculação. As regras determinam a decisão de um caso quando a decisão ou resulta logicamente delas juntamente com uma descrição indiscutível do fato, ou delas, em conjunto com uma descrição indiscutível do fato, sob emprego de regras asseguradas da metodologia jurídica, pode ser fundamentada coercitivamente. À medida que as regras não determinam a

decisão de tal maneira – e tanto conhecimentos da doutrina do método jurídico como o suceder cotidiano de casos duvidosos comprovam que isso é o caso em proporção considerável – deve o juiz, uma vez que ele, no modelo de regras, conforme a definição, somente por regras pode ser vinculado juridicamente, decidir sem qualquer vinculação jurídica. Ele tem, conforme isso, do outro lado das fixações feitas por regras, um poder discricionário juridicamente não vinculado, portanto, juridicamente livre que, se ele, no fundo, quer orientar-se por critérios, somente pode fazer isso por critérios extrajurídicos. Essa consequência poderia, no modelo de regras, somente por uma dação de leis ser evitada, sob a qual não existem mais casos duvidosos. A experiência histórica, como também reflexões lógicas, semânticas e metodológicas mostram, contudo, que uma tal dação de leis não é possível⁹⁵.

Dentro deste contexto, cabe constatar que a possibilidade de um sistema jurídico conseguir prever todas as condutas e suas consequências é impossível e a concessão ao Magistrado de poder discricionário frente às lacunas acarreta ao sistema evidente insegurança jurídica.

A possibilidade de o Magistrado extrapolar suas funções e criar a norma tem por consequência não só uma imensa insegurança jurídica, como também a criação da figura teratológica de um Juiz autoritário, com poderes ilimitados, em desconformidade com o Estado Democrático de Direito.

Evidente, portanto, que um sistema jurídico formado apenas de regras não está em consonância com a realidade jurídica contemporânea, pois a possibilidade do Magistrado exercer poder discricionário em um Estado Democrático de Direito é inadmissível.

Alexy, em sua obra **Direito, Razão e Discurso**⁹⁶, discorre sobre a possibilidade de termos um sistema formado somente por princípios, diante da ineficácia de um sistema formado apenas por regras.

No entanto, segundo o autor, o modelo de princípios puro iria, devido à sua indeterminação e “moleza”, contradizer exigências irrenunciáveis da certeza jurídica.

Um sistema formado de princípios e regras representa um sistema fechado, pois retira do Magistrado a possibilidade de exercer o poder discricionário diante de lacunas e, desta forma, evadir-se do sistema jurídico. Em contrapartida,

⁹⁵ ALEXY, Robert, **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 167.

⁹⁶ ALEXY, op. cit., p. 169.

concede ao Magistrado, quando se deparar com lacunas, a possibilidade de utilizar-se dos princípios inseridos no sistema para colmatá-las.

O sistema formado por princípios e regras teoricamente estaria em consonância com as ideias atuais de Estado Democrático de Direito. No entanto, este sistema enfrenta inúmeras críticas no meio jurídico.

Dentre as críticas realizadas ao sistema formado por princípios e regras, há aquelas que afirmam que esta teoria levaria à destruição da liberdade individual no sentido liberal.

A referida crítica, no entanto, é superada na medida em que a própria liberdade de fazer ou deixar de fazer o que se quer pode ser regulamentada por princípio.

O princípio da liberdade jurídica exige um estado de regulação jurídica, no qual o mínimo possível é ordenado e proibido. O problema decisivo é o grau de cumprimento ótimo desse princípio perante princípios em sentido contrário⁹⁷.

Outra crítica realizada ao sistema formado por princípio e regras é o temor de que a teoria dos princípios leve à transposição do poder dos parlamentos para os tribunais.

A mencionada crítica também é superada, pois cabe ressaltar que o sistema jurídico formado por princípios e regras é constituído por princípios materiais (quanto ao conteúdo) e formais (procedimentais) e, inserido dentre os princípios formais, tem-se aquele que limita o poder dos tribunais às normas constitucionais.

Um princípio formal central é o do poder de decisão do dador de leis legitimado democraticamente. Esse princípio exclui a ideia que o sistema jurídico-ordinário total nada mais tem de ser que o conhecimento correto daquilo que os princípios constitucionais exigem. Ele cuida, juntamente com outros princípios procedimentais, de uma autonomia relativa do direito legislado ordinário e é fundamento essencial para os numerosos espaços que o tribunal constitucional federal deixa ao dador de leis⁹⁸.

Uma terceira crítica ao sistema formado por princípios e regras é que, na realidade, este sistema representaria uma falsa unidade, pois a amplitude de

⁹⁷ ALEXY, op. cit., p. 169.

⁹⁸ ALEXY, op. cit., p. 170.

fundamentação dos princípios significaria somente que sempre há uma solução para lacunas e, no lugar de se criar uma lacuna de abertura, por meio da concessão do poder discricionário ao Magistrado, seria criada uma lacuna de indeterminação, causada por uma abundância de princípios.

A crítica referida acima poderia ser refutada se fosse possível uma ordem de princípios que levassem, em cada caso, a um resultado. No entanto, esta ideia é inviável diante do problema de metragem dos pesos e intensidades de realização dos princípios.

As informações sobre pesos dos princípios variam em conformidade com os casos apresentados e não há como realizar uma previsão rigorosa sobre qual princípio aplicar em cada caso.

Alexy, na tentativa de criar um sistema jurídico perfeito, adiciona ao sistema de princípios e regras um procedimento de aplicação de regras e princípios o qual denomina modelo-regra/princípio/procedimento.

Pressuposto do modelo-três-planos é que um procedimento assegurador de racionalidade é possível, que pode ser acrescentado ao plano das regras e dos princípios com o objetivo de fechar suas lacunas. Se essa possibilidade existe, então, em vista da razoabilidade, já exposta, da pertinência tanto de regras como de princípios ao sistema jurídico, o modelo-regra/princípio/procedimento é aquele modelo do sistema jurídico, que assegura um máximo de razão prática no direito e, por esse fundamento, é digno de preferência perante todos os outros modelos⁹⁹.

O modelo defendido por Alexy refere-se a um procedimento assegurador de racionalidade da aplicação do Direito que denomina teoria da argumentação jurídica. A mencionada teoria apresenta como tarefa a razoabilidade da pertinência ao sistema jurídico, tanto de regras como de princípios. A ideia seria a criação de regras de método que assegurassem a vinculação ao sistema jurídico.

Diante da impossibilidade de se prever todas as condutas e seus resultados, dentro do ordenamento jurídico, surge a necessidade de se criar um procedimento de aplicação do Direito, assegurador de racionalidade, surgindo, desta forma, a questão da fundamentabilidade racional de juízos de valor.

⁹⁹ ALEXY, op. cit., p. 173.

Para o modelo-três planos isso significa que cada um dos três planos propicia, no total, uma contribuição necessária para a racionalidade do sistema jurídico. Cada um dos três planos mostra déficits que, considerados isoladamente, são graves. Sua união não leva esses ao desaparecimento, leva, porém a uma medida alta de compensação mútua. Pode ser presumido que, sob condições humanas, mais em razão prática, no direito, não é possível.

Ponto de partida das reflexões aqui feitas foi a controvérsia entre legalismo e constitucionalismo. Com o modelo-três-planos do sistema jurídico, de modo nenhum todas as questões, nesse litígio, estão decididas. Certamente, porém, está obtida uma linha fundamental. Deve ser excluído um legalismo orientado por regras rigorosamente. A presença de princípios e, com isso – em outra terminologia –, de valores no sistema jurídico é, por fundamentos de racionalidade prática, irrenunciável. Em um estado constitucional democrático, os princípios, de modo nenhum, têm somente, contudo, em uma boa parte, seu lugar jurídico-positivo na constituição. A autonomia do direito legislado ordinário, como isso, não se perde. Ela converte-se no modelo-três-planos em um problema de ponderação entre o princípio formal do poder de decisão do dador de leis, legitimado democraticamente, e princípios constitucionais materiais. Os resultados dessa como também de outras ponderações são fundamentais racionalmente. Tudo isso é um argumento para isto, que um constitucionalismo moderado é aquela concepção do sistema jurídico que é capaz de realizar uma medida máxima de razão prática¹⁰⁰.

Assim, Alexy posiciona-se no sentido de que os princípios necessariamente devem integrar o sistema jurídico, assim como as regras, pois um sistema formado apenas de princípios traria indeterminação e “moleza”, já um sistema formado apenas de regras, violaria a segurança jurídica na medida em que concede ao Magistrado poder discricionário.

No entanto, segundo o referido autor, ao sistema formado de princípios e regras deve-se acrescentar um procedimento que assegure a racionalidade da aplicação do Direito, sanando assim o problema da indeterminação dos princípios, que geraria uma unidade apenas aparente do sistema.

Alexy apresenta a ideia de um constitucionalismo moderado, de um sistema jurídico em que a razão é preponderante.

Diante das críticas realizadas ao sistema formado de regras e princípios, o sistema sugerido por Alexy, formado de regras, princípios e por um procedimento garantidor de racionalidade, parece ser o que melhor atende as necessidades atuais.

¹⁰⁰ ALEXY, op. cit. p. 175.

A teoria defendida por Alexy, na medida em que mantém os princípios e regras no sistema jurídico e, através da inserção de um procedimento assegurador de racionalidade, garante a unidade do sistema, sanando o problema da indeterminação dos fundamentos dos princípios, vinculando-os racionalmente ao sistema jurídico, o que parece a princípio ideal.

3.2 A IMPORTÂNCIA DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Conforme exposto nos capítulos anteriores, atualmente a ideia de um ordenamento jurídico, formado de regras e princípios, é aceita por grande parte dos doutrinadores e aplicadores do Direito.

Os princípios ficaram à margem do ordenamento por um longo período e eram vistos apenas como instrumento de apoio no instante de aplicação das normas.

O ordenamento jurídico formado apenas de regras tinha caráter precipuamente mecanicista e instrumental, sem dar vazão à moral e a conceitos de justiça inseridos atualmente pelos princípios.

A partir da Constituição Federal Brasileira de 1988, diante de uma nova realidade histórica, os princípios passaram a integrar o ordenamento jurídico e a serem vistos como norma.

A Constituição conquista o título de Carta Suprema e adquire lugar no topo do ordenamento jurídico e, em consequência deste novo *status*, todas as leis devem estar em conformidade com ela.

Os princípios, como normas constitucionais, desempenham papel de extrema relevância e também servem como limite às leis, que devem estar em conformidade com aqueles.

Em primeiro lugar, mudam as condições de validade das leis, dependentes não somente da forma de sua produção, mas também da coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais. A existência (a vigência) das normas, que no paradigma paleo-iuspositivista se faz dissociado da justiça, se dissocia agora também da validade, sendo possível que uma norma formalmente válida, e por consequência vigente, seja substancialmente

inválida pelo contraste de seu significado como norma constitucionais, como por exemplo o princípio da igualdade ou os direitos fundamentais tradução nossa¹⁰¹.

Os princípios resgatam no ordenamento jurídico a ideia de moral e a concepção de Justiça, pois possibilitam que o intérprete da norma não desenvolva papel apenas de identificar a norma aplicável e fazê-la incidir sobre os fatos levados à sua apreciação.

Os princípios, reconhecidos como norma, possibilitam ao intérprete que realize uma interação texto / realidade, não estando vinculado apenas ao enunciado normativo, podendo utilizar-se de princípios para decidir em conformidade com as necessidades atuais.

No entanto, em que pese todas as vantagens advindas da inserção dos princípios como norma no ordenamento jurídico, a ideia de atribuir-lhes força normativa ainda encontra grande resistência.

Inúmeros princípios de elevada relevância, inseridos na Constituição Brasileira, não são cumpridos devidamente, pois, para muitos, é necessária a criação de regras para que sejam aplicados.

Muitos Magistrados, arraigados a um sistema falido, sustentam suas decisões em regras mecanicistas, burocráticas e, muitas vezes, fazem uso até mesmo do poder discricionário que lhes era concedido no sistema positivista.

Sob o argumento de que os princípios são vagos, que violam a segurança jurídica, os Tribunais omitem-se diante de injustiças cotidianamente praticadas e deixam de utilizar princípios brilhantemente inseridos na Constituição, que visam garantir a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a saúde, a cidadania, dentre outros direitos fundamentais.

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (ed). **Neoconstitucionalismo (s)**. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 18. Texto original: Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que em ele paradigma paleo-iuspositivista se había dissociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, sien posible que una norma formalmente válida, y por conseguinte vigente, sea sustancialmete inválida por el contraste de su significado como normas constitucionales, com por ejemplo el principio de igualdade o los derechos fundamentales.

O amplo conjunto de normas, inseridos na Constituição Federal de 1988, evidencia uma “sociedade ideal”, garantindo às pessoas todos os seus direitos fundamentais, trazendo mecanismos de proteção a estes direitos.

No entanto, a Carta Constitucional retrata uma realidade longínqua, o sistema judiciário moroso e Magistrados com formação retrógrada inviabilizam a aplicação das normas constitucionais em sua plenitude.

Timidamente, presencia-se algumas mudanças no Sistema Judiciário, os princípios constitucionais são paulatinamente utilizados em decisões esparsas. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, consolidando a normatividade dos princípios, em inúmeros casos polêmicos, tem aplicado aqueles como norma (trataremos destes casos e suas especificidades de forma aprofundada no Capítulo V deste trabalho.

Mas a normatividade dos princípios constitucionais fundamentais ainda está longe de ser aceita em sua perfeição. Há um longo caminho a ser percorrido até que os princípios sejam aceitos e efetivamente aplicados como norma.

4 O PODER JUDICIÁRIO NO NEOCONSTITUCIONALISMO E O PAPEL DO JUIZ COMO INTÉRPRETE DA NORMA

Com a ideia de inserção dos princípios no sistema jurídico como normas, ganha relevo a questão da interpretação, realizada pelos Magistrados aos princípios constitucionais.

Pois, quando se entende que o Magistrado não usufrui de discricionariedade, cabe a este interpretar e aplicar os princípios constitucionais, não só quando se depara com lacunas ou casos difíceis, mas também quando se defronta com leis contrárias a eles.

No momento em que se defende a possibilidade do Magistrado aplicar os princípios constitucionais de forma imediata, sem regulamentação legal, ou declarar uma lei inconstitucional quando estiver em desconformidade com algum princípio constitucional, seu papel ganha relevância.

No entanto, esta possibilidade de interpretação dos princípios pelos Magistrados não é pacífica, conforme será mencionado na sequência.

4.1 A INTERPRETAÇÃO

A interpretação constitucional na doutrina é dividida em duas correntes, as interpretativas e as não interpretativas.

As interpretativas consideram que os Juízes, ao interpretarem a Constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Carta Magna, ou, pelo menos, nela claramente implícitos¹⁰².

De acordo com o interpretativismo, a competência dos Juízes deve limitar-se ao texto expresso da Constituição. Tais limites são postulados pelo princípio democrático que prega que a decisão judicial não deve substituir a decisão política legislativa da maioria democrática.

¹⁰² CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1195.

O poder político democrático é o valor fundamental da constituição e, conseqüentemente, o poder de fiscalização dos atos do legislativo pelo judicial deve ser sempre considerado como um mecanismo excepcional.

A Constituição, segundo a corrente interpretativa, tem função primordial de estabelecer procedimentos e competências dos órgãos e não fixar fins ou conteúdos substantivos, como, por exemplo, a liberdade e a justiça, a Constituição tem função de instrumento de governo.

A corrente não interpretativista defende a possibilidade e a necessidade de os Juízes aplicarem e invocarem valores e princípios de liberdade e da justiça contra atos da responsabilidade do legislativo que estejam em desconformidade com a Constituição.

Para os defensores do sentido substancial da constituição deve apelar-se para os *substantive values* – justiça, igualdade, liberdade – e não apenas e prevalentemente para o princípio democrático, a fim de permitir aos juizes uma competência interpretativa. Na performativa formulação de um dos autores mais representativos de “significado substancial da constituição” – R. Dworkin -, os pontos de partida são os seguintes: (1) a soberania da constituição, pois o direito da maioria é limitado pela constituição, quer quando existem regras constitucionais específicas (como exigem os interpretativistas) quer quando as formulações constitucionais se nos apresentam sob a forma de “standards” (conceitos vagos); (2) a objectividade interpretativa não é perturbada pelo facto de os juizes recorrerem aos princípios da justiça, da liberdade e da igualdade, ou até a outros conceitos (religião, liberdade de imprensa) ancorados num determinado *ethos* social, pois a interpretação da constituição faz-se sempre tendo em conta o texto, a história, os precedentes, as regras de procedimento, as normas de competência que, globalmente considerados, permitem uma atividade interpretativa dotada de tendencial objectividade; (3) de resto, a interpretação substancial da constituição deve perspectivar-se em moldes diferentes dos proclamados pelas teorias interpretativas: o direito não é apenas o “conteúdo” de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por princípios jurídicos abertos como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juizes¹⁰³.

Em conformidade com o já exposto nos capítulos anteriores, a corrente não interpretativa corresponde mais adequadamente aos anseios atuais, encontrando-se em consonância com uma Constituição formada de regras e princípios e com um regime democrático de Direito, no qual conceitos como

¹⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1197.

igualdade, dignidade e liberdade integram o ordenamento jurídico e devem compor as decisões judiciais.

A corrente interpretativa, na medida em que tem por prioridade estabelecer competências e procedimentos de órgãos, não responde às necessidades da sociedade contemporânea, encontrando-se obsoleta, pois deixa de considerar princípios de justiça e moral imprescindíveis no sistema jurídico atual.

Semelhante à controvérsia entre a corrente interpretativa e a não interpretativa é a polémica da doutrina alemã em relação aos chamados “métodos de interpretação da constituição”, descritos por Canotilho, em sua obra **Direito constitucional e teoria da Constituição**.

Segundo o **método científico-espiritual** (Smend) a interpretação da constituição não pode separar-se da ideia de constituição como “ordem de valores”, cujo sentido só pode captar-se através de um método que tenha em conta não apenas o “texto”, mas também os conteúdos axiológicos últimos da ordem constitucional. (...)

De acordo com o método jurídico (Forsthoff), a interpretação da constituição não se distingue da interpretação de uma lei e, por isso, para se interpretar o sentido da lei constitucional devem utilizar-se as regras tradicionais da interpretação¹⁰⁴.

Também aqui o método científico-espiritual corresponde mais adequadamente aos anseios contemporâneos, pois defende a inserção, na prática jurídica, de conteúdos axiológicos inseridos no texto constitucional.

4.2 O JUIZ COMO INTÉRPRETE DA NORMA:

Com a interpretação constitucional prevalente no sistema atual, não há que se falar necessariamente da falência do sistema antigo, fundado na aplicação de regras, ao contrário disso, continuam as regras a desempenhar papel relevante, mas não suficiente.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

No entanto, o entendimento de que as normas jurídicas possuem sempre um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem, foi superado. O intérprete da norma não desempenha mais o papel de mero revelador de conteúdo preexistente.

Ao intérprete, em conformidade com a nova interpretação constitucional, cabe adequar as normas com a Constituição.

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido¹⁰⁵.

Na interpretação tradicional, cabia ao intérprete desempenhar a função técnica de identificar a norma aplicável, de revelar o seu sentido e fazê-la incidir sobre os fatos do caso levado a sua apreciação. De acordo com este sistema, acreditava-se na neutralidade do intérprete e na objetividade da atividade interpretativa.

Na interpretação constitucional contemporânea, defende-se a ideia de que a norma não se confunde com o enunciado normativo, sendo produto da interação texto / realidade. Assim, não existe norma em abstrato, somente norma concretizada.

Por fim, a dogmática contemporânea já não aceita o modelo importado do positivismo científico de separação absoluta entre sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado. O papel do *intérprete* não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Como consequência inevitável, sua pré-compreensão

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis (org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 332.

do mundo – seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente – irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões. Registre-se que juízes e tribunais são os intérpretes finais da Constituição e das leis, mas não são os únicos. Boa parte da interpretação e aplicação do Direito é feita, fora de situações contenciosas, por cidadãos ou por órgãos estatais¹⁰⁶.

A nova forma de interpretação nasce em decorrência do surgimento de novas circunstâncias. Em um Estado Democrático de Direito, torna-se necessário que o Magistrado, ao aplicar a norma, leve em consideração elementos como o interesse social, ordem pública e moralidade, dentre outros trazidos pela Constituição.

De acordo com as ideias inseridas pelas correntes neoconstitucionalistas, o Poder Judiciário passa a exercer o papel de protagonista, pois o Magistrado é concebido como guardião do texto constitucional. Cabe aos Magistrados garantir a aplicação dos princípios constitucionais previstos na Constituição Federal e não mais limitarem-se a aplicar regras de maneira automática.

Importante distinguir que não se concede ao Magistrado poderes que o legitimam a criar normas; cabe a ele apenas limitar-se a um contexto já existente no momento de proferir suas decisões.

O papel primordial exercido pelo Magistrado é o de reconhecer os princípios como normas e utilizá-los como tal, sem, no entanto, extrapolar o ordenamento jurídico.

O Magistrado, quando se depara com lacunas ou percebe que as regras a serem aplicadas ao caso concreto não respondem adequadamente às aspirações de justiça, deve valer-se dos princípios constitucionais e aplicá-los como norma, garantindo a plenitude dos direitos fundamentais.

Nesse novo marco, os juízes não podem ficar reduzidos à “boca inanimada da lei”, devendo lhes ser exigido que ao dizerem o direito (iurisdictio) também digam o direito constitucional e não somente o legal, ainda que nessa função no lugar de encomendá-la aos juízes ordinários se criam ou “inventam” juízes especiais ou constitucionais, cuja tarefa específica é tornar a Constituição um limite a toda decisão e produção normativa. Esse

¹⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 309.

controle de constitucionalidade jurisdicional não coincide com o que havia previsto e protagonizado Kelsen na primeira parte do século XX, tendo em vista que não se reduz a ser um legislador negativo, reduzido a controlar formas e procedimentos, uma vez que avança sobre o conteúdo material ou substancial das leis, tudo que resulta potencializado ao teor de que os textos constitucionais – apesar das advertências kelsenianas estão carregados de referências axiológicas¹⁰⁷.

No contexto positivista, o Magistrado deveria restringir-se às regras, pois, princípios não eram vistos como norma. Com as ideias das correntes neoconstitucionalistas, por meio do fortalecimento da Constituição, atribuiu-se força normativa aos princípios, e ao Magistrado cumpre o papel de utilizar-se dos princípios como norma no instante de decidir.

No entanto, no Brasil, conforme já mencionado, ainda é tímida a aplicação plena dos princípios constitucionais como norma pelo Judiciário. Não se sabe ao certo se pela própria formação dos juízes, que em sua grande maioria, se formaram e foram socializados sob a égide do paradigma jurídico anterior, voltado para os Códigos e para a letra da lei, ou se pelo temor de inovar e aplicar novos padrões jurídicos.

Em contrapartida, a descrença da população em relação à política, que diariamente depara-se com falcatruas dos gestores públicos e parlamentares, transfere ao Poder Judiciário o dever de aplicar a Constituição.

O Juiz passa a exercer o papel também de intérprete da Constituição para poder aplicá-la em sua plenitude, garantindo a aplicação de todos os princípios inseridos em seu texto.

Eros Grau, em sua obra, citando Jean Shmidt, discorre sobre o importante papel de interpretação do juiz, que extrai os princípios da lei mediante interpretação. Os princípios nascem da interpretação e surgem como resultado da assimilação, por um jurista, de um conjunto de textos – leis e jurisprudência inter-relacionados, ligados entre si pela vontade do jurista.

¹⁰⁷ VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalização e neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Março de 2008 – Vol. 3. n.1. retirado do site. www.ufsm.revistadireito/index.html. em 10 de julho de 2011.

Buscando uma noção científica de princípio, portanto, estranhas aos seus domínios, afirma que os princípios são extraídos da lei mediante a interpretação, consubstanciando as ideias de base do direito, das instituições ou dos textos que os compõem. Nascendo da interpretação e surgindo como o resultado da assimilação, por um jurista, de um conjunto de textos – leis e jurisprudência inter-relacionados- ligados entre si pela vontade deste jurista, os princípios são relativos, refletindo, seus conteúdos, a personalidade do intérprete. É importante notar que para Schmidt, a personalidade do intérprete é decisiva na formulação de cada princípio de modo que cada princípio será resultado da assimilação de um texto (ou de textos) por um homem. O princípio é sugerido pelo texto, mas o intérprete aporta a ele uma parte de si; o temperamento de cada jurista se integra ao que se extrai do texto para forma o princípio (“le tempérament de chaque juriste s’intègre à ce qui dégage du texte, pour former le principe”). Então, o princípio é uma idéia, base de um texto, que nasce da interpretação, ao mesmo tempo intuição e método, e que surge como o resultado da assimilação de um texto por um jurista¹⁰⁸.

Para Jean Schmidt, o princípio reflete a personalidade do intérprete, o temperamento de cada jurista. No entanto, não se pode olvidar de que o intérprete encontra-se necessariamente vinculado aos textos normativos.

No instante em que se refere à interpretação, deve-se agir com cautela, de maneira a se restringir ao Juiz apenas como intérprete vinculado ao ordenamento jurídico e não como árbitro apto a criar a norma.

Logicamente que não se pode fugir da ideia de que o Magistrado, quando interpreta os princípios, não deixa de lado seu papel como ser humano, influenciado pelo meio social, por sua vivência e sua cultura.

Não há como afirmar a existência de um Juiz totalmente alheio às influências de seu meio social, mas é imprescindível ressaltar sempre a necessidade da interpretação ser realizada, em conformidade com os textos normativos de maneira racional, segundo o modelo de sistema sugerido por Alexy, em sua obra **Teoria da argumentação jurídica**.

O Magistrado está encarregado de retirar os princípios do texto constitucional e levá-los à realidade, no entanto, o papel do Magistrado não é o de interpretar e criar o direito de maneira discricionária, mas apenas interpretá-lo e aplicá-lo em conformidade com o ordenamento jurídico.

¹⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 142,

4.2.1 O Juiz Hércules de Dworkin

Acompanhando a ideia de Juiz, mencionada no item acima, Dworkin cria a figura do Juiz Hércules, ou seja, um Juiz de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas.

Elencando inúmeras situações fáticas hipotéticas, Dworkin realiza algumas ponderações de como o Juiz Hércules posiciona-se diante de casos difíceis, surgidos naquelas situações.

Na primeira situação fática, Dworkin descreve um caso em que o poder legislativo aprova uma lei que pretende assegurar o transporte escolar gratuito às crianças das escolas paroquianas. Neste mesmo contexto, Dworkin traz a informação de que, supostamente, na jurisdição de Hércules, existe uma norma constitucional que determina que nenhuma lei será válida se institucionalizar uma religião.

Cabe assim a Hércules decidir se a concessão institucionaliza uma religião e se a criança tem direito à utilização do ônibus.

Para tomar sua decisão, Hércules deve fundamentar-se no sistema constitucional como um todo e, posteriormente, verificar qual regra se harmoniza melhor com o sistema constitucional.

Em algum momento de sua carreira, Hércules deve, portanto, examinar a questão não apenas como um problema de ajustamento entre uma teoria e as regras da instituição, mas também como uma questão de filosofia política. Ele deve decidir qual concepção é a elaboração mais satisfatória da ideia geral de liberdade religiosa. Deve decidir esta questão porque, de outro modo, não poderá levar muito adiante o projeto que iniciou. Não poderá responder, com detalhes suficientes, qual é o sistema político que a Constituição estabelece¹⁰⁹.

A segunda situação elencada por Dworkin refere-se ao caso de um homem que levou uma jovem a acreditar que era seu dever religioso fugir com ele, em violação a uma ordem judicial, para consumir aquilo que ele chamou de casamento celestial. Na jurisdição de Hércules, uma lei estabelece que é crime

¹⁰⁹ DWORKIN, op. cit., p. 167.

federal transportar, com conhecimento de causa, em nível interestadual, qualquer pessoa que tenha sido capturada, confinada, sequestrada, enganada, atraída por artimanhas, raptada ou levada à força por quaisquer meios. A referida lei foi aprovada após um famoso caso de sequestro, com o intuito de permitir que autoridades federais pudessem se juntar à perseguição dos sequestradores.

Diante do caso mencionado acima, cabe a Hércules decidir se a lei referida é ou não aplicada. Hércules deve analisar a vontade do legislativo no instante de promulgação da lei e, dentro deste contexto, verificar se o caso em tela se molda às intenções do legislador. Se o legislador teve à intenção de prever apenas casos de crimes graves, Hércules não aplicará a lei referida.

A terceira situação trazida por Dworkin trata-se do caso Spartan Steel. O autor da ação não pretendia que a lei lhe desse o direito de ser indenizado por prejuízos econômicos; na verdade, invocava certas decisões judiciais anteriores que concediam compensações por outros tipos de dano e sustentava que o princípio por trás desses casos também exigia uma decisão favorável no seu próprio caso.

Questiona-se, dessa forma, se as decisões anteriores de direito costumeiro, tomadas pelo tribunal de Hércules, quando devidamente compreendidas, dão a alguma das partes o direito a uma decisão favorável.

Para tomar qualquer decisão a respeito do questionamento referido acima, Hércules inicialmente deve ater-se a um juízo de equidade, ou seja, a força de decisões anteriores somente será levada em conta se for justa no caso concreto. O fato de existirem decisões anteriores não significa que o Juiz deverá decidir da mesma forma em decisões semelhantes.

Assim, ao definir a força gravitacional de um precedente específico, Hércules só deve levar em consideração os argumentos de princípio que justificam esses precedentes¹¹⁰.

Ao tomar sua decisão, Hércules deve demonstrar que ela encontra-se em consonância com princípios estabelecidos constitucionalmente e que não tomou sua decisão com base em critérios políticos.

Dworkin menciona como Hércules deve proceder:

¹¹⁰ DWORKIN, 2010, Op. cit. p. 179.

Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas¹¹¹.

Nas decisões jurídicas que Hércules deve justificar pode-se distinguir uma ordenação vertical e outra horizontal. A ordenação vertical é fornecida por diferentes estratos de autoridade, isto é, estratos nos quais as decisões oficiais poder ser consideradas como controles das decisões tomadas em níveis inferiores.

Hércules deve organizar a justificação de princípio em cada um desses níveis, de tal modo que ela seja consistente com os princípios que fornecem a justificação dos níveis mais elevados.

A ordenação horizontal requer apenas que os princípios que devem justificar uma decisão, em um nível, devem ser também consistentes com a justificação oferecida para outras decisões no mesmo nível¹¹².

Os casos elencados por Dworkin demonstram as atitudes de um juiz em conformidade com um Estado Democrático de Direito. Um juiz que decide com base no sistema constitucional como um todo, levando em consideração todas as suas normas como unidade; um juiz que procura interpretar a lei em conformidade com a vontade do legislador, no instante de sua promulgação; um Juiz que não se utiliza de critério políticos para decidir.

O Juiz referido acima encontra-se em congruência com as ideias propagadas pelas correntes neoconstitucionalistas e em conformidade com um sistema jurídico que reconhece os princípios constitucionais como normas, aplica-os como tal e não admite a concessão do poder discricionário ao Magistrado, conforme será tratado de forma mais detalhada no próximo tópico.

4.2.2 A Discricionariedade do Juiz no Neoconstitucionalismo:

¹¹¹ DWORKIN, 2010. Op. cit. p. 182.

¹¹² Idem, p. 183.

Segundo Dworkin, o poder discricionário existe quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. Assim, o poder discricionário sempre será em relação a uma determinada autoridade.

Dworkin classifica ainda o poder discricionário no sentido fraco e forte. O fraco é utilizado quando o contexto não é por si só esclarecedor, ou seja, é vago, deixando margem à autoridade para que use sua capacidade de julgar, não a utilizando de maneira automática. O sentido fraco pode ser utilizado, também, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que ela não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário.

No sentido forte, o poder discricionário é utilizado para afirmar que, em certos assuntos, o funcionário não está limitado pelos padrões da autoridade em questão, e a expressão poder discricionário é utilizada não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem tem a palavra final, na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar.

Às vezes usamos “poder discricionário” não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão. Nesse sentido, podemos dizer que um sargento tem um poder discricionário quando lhe for dito para escolher quaisquer cinco homens para uma patrulha ou que um juiz de uma exposição de cães tem o poder discricionário de avaliar os airedales antes dos boxers, caso as regras não estipulem uma ordem para esses eventos¹¹³.

A corrente positivista formulada por Hart, conforme exposto no item 2.2.1, atribui aos juízes poder discricionário no sentido forte, pois o juiz, quando esgota as regras à sua disposição, possui o poder discricionário no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei, ou seja, o juiz não está vinculado a padrões jurídicos.

¹¹³ DWORKIN, op. cit., p. 52.

No positivismo, atribuí-se ao Magistrado poder discricionário diante de lacunas e “casos difíceis”, com capacidade de criar normas, extrapolar o ordenamento jurídico e criar uma norma para ser aplicada ao caso concreto.

Note-se bem que muitas vezes se afirma a discricionariedade judicial exclusivamente para afirmar que os juízes (intérpretes autênticos) são os últimos aplicadores do direito (suas decisões não podem ser corrigidas, fazem coisa julgada), ou para afirmar que as normas jurídicas não são aplicadas mecanicamente, reclamando um intérprete; ou ainda, para dizer que os juízes devem suprir lacunas do direito, quando se manifestem. Nada disso, contudo, é discricionariedade (= juízo de oportunidade); tudo isso é interpretação (= juízo de legalidade)¹¹⁴.

Hart, em sua corrente positivista, ao conceder ao Magistrado o poder discricionário, cria enorme insegurança jurídica e acaba até mesmo por conceder ao Juiz um papel sobre-humano, ou seja, um juiz à margem do ordenamento jurídico, não sujeito a regras e incapaz de erros.

A doutrina neoconstitucionalista retira do Magistrado o poder discricionário, ele não age com discricionariedade quando se depara com lacunas, não pode produzir normas livremente, encontrando-se sempre vinculado ao ordenamento jurídico, aos textos normativos.

Em que pese alguns doutrinadores, ao se referirem ao papel de intérprete do juiz, mencionarem a discricionariedade, tal menção é equivocada, pois o juiz, quando interpreta a lei, apenas realiza um juízo de legalidade, vinculado às normas e não de oportunidade como na discricionariedade.

Eros Grau faz oportuna distinção entre o juízo de discricionariedade e de legalidade:

Além disso, outra razão me impede a repudiar o entendimento de que o intérprete autêntico atua no campo de uma certa discricionariedade. Essa razão repousa sobre a circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação de juízos de oportunidade – porém, exclusivamente, de juízos de legalidade. Ainda que não seja o juiz meramente a boca que pronuncia as palavras da lei, como se vê do quanto até este ponto venho expondo, sua função – dever – poder – está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). Interpretar o direito é formular juízos de legalidade. A discricionariedade é exercitada em campo onde se formulam juízos de oportunidade (= escolha entre indiferentes jurídicos),

¹¹⁴ GRAU, op. cit., p. 214.

exclusivamente porém quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação.”

Segundo o Ministro Eros Grau, no juízo de legalidade, o intérprete está vinculado ao texto normativo.

O que se tem denominado de discricionariedade judicial é poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos¹¹⁵.

Mesmo quando o intérprete, ao se deparar com dois princípios colidentes, necessita atribuir-lhe pesos, ainda assim, age conforme o juízo de legalidade, vinculado aos textos normativos, jamais agindo discricionariamente.

Importante retomar o sistema sugerido por Alexy, no qual o Magistrado está sempre vinculado racionalmente ao sistema jurídico.

Eros Grau apresenta, em sua obra, a única hipótese no direito brasileiro que o Juiz está autorizado a agir com discricionariedade, expressamente prevista, no artigo 1.109 do Código de Processo Civil, a possibilidade do juiz evadir-se de critério de legalidade.

A única hipótese dentro da qual no direito brasileiro pode ser exercitada a discricionariedade judicial é a expressamente prevista no art. 1.109 do Código de Processo Civil, que, tratando dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, estabelece que: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente e oportuna”. Ainda assim – e embora não esteja o juiz, na jurisdição voluntária, a dirimir conflito ou controvérsia – entende a doutrina que essa discricionariedade é para ser exercida exclusivamente em termos de atividade processual, jamais de modo a afetar o direito material¹¹⁶.

A nova ordem constitucional concede ao Magistrado mecanismos para que não necessite utilizar-se do poder discricionário. Assim, quando o Magistrado

¹¹⁵ GRAU, op. cit., p. 215.

¹¹⁶ Idem. p. 217.

depara-se com “casos difíceis” ou colisão de princípios, fenômeno natural com a inserção dos princípios como norma no ordenamento jurídico, ele pode utilizar-se da ponderação e da argumentação.

4.2.3 A Técnica da Ponderação

Durante um longo período, o Magistrado, ao aplicar a norma, utilizou-se da técnica da subsunção, ou seja, a aplicação da norma ao caso concreto e, quando ele se deparava com um caso concreto que não se subsumia a uma norma, utilizava-se do poder discricionário conferido, a ele conforme já tratado anteriormente.

No entanto, diante das ideias do novo contexto jurídico, pela nova ordem constitucional, a possibilidade do Magistrado utilizar-se de poder discricionário não é aceita e viola a segurança jurídica.

Assim, o Magistrado, no instante em que se encontra diante de uma lacuna do direito, pode utilizar-se dos princípios constitucionais para colmatá-la.

Ocorre que com a inserção dos princípios constitucionais como norma, devido às suas características abstratas, a colisão entre estes se torna usual.

Rotineiramente, o Magistrado depara-se com a possibilidade de aplicação de mais de um princípio constitucional a um mesmo caso concreto.

No entanto, em razão do princípio da unidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais, tornou-se necessário desenvolverem-se técnicas capazes de solucionar a colisão entre princípios de maneira racional, dentre elas a técnica da ponderação.

A técnica da ponderação pode ser descrita como um processo de três etapas, conforme descrito por Luís Roberto Barroso em, sua obra **Curso de Direito constitucional contemporâneo**¹¹⁷.

Na primeira etapa, tem o intérprete a função de detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre

¹¹⁷ BARROSO, 2009, op. cit., p.334.

elas. Nesta mesma etapa, os diversos fundamentos normativos são agrupados em função da solução que estejam sugerindo.

Na segunda etapa, ao intérprete cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos.

Finalmente, na terceira etapa, ocorre a ponderação. O intérprete analisa os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos no caso concreto de forma conjunta, apurando-se o peso que deverá ser atribuído aos diversos elementos em disputa, verificando o grupo de normas que irá preponderar no caso concreto.

Na sequência, considerando-se a possibilidade de aplicarem-se os princípios em maior ou menor grau, devido à sua natureza e estrutura, decide-se o quão intensamente este grupo de normas deve prevalecer sobre os demais, ou seja, após se decidir a solução a ser aplicada, decide-se qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada.

Assim, a técnica da ponderação, após a inserção dos princípios constitucionais no sistema jurídico como norma, mostra-se como uma necessidade.

No entanto, ao realizar a ponderação, o intérprete muitas vezes utiliza-se de avaliações de caráter subjetivo. A ponderação, em que pese preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de determinada situação, não fornece critérios materiais ou axiológicos para a valoração a ser feita, podendo ensejar insegurança jurídica.

Com o intuito de superar este problema, a doutrina tem se empenhado em desenvolver alguns elementos com o intuito de garantir a segurança jurídica.

Luís Roberto Barroso elenca alguns destes elementos trazidos pela doutrina em diversas obras:

De fato, para que as decisões produzidas mediante ponderação tenham legitimidade e racionalidade, deve o intérprete:

a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador;

b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas;

c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos¹¹⁸.

A ponderação, conforme descrito, acaba por utilizar-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para promover a concordância prática entre os direitos em conflito.

Outro elemento que deve ser utilizado pelo intérprete, no instante em que este não pode se socorrer da subsunção da norma ao caso concreto, é a argumentação jurídica, pois pode demonstrar analiticamente a construção de seu raciocínio.

4.2.4 A Argumentação Jurídica:

Alexy¹¹⁹, em sua obra **Teoria da argumentação jurídica**, discorre minuciosamente sobre o método da argumentação jurídica e sobre a interpretação feita pelo juiz. Neste tópico, procura-se realizar uma breve síntese da referida teoria, pois não é este o tema central do trabalho.

Alexy inicia sua obra referindo-se àquelas situações, já descritas anteriormente, em que o intérprete não encontra uma regra que se subsuma ao caso concreto.

Quando o intérprete depara-se com uma situação que não pode ser fundamentada pelas regras já postas, no sistema jurídico, cabe a ele escolher entre várias soluções, a partir de normas jurídicas, regras metodológicas e enunciados de sistemas jurídicos não determinados ulteriormente. Conforme Alexy, o intérprete, ao realizar tal escolha, realiza um juízo de valor.

O intérprete, ao realizar este juízo de valor, deve se orientar em um sentido juridicamente relevante e de acordo com valorações moralmente corretas. Deve-se sim exigir um modelo que, por um lado, permita levar em conta as

¹¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo**. op. cit., p. 337.

¹¹⁹ ALEXY, 2005, op. cit., p. 37.

convicções aceitas e os resultados das discussões jurídicas precedentes e, por outro, deixe espaço para os critérios do correto¹²⁰.

A teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy tem a pretensão de desenvolver tal modelo.

Para Alexy, a possibilidade de o intérprete utilizar-se do sistema interno de valorações do ordenamento jurídico ou ao sentido do ordenamento jurídico, considerado em sua totalidade, seria insuficiente, pois o sistema de valorações do ordenamento jurídico não é nenhuma medida fixa que determine como se deve conduzir certa valoração.

As diferentes normas são cristalizações de pontos de vista valorativos completamente diferentes e, frequentemente, divergentes. Ademais, nenhum princípio é realizado ilimitadamente. Muitas vezes, nem sequer fica claro quais valorações estão contidas em uma norma e isso significa que se deve decidir novamente sobre o peso que se deve atribuir aos diferentes pontos de vista valorativos que cabe encontrar¹²¹.

Por outro lado, recorrer-se a uma ordem objetiva de valores ou a enunciados de Direito natural, implicaria em utilizar-se de premissas filosóficas muito discutíveis.

A teoria da argumentação jurídica, desenvolvida por Alexy, é uma teoria procedimental, formada por um sistema de regras composto por três elementos: um sistema de condições de precedência, um sistema de estrutura de ponderação e um sistema de precedência *prima facie*, cuja observância assegura a racionalidade da argumentação e de seus resultados. Desse modo, um enunciado normativo será correto, quando for o resultado deste procedimento.

Assim, partindo da *teoria do discurso racional*, principalmente na forma como foi elaborada por Habermas, Alexy desenvolve a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, ou seja, uma atividade linguística, guiada por regras, com a qual se objetiva a correção de enunciados normativos. O discurso jurídico distingue-se, porém, das demais formas de discurso,

¹²⁰ Idem, p. 42.

¹²¹ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 2.ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 42.

pelo fato de estar submetido a uma série de condições limitadoras, como por exemplo: *sujeição à lei, a consideração dos precedentes, etc.*

Entre as várias razões, invocadas por Alexy, para embasar esta tese, podem-se destacar: 1) o fato de que a fundamentação jurídica implica sempre questões práticas (qual é a decisão correta no caso?); 2) a necessidade de utilização de argumentação prática geral no âmbito da argumentação jurídica; 3) a coincidência parcial da pretensão de correção e, finalmente, 4) a coincidência estrutural das regras e formas do discurso jurídico com o discurso prático.

Luís Roberto Barroso também discorre sobre a teoria da argumentação jurídica, demonstrando seus requisitos e finalidade.

Argumentação é a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a linguagem, (ii) as premissas que funcionam como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão. A necessidade da argumentação se potencializa com a substituição da lógica formal ou dedutiva pela razão prática, e tem por finalidade propiciar o controle da racionalidade das decisões judiciais¹²².

A teoria da argumentação jurídica tem por objetivo estruturar o raciocínio jurídico, de forma que ele seja lógico e transparente, aumentando a racionalidade do processo de aplicação do Direito e permitindo maior controle da justificação das decisões judiciais.

A partir do momento em que o Juiz é visto como participante da construção da norma, torna-se imprescindível que suas decisões sejam pautadas pela justificação moral e racional.

A doutrina elenca inúmeros critérios para orientar a argumentação jurídica. Discorreremos sobre três deles critérios descritos por Luís Roberto Barroso em sua obra **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**, os quais, resumem os principais critérios a serem utilizados pelo intérprete quando de sua argumentação jurídica.

¹²² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. op. cit., p. 339.

O primeiro critério é a necessidade de fundamentação normativa, ou seja, a argumentação jurídica deve apresentar fundamentos normativos que lhe deem sustentação, o intérprete deve respeito à norma.

Não basta, portanto, o senso comum e o sentido pessoal de justiça: é necessário que juízes e tribunais apresentem elementos da ordem jurídica que embasem tal ou qual decisão¹²³.

O segundo critério é a necessidade de respeito à integridade do sistema, portanto, as decisões não devem ser casuísticas, mas universalizáveis a todos os casos em que estejam presentes as mesmas circunstâncias. Além disso, o intérprete deve verificar os precedentes e impedir variações não fundamentadas de entendimento.

O terceiro critério refere-se ao peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão. O intérprete, no instante de realizar sua argumentação jurídica, não pode olvidar-se da repercussão social da decisão, das consequências sociais decorrentes de sua decisão, da repercussão sobre a vida das pessoas, do Estado e das instituições.

Assim, com a aplicação da teoria da argumentação jurídica, com a utilização da ponderação, retirando-se do Magistrado o poder discricionário, mostram-se as ideias neoconstitucionalistas perfeitamente adequadas a um Estado Democrático de Direito, capazes de garantir a efetividade das normas constitucionais, sem violar a segurança jurídica.

No entanto, conforme já referido, as ideias neoconstitucionalistas, no direito brasileiro, ainda encontram forte resistência e a sua utilização pelos juízes ainda é tímida. Mas o Supremo Tribunal Federal, em decisões polêmicas e de grande repercussão, tem-se referido às premissas defendidas pelas correntes neoconstitucionalistas, utilizando-as em suas decisões, tendo por fundamento os princípios constitucionais como norma. No capítulo a seguir, procura-se identificar estas decisões e discorrer sobre elas.

¹²³ Idem, p. 342.

5 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BASEADAS NA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Supremo Tribunal Federal, em muitos casos polêmicos, tem acompanhado as tendências mundiais, seguindo as ideias das correntes neoconstitucionalistas ou pós-positivistas já expostas.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em casos como os descritos abaixo, aplicam os princípios constitucionais de forma imediata e com força normativa, garantindo a eficácia da Constituição.

Ao interpretarem a Constituição como unidade, desempenhando plenamente o papel de intérpretes, os Ministros do Supremo Tribunal Federal colocam em prática muitas das ideias transcritas neste trabalho, em conformidade com as correntes pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, conforme será visto no próximo tópico.

5.1 EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO HOMOSSEXUAL À HETEROSSEXUAL – ADPF N° 132 - RJ

Em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, em Ação de Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n° 132 RJ, reconheceu a equiparação da união homossexual à heterossexual.

Na referida demanda, os autores pretenderam que se desse interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10/01/2002), permitindo que se declarasse a sua incidência também sobre a união de pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituir família.

Argumentou-se que a união entre pessoas do mesmo sexo haveria de ser respeitada e assegurada pelo Estado, com base na norma para a qual se pede a interpretação conforme a Constituição, ao argumento de que definir a união estável entre homem e mulher e excluir outras opções contrariaria preceitos constitucionais fundamentais, como os princípios da liberdade, da intimidade, da igualdade e da proibição de discriminação. Foi requerido pelos autores que fosse obrigatório o

reconhecimento, no Brasil, da legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

No referido julgamento, em consonância com o explanado, nos capítulos acima, os Ministros que julgaram a favor do pedido dos autores, interpretaram a Constituição em sua unidade, considerando-a como Carta Suprema e desta não se evadiram.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal aplicaram princípios como o da igualdade, da liberdade e da intimidade como norma, considerando assim o sistema jurídico formado de regras e princípios, em conformidade com as ideias defendidas pelas correntes neoconstitucionalistas.

Além disso, os Ministros, ao interpretarem o artigo 1.723 do Código Civil, o interpretaram em consonância com os princípios constitucionais, deixando de exercerem o papel de mero aplicadores da lei, passando a interpretá-la em conformidade com as normas constitucionais e também com as necessidades da sociedade contemporânea, conforme será visto a seguir.

5.1.1 Voto do Ministro Relator Carlos Ayres de Brito

Ao proferir seu voto, o relator do caso, Ministro Carlos Ayres de Brito, menciona o artigo 3º da Constituição Federal, afirmando que, ao vedar o preconceito, este não trata apenas de origem social, idade, raça, cor da pele das pessoas, trata também do sexo. Assim, uma pessoa, conforme o referido artigo constitucional, não pode sofrer preconceito por sua escolha sexual.

O Ministro, ao realizar tal afirmação, realiza uma interpretação extensiva em conformidade com a Constituição, preservando a aplicação de princípios como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, deixando, desta forma, de ser um mero aplicador da norma para tornar-se um intérprete em

consonância com os novos preceitos jurídicos, conforme destacado no Capítulo 4 (quatro) deste trabalho.

Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica das pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, **pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem**. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas¹²⁴.

O Ministro Carlos Ayres complementa seus fundamentos, afirmando que a sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas, tratando-se de um direito subjetivo que se iguala às liberdades individuais, que se concretizam sob a forma de direito à intimidade e sob a forma de direito à privacidade.

Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, **o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa**. Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc). Mais ainda, liberdade que se concretiza:

I - **sob a forma de direito à intimidade**, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo); II – **sob a forma de direito à privacidade**, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercurso ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte).

Ao ser vista com um direito à intimidade, a sexualidade torna-se inviolável, em conformidade com o artigo 10 da Constituição Federal que deve ter aplicabilidade imediata.

Cabe ressaltar que o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que garantiu aplicabilidade imediata às normas definidoras dos direitos e garantias

¹²⁴ BRITTO, Carlos Ayres de. Voto retirado do site <http://www1.folha.uol.com.br> em 04/08/2011.

fundamentais, como a do artigo 10, vai ao encontro de novas ideias defendidas pelas correntes pós-positivistas, na medida em que prevê a aplicabilidade de direitos e garantias constitucionais sem a necessidade de lei para regulá-los.

Segundo Britto:

Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, *verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe. Sendo certo que o direito à intimidade diz respeito ao indivíduo consigo mesmo (pense-se na lavratura de um diário), tanto quanto a privacidade se circunscreve ao âmbito do indivíduo em face dos seus parentes e pessoas mais chegadas (como se dá na troca de *e-mails*, por exemplo)¹²⁵.

O Ministro conclui seu raciocínio sobre a discriminação em relação à preferência sexual da seguinte forma:

Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomofisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos; III – cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana.

¹²⁵ BRITTO, op. cit., 2011.

O Ministro Carlos Ayres afirma, ainda, que a liberdade de dispor de sua própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo expressão da autonomia da vontade, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional); V – esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha)¹²⁶.

Após discorrer sobre o conceito de família previsto na Constituição, novamente o Ministro Carlos Ayres realiza interpretação extensiva e afirma que a família, formada por casais homossexuais, é prevista constitucionalmente.

Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistintamente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos.

O Ministro Carlos Ayres finaliza seu voto, mencionando que o artigo 227, § 5º, da Constituição Federal, ao não realizar distinção entre *homo ou heteroafetivo*, nos casos de adoção, pode também ser interpretado em conformidade com o raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II, do artigo 5º, da

¹²⁶ BRITTO, op. cit., 2011.

Constituição, combinado com o inciso IV, do artigo 3º, e o § 1º, do artigo 5º, da Constituição.

Finalmente, conclui pela procedência da ação, dando interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante “homo” ou “heteroafetivo”. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental. 37. Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. É como voto¹²⁷.

5.1.2 Voto da Ministra Carmem Lúcia

A Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lúcia, ao proferir seu voto, respalda-se em conceitos transcritos nos capítulos acima, ou seja, de que a Constituição deve ser interpretada como um todo e cabe ao intérprete ater-se ao espírito constitucional como uma unidade.

¹²⁷ BRITTO, op. cit. , 2011.

Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se intérprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos. Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios¹²⁸.

Não se desvinculando das ideias propagadas pelas correntes neoconstitucionalistas, a Ministra Carmem Lúcia ressalta a força normativa dos princípios constitucionais e a forma de interpretação constitucional contemporânea.

Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos. Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem. O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática. Garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição) há que se assegurar que o seu exercício não possa ser tolhido, porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá com a mão direita para tirar com a esquerda. Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito.

Ao final de seu voto, a Ministra posiciona-se pela procedência do pedido requerido na Inicial, dando ênfase, novamente, aos princípios constitucionais e à interpretação, em consonância com a Constituição, como uma unidade.

A discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da República, expresso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova “*o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de*

¹²⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Voto retirado do site <http://www1.folha.uol.com.br> em 04/08/2011, p. 4-5.

discriminação” (Art. 3º, inc. III). Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir ao preconceito e à discriminação? Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um. Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.(...)

A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na sequência dos vetores constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro, constituindo uma instituição que tenha dignidade jurídica, garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual. (...)

Na esteira, assim, da assentada jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, de alguns direitos sociais a união homoafetiva, tenho como procedentes as ações, nos termos dos pedidos formulados, para reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva.

É como voto¹²⁹.

5.1.3 Voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, após realizar rápida retrospectiva histórica sobre o papel da moral no Direito, defende a premissa de que a moral e o Direito devem caminhar juntos, mas com critérios distintos. O Direito, totalmente apartado da moral, tende a ocasionar injustiças; já um Direito, totalmente submetido à moral, também não representa o equilíbrio, conforme demonstraram acontecimentos históricos retratados pelo Ministro Marco Aurélio; o Direito e a moral devem ter pontos de ligação, sem, no entanto, o Direito estar totalmente contido na moral.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao posicionar-se sobre a função da moral frente ao Direito, também se mostra em consonância com as ideias

¹²⁹ ROCHA, op. cit., p. 6-8.

difundidas pelas correntes neoconstitucionalistas, conforme abordado no item 2.3.1 deste trabalho.

Já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã. A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis.

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces- Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa. Em síntese, se não é possível conceber o Direito e a moral como duas esferas independentes, como queria Kelsen, também não se pode adotar a teoria dos círculos concêntricos, preconizada por Jeremy Bentham (citado por Paulo Nader, *Introdução ao estudo do Direito*, 2010, p. 42), que considera a ordem jurídica inteiramente circunscrita ao campo da moral. Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação¹³⁰.

O Ministro Marco Aurélio, em importante contribuição ao presente trabalho, finaliza seu voto dando ênfase à importância dos princípios constitucionais, à força normativa destes e destaca a importância de se prevenir a violação aos princípios constitucionais e, finalmente, vota pela procedência do pedido Inicial.

Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (*A eficácia dos princípios constitucionais*, 2010) lembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico-interpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o

¹³⁰ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Voto retirado do site <http://www1.folha.uol.com.br> em 04/08/2011, p. 4-5.

que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Elementos de direito administrativo*, 1980, p. 104, ressalta: Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.

Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.

5.1.4 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski discorre sobre o novo papel concedido ao Judiciário de intérprete da Constituição, ressaltando a necessidade desta interpretação ser realizada nos limites da Constituição, corroborando com as ideias explanadas no Capítulo 4.2 deste trabalho.

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto. Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*¹³¹.

¹³¹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Voto retirado do site <http://www1.folha.uol.com.br> em 04/08/2011 às 19h04min, p. 6/7.

Ao finalizar seu voto, o Ministro Lewandowski menciona a importância do papel do intérprete no contexto constitucional e considera como procedente o pedido inicial.

Esse proceder metodológico encontra apoio no abalizado entendimento de Konrad Hesse, segundo o qual “o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”. Dito de outro modo, não é dado ao intérprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica, sob pena, inclusive, em nosso caso, de negar vigência ao disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior. Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional. Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista no art. 226, precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a existência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo. Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico. Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações¹³².

A decisão transcrita acima demonstra o início de um novo tempo, representa um marco histórico, onde paulatinamente valores constitucionais ganham a devida importância, transpassando-se barreiras formalistas no intuito da realização de justiça.

Evidencia-se que, ainda que lentamente, o sistema jurídico brasileiro molda-se em conformidade com a realidade jurídica mundial.

¹³² LEWANDOWSKI, op. cit., p. 14/15.

5.2 PESQUISAS COM CELÚLAS-TRONCO:

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em data de 29 (vinte e nove) de maio de 2008, que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. Esses argumentos foram utilizados pelo ex-procurador-geral da República, Claudio Fonteles, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510), ajuizada com o propósito de impedir essa linha de estudo científico.

Para seis ministros, portanto, a maioria da Corte, o artigo 5º da Lei de Biossegurança não merece reparo. Votaram nesse sentido os Ministros Carlos Ayres Britto, relator da matéria, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Conforme referido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, teve por alvo o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005. Artigo assim integralmente redigido:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

O autor da ação argumentou que os dispositivos impugnados contrariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida

humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”.

Em seus votos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com o conteúdo do presente trabalho, utilizaram-se de princípios constitucionais, concedendo a estes a devida força normativa, ressaltando valores axiológicos contidos na Constituição e que necessitam de efetividade e em mais uma decisão histórica, garantiram a aplicação plena da Constituição e de seu conceito de justiça.

Com o intuito de demonstrar a utilização dos conceitos elencados acima, far-se-á a transcrição de breves trechos dos votos dos Ministros no caso ora em comento.

5.2.1 Voto do Ministro Carlos Ayres de Britto (relator)

O Ministro Carlos Ayres, ao respaldar-se nas ideias trazidas pelas correntes neoconstitucionalistas, proferiu seu voto, mencionando valores sociais inseridos na Constituição e a necessidade de se dar eficácia a estes valores, como o da saúde e o da dignidade da pessoa humana.

No caso em tela, ao deparar-se com a colisão de princípios e, utilizando-se da técnica da ponderação, brilhantemente, o Ministro Carlos Ayres considerou, como preponderante, as normas que preveem o direito à saúde e à dignidade da pessoa humana, interpretando as normas constitucionais em conformidade com as necessidades sociais atuais.

Sem maior esforço mental, percebe-se, nessas duas novas passagens normativas, o mais forte compromisso da *Constituição-cidadã* para com a Ciência enquanto ordem de conhecimento que se eleva à dimensão de *sistema*; ou seja, conjunto ordenado de um saber tão metodicamente obtido quanto objetivamente demonstrável. O oposto, portanto, do conhecimento aleatório, vulgar, arbitrário ou por qualquer forma insuscetível de objetiva comprovação. Tem-se, neste lanço, a clara compreensão de que o patamar do conhecimento científico já corresponde ao mais elevado estágio do desenvolvimento mental do ser humano. A deliberada busca da supremacia em si da argumentação e dos processos lógicos (“Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento”, ajuizou Descartes), porquanto superador de todo obscurantismo, toda

superstição, todo preconceito, todo sectarismo. O que favorece o alcance de superiores padrões de autonomia científico-tecnológica do nosso País, numa quadra histórica em que o novo eldorado já é unanimemente etiquetado como “era do conhecimento”. “Era do conhecimento”, ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões *in vitro*, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus. Donde a lancinante pergunta que fez uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, segundo relato da geneticista Mayana Zatz: - *por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas?*

Pergunta cuja carga de pungente perplexidade nos impele à formulação de outras inquirições já situadas nos altiplanos de uma reflexão que nos cabe fazer com toda maturidade: deixar de atalhada ou mais rapidamente contribuir para devolver pessoas assim à plenitude da vida não soaria aos médicos, geneticistas e embriologistas como desumana omissão de socorro? Um triste concluir que no coração do Direito brasileiro já se instalou de vez “o monstro da indiferença” (Otto Lara Resende)? Um atestado ou mesmo confissão de que o nosso Ordenamento jurídico deixa de se colocar do lado dos que sofrem para se postar do lado do sofrimento? Ou, por outra, devolver à plenitude da vida pessoas que tanto sonham *com pilhas nas costas* não seria abrir para elas a fascinante experiência de um novo parto?

O Ministro finaliza seu voto em conformidade com as ideias pós-positivistas, conciliando o ordenamento jurídico com imperativos da ética humanista e justiça material.

Um heterodoxo parto pelos heterodoxos caminhos de uma célula-tronco embrionária que a Lei de Biossegurança pôs à disposição da Ciência? Disponibilizando para ela, Ciência, o que talvez seja o produto de sua mais requintada criação para fins humanitários e num contexto familiar de legítimo não aproveitamento de embriões *in vitro*? Situação em que se possibilita ao próprio embrião cumprir sua destinação de servir à espécie humana? Senão pela forja de uma vida *estalando de nova* (porque não mais possível), mas pela alternativa estrada do conferir sentido a milhões de vidas preexistentes? Pugnando pela subtração de todas elas às tenazes de u’a morte muitas vezes tão iminente quanto não natural? Morte não-natural que é, por definição, a mais radical contraposição da vida? Essa vida de aquém-túmulo que bem pode ser uma dança, uma festa, uma celebração?

É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas

as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto¹³³.

5.2.2 Voto da Ministra Carmem Lúcia

A Ministra Carmem Lúcia, ao iniciar seu voto, ressalta a importância da vinculação dos juízes à Constituição, mostrando-se sensível aos novos entendimentos jurídicos, no qual o Magistrado não possui poder discricionário e encontra-se vinculado às normas constitucionais.

Aqui, a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial. Por isso, como todo juiz, tenho de me ater ao que é o núcleo da indagação constitucional posta neste caso: a liberdade, que se há de ter por válida, ou não, e que foi garantida pela lei questionada, de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, nos termos do art. 5º, da Lei 11.050/2005.(...)

É com o só compromisso com a Constituição que há de atuar esse Supremo Tribunal, neste como em qualquer outro julgamento. O juiz faz-se escravo da Constituição para garantir a liberdade que ao jurisdicionado nela é assegurado¹³⁴.

Durante o desenvolvimento de seu voto, a Ministra Carmem Lúcia interpreta as normas constitucionais, considerando a Constituição como unidade e proferindo seus apontamentos em conformidade com os valores axiológicos elencados na Constituição.

Não há violação do direito à vida na garantia da pesquisa com células-tronco embrionárias, menos ainda porque o cuidado legislativo deixou ao pesquisador e, quando vier a ser o caso, ao cientista ou ao médico responsável pelo tratamento com o que da pesquisa advier, a exclusiva utilização de células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos. Se elas não se dão a viver, porque não serão objeto de implantação no útero materno, ou por inviáveis ou por terem sido congeladas além do tempo previsto na norma legal, não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado.

¹³³ BRITTO, Carlos Ayres. Voto retirado do site <http://www1.folha.uol.com.br> em data de 05/08/2011.

¹³⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Voto retirado do site <http://www1.folha.uol.com.br> em 04/08/2011.

Finalmente, ao concluir seu voto, a Ministra o respalda nas necessidades da sociedade atual e na imprescindibilidade do direito acompanhá-la.

Voto no sentido de julgar improcedente a presente ação, para: a) considerar válidos os dispositivos questionados, a saber, o art. 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/2005, e b) assentar interpretação conforme quanto à palavra *terapia*, incluída no *caput* e no § 2º, daquele mesmo artigo, a qual somente poderá se referir a tratamento levado a efeito por procedimentos terapêuticos cuja utilização tenha sido consolidada pelos métodos de pesquisa científica aprovada nos termos da legislação vigente. *a ela. E, portanto, não tem um único sentido. ... Concluo com Kant. O progresso para ele não era necessário. Era apenas possível. Ele criticava os 'políticos' por não terem confiança na virtude e na força da motivação moral, bem como por viverem repetindo que 'o mundo foi sempre assim como o vemos hoje'.. Desse modo, retardavam propositalmente os meios que poderiam assegurar o progresso para o melhor. Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder"* (BOBBIO, Norberto – *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.64). A ciência que pode matar, é certo, também pode salvar, é mais certo ainda. E se o direito ajusta o que a ciência pode melhor oferecer para que viva melhor àquele que mais precisa do seu resultado, não há razões constitucionais a impor o entrave desse buscar para a dignificação da espécie humana. Entendo que a utilização da célula-tronco embrionária para a pesquisa e, conforme o seu resultado, para o tratamento – indicado a partir de terapias consolidadas nos termos da ética constitucional e da razão médica honesta - não apenas não viola o direito à vida. Antes, torna parte da existência humana o que vida não seria, dispondo para os que esperam pelo tratamento a possibilidade real de uma nova realidade de vida. Pelo exposto ,voto no sentido de julgar improcedente a presente ação, para considerar válidos os dispositivos questionados, a saber, o art. 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/2005.

O julgamento referido acima representou uma grande conquista científica e jurídica, evidenciando a capacidade dos julgadores de acompanharem a evolução científica e de responderem às aspirações sociais, sem permanecerem engessados em conceitos já superados.

Julgamentos como o das células tronco e sobre a equiparação da união homossexual, acima citados, bem como em outros como sobre o nepotismo (aplicação do princípio da moralidade), demonstram que o sistema jurídico brasileiro, lentamente, tenta moldar-se conforme a inovações sociais e culturais.

No entanto, tais decisões, diante de todo o contexto jurídico, ainda estão distantes de causar o impacto necessário para ocasionarem modificações efetivas no cotidiano, de maneira a afastar fortes resquícios do Positivismo, mas já evidenciam o início de uma longa caminhada.

CONCLUSÃO

Durante o desenvolvimento do presente trabalho, procurou-se trazer conceitos de princípios e discorrer sobre a evolução deste conceito ao longo da história.

Realizou-se um retrospecto histórico, demonstrando a forma de participação dos princípios em cada período, destacando-se as necessidades do momento contemporâneo. Discorreu-se sobre a ideia do princípio como norma jurídica e os diferenciando das regras, elencando para isto o posicionamento de respeitáveis doutrinadores.

Ressaltou-se, no Capítulo 3, a importância da força normativa dos princípios e, no Capítulo 4, discorreu-se sobre o juiz como intérprete dos princípios constitucionais, destacando-se o posicionamento atual de interpretação. Foram transcritos diversos posicionamentos sobre como superar conflitos entre princípios e suplantar a possibilidade de violação à segurança jurídica, dentre outros.

Assim, tornou-se evidente, no transcorrer do texto, que se está atualmente diante de um novo momento jurídico que clama por mudanças imediatas.

O modelo positivista não se coaduna mais com as necessidades da sociedade atual.

Um sistema jurídico mecanicista não responde a anseios sociais contemporâneos que exigem a inserção de conceitos sociais e humanitários em seu contexto.

A ideia de um juiz provido com poder discricionário já não é mais aceita pela sociedade.

O modelo neoconstitucionalista ou constitucionalista aos poucos está ganhando espaço e inserindo paulatinamente suas ideias no meio jurídico.

A reaproximação entre Direito e moral, a concessão de força normativa aos princípios e a valorização de sua importância, no processo de aplicação do Direito, a inserção da Constituição no topo do ordenamento jurídico como Carta Suprema e a visão do Poder Judiciário como intérprete constitucional, são ideias que ganham cada vez mais espaço no sistema jurídico.

No entanto, após estudar-se todos estes conceitos ainda resta questionar: as ideias neoconstitucionalistas são capazes de suplantar os problemas jurídicos atuais?

O juiz, ao exercer o papel de intérprete constitucional, assegurando que as normas constitucionais sejam aplicadas em sua plenitude, está livre de agir com discricionariedade?

Depara-se com um Magistrado que sofre influências do meio social e tem valores próprios e vivências próprias que certamente irão influenciar em suas decisões. Um Juiz Hércules, como o de Dworkin, está distante da realidade.

Teses como a teoria da argumentação jurídica de Alexy, tentam de certa forma colmatar falhas da corrente neoconstitucionalista, inserindo a possibilidade de uma interpretação racional, tratando o discurso jurídico como espécie de discurso prático, com a intenção de garantir a segurança jurídica.

A vinculação do juiz à Constituição tem por intuito garantir o não exercício da discricionariedade, no entanto, conceitos abertos inseridos pelos princípios constitucionais também deixam margem a interpretações em conformidade com interesses particulares.

Não se tem neste trabalho a ousada intenção de elencar um modelo jurídico ideal. Acredita-se que, paulatinamente, estão sendo dados os primeiros passos em direção a um novo modelo jurídico, diverso do positivismo.

É pacífico que conceitos como a força normativa dos princípios constitucionais necessitam de aplicação imediata no sistema, assim como o retorno da moral torna-se imprescindível para responder aos anseios sociais.

Em que pese não se poder afirmar que a tese neoconstitucionalista representa o modelo ideal, suas ideias correspondem às necessidades contemporâneas e acredita-se que, na medida em que forem inseridas definitivamente no meio jurídico, suas falhas aos poucos serão colmatadas.

Pode-se afirmar com segurança que o modelo jurídico atual necessita de mudanças e não se pode mais se contentar com juízes arraigados a um formalismo desnecessário, que deixam de concretizar a justiça para responder a exigências legais arcaicas.

Conceitos de filosofia estão sendo inseridos no meio jurídico a cada dia, atitudes humanitárias mostram-se necessárias para que o modelo constitucional atual seja aplicado em sua plenitude.

O juiz não pode olvidar-se de que está lidando com pessoas, que apresentam necessidades, anseios, frustrações e depositam no judiciário a esperança de ver a justiça concretizada.

Na medida em que a política cai em descrédito, a sociedade deposita no judiciário toda a expectativa de ver seus direitos garantidos.

A concessão de força normativa aos princípios constitucionais é imperiosa, pois só assim se dará efetividade às normas constitucionais.

Infelizmente, no cotidiano jurídico, ainda prevalece o obsoleto modelo positivista, imbuído de seu mecanicismo. A necessidade de mudança no judiciário é imediata.

Atitudes como as dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que em desbravadoras decisões deram aplicação imediata aos princípios constitucionais, necessitam ser seguidas no cotidiano, pois muitas vezes a justiça realizada pelo Supremo mostra-se tardia. As mudanças no dia-a-dia jurídico mostram-se imperativas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ARISTOTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Victor Civita, 1973. (Coleção Os Pensadores, v.4).
- AVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios** (da definição à aplicação dos princípios jurídicos). 2.ed. São Paulo: RT, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**: Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luiz Roberto (Org). **A nova interpretação constitucional: ponderações, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008. p. 306-350.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BELLINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação ao legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2.ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001. (prefácio)
- _____. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- _____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. 4.ed. Madri: Trotta, 2009.

_____. **Teoria del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos, Madrid: Trotta, 2007.

CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia do direito**: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CELLA, José Renato Gaziero. **Legalidad y discrecionalidad**: La discusión Hart y Dworkin. Disponível em <http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_27.pdf>. Acesso em: 19 set. 2011.

DIEGO, Felipe Clemente de. Prólogo, In: DEL VECHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. 2.ed. Barcelona, 1948.

DIMOLIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madri, 1984.

ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**. Universidade Nacional Autónoma de México. México, 2006.

FERREIRA, Aurélio B. Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 41.

Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho y su formulacion Constitucional, Madri, 1990. p. 38.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 88**: interpretação e crítica. São Paulo: RT, 1996.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.2.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

RESENDE, Adeilda Coelho de. **A hermenêutica de Hart-Dworkin e a discricionariedade do Juiz**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25462-25464-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2011.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Coord). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.) **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 117-168. p. 203-250.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Tese apresentada para o concurso de Professor Titular de Direito Constitucional da USP. São Paulo.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SÓFOCLES. **Antígona**. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 95-288.

_____. **O que é isto: decido conforme minha consciência**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalização e neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v.3, n.1, mar. 2008. Disponível em: <www.ufsm.revistadireito/index.html>. Acesso em: 10 jul. 2011.

ZAGREBELKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9.ed. Madrid: Trota. 2009.