

## O Pensamento Constitucional Contemporâneo

### 2.1

#### A crise do positivismo – o rito de passagem pós-positivista – a chegada do neoconstitucionalismo?

Nesta subseção, faremos uma breve análise sobre o positivismo (e suas vertentes exclusivo e inclusivo), o mundo pós-guerra e o reencontro do direito com a dignidade da pessoa humana. O enfoque crítico centralizará suas atenções no positivismo exclusivo defendido, entre outros, por Hans Kelsen. Abordaremos o que chamamos de “rito de passagem” pós-positivista e apresentaremos o pensamento teórico contemporâneo neoconstitucionalista adotado neste trabalho, que será desenvolvido também nas subseções seguintes.

Da mesma maneira que Immanuel Kant tratou de estabelecer de forma racional as condições de possibilidades das ciências físicas, Hans Kelsen se empenhou em fixar por meio da chamada “norma fundamental” as condições formais e necessárias do conhecimento jurídico, dirigido ao pensamento deontológico das normas positivas. No início do século XX, o jurista austríaco relata em sua famosa obra *Teoria Pura do Direito*,<sup>1</sup> uma concepção de ciência jurídica com a qual se pretendia finalmente ter alcançado, no direito, os ideais de toda a ciência: objetividade e exatidão.

Visando esse objetivo, Kelsen propôs como regra metodológica principal a extração de qualquer conteúdo valorativo da norma, com a finalidade de garantir autonomia científica para a disciplina jurídica, que, segundo ele, vinha sendo, ao longo dos anos, deturpada pelos estudos sociológicos, filosóficos e políticos. Ao propor a redução do direito ao que está positivado (normatizado), seu limite ao que está ordenado e tendo a lei como principal elemento válido, o jurista apregoava que dentro da ordem normativa fechada não existiria espaço para se discutir a injustiça das normas, pois, como podemos deduzir dos seus princípios, o problema da injustiça não seria nem jurídico.

---

<sup>1</sup>. KELSEN, 1996.

A preocupação de Kelsen estava voltada para o objeto da ciência jurídica. Por intermédio da norma fundamental seriam proporcionadas as propriedades definidoras desse objeto. Com isso, o seu campo temático estaria separado e bem definido em relação às demais ciências naturais e normativas. Não se detecta claramente em sua obra grande interesse pelo conceito de direito, mas percebe-se a especificação de um campo temático homogêneo e específico para a ciência do direito. De acordo com o pensador, uma ciência jurídica em sentido estrito proporcionaria um ponto de vista exclusivamente jurídico sobre o direito, ou seja, deveria ser tratada como uma ciência normativa do direito.

Em sua obra clássica,<sup>2</sup> afirma a diferença que entende ser cartesiana entre direito e ciência jurídica, defendendo que a distinção revela-se no fato de que as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, podem ser verdadeiras ou falsas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verdadeiras ou falsas, mas válidas ou inválidas. E ainda complementa dizendo que tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verdadeiros, quer falsos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podem ser verdadeiras ou falsas.

Sendo o direito positivo, pode este ser moral ou imoral, independentemente do que se considere mais justo ou socialmente adequado. Assim, ainda que determinada norma contrarie um preceito de justiça, esta permanece repleta de validade jurídica. O direito positivo é, pois, o direito inserido pelo ente legiferante, dotado de validade e legitimidade, por obedecer a formalismos pertencentes a um determinado sistema jurídico.

Partindo desse ponto de vista, o jurista chega à conclusão de que o direito é uma ordem da conduta humana, um sistema fechado de normas. Como ordem normativa, o direito procura dar lugar a um determinado comportamento humano, associando a ausência desse comportamento a um ato de força socialmente organizado. Aí temos a diferença, para Kelsen, entre o direito e outros sistemas de normas: a reação à violação do dever-ser mediante um ato de força

---

<sup>2</sup>. KELSEN, 1996.

socialmente organizado, de uma maneira centralizada como nos Estados modernos, ou descentralizada como sucedia nas ordens jurídicas primitivas. A realidade, para o doutrinador, reveste-se de um aspecto puramente jurídico quando uma norma empresta significado jurídico a essa realidade, de modo que esta possa ser interpretada de acordo com aquela. O direito é, então, a norma, e só a norma, pois esta é a única capaz de emprestar um significado que possa ser qualificado de jurídico aos atos humanos. Desse modo afirma Kelsen:

Assim como a lei natural é uma afirmação ou enunciado descritivo da natureza, e não o objeto a descrever, assim também a lei jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, a saber, da proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, e não o objeto a descrever, isto é o Direito, a norma jurídica. Esta - se bem que quando tem caráter geral seja designada como "lei" - não é uma lei, não é algo que, por qualquer espécie de analogia com a lei natural, possa ser designado como "lei". Ela não é, com efeito, um enunciado pelo qual se descreve uma ligação de fatos, uma conexão funcional. Não é sequer um enunciado, mas o sentido de um ato com o qual se prescreve algo e, assim, se cria a ligação entre fatos, a conexão funcional que é descrita pela proposição jurídica, como lei jurídica (Kelsen, 1996, p. 9).

O princípio vertebral da teoria kelseniana utiliza a regra metodológica denominada por Luis Alberto Warat<sup>3</sup> de imanência significativa, ou seja, ficaria excluído do âmbito das significações jurídicas qualquer dado que não pudesse ser derivado diretamente das normas positivas válidas, extraíndo-se delas qualquer contaminação axiológica.

A teoria waratiana<sup>4</sup> destaca que nas idéias de Kelsen está presente uma clausura do sistema, ficando excluído do âmbito das significações jurídicas qualquer dado que não pudesse ser diretamente derivado das normas positivas válidas e especialmente, os sentidos evocados a partir das práticas políticas e ideológicas, as concepções sobre a justiça e as doutrinas do direito natural.

O eminente jurista Castanheira A. Neves<sup>5</sup> também se insurge contra alguns critérios da opção metodológica defendida por Kelsen. Para Castanheira, o jurista se desinteressou do normativo jurídico material para se ocupar apenas da formal analítica de uma pura teoria sobre o direito, pois para o jurista austríaco tudo o que não fosse essa teórica analítica estaria inquinado de um ideológico

---

<sup>3</sup> WARAT, 1995.

<sup>4</sup> WARAT, 1983.

<sup>5</sup> NEVES, 1995.

interesse político, já legitimante, já combatendo o poder, mas sempre em vista do poder.

Por sua vez, numa crítica ao positivismo kelseniano, Roberto Lyra<sup>6</sup> defende que a ciência jurídica, com o apoio da sociologia e da filosofia jurídica, precisa voltar-se também para a análise histórica dos processos sociais em busca daqueles critérios de atualização dos padrões de justiça (finalidades éticas) e de legitimidade (mecanismos razoáveis de decisão e de aplicação do direito).

Com linha parecida de raciocínio, em sua obra *La Institucionalización de la Justicia*,<sup>7</sup> Robert Alexy enfatiza que com a tese da separabilidade defendida por Kelsen, nega-se que exista uma conexão necessária entre o que manda o direito e o que exige a moral e a justiça e isso gera uma série de conseqüências sociais.

O renomado jurista positivista, cujos postulados são trazidos para análise, sustentaria o modelo denominado de positivismo exclusivo (duro, tradicional), também presente nos escritos de Norberto Bobbio<sup>8</sup> e de Joseph Raz,<sup>9</sup> um dos principais expoentes dessa linha de pensamento.

Herbert Hart,<sup>10</sup> em seu *postscript* no qual rebateu as críticas recebidas por Ronald Dworkin sobre a sua clássica obra *O Conceito de Direito* se posicionou no sentido de que mesmo se as leis fossem redigidas de modo a resolverem antecipadamente todas as questões possíveis, a adoção de tais leis entraria em colisão com outros objetivos que o direito deve acarinhlar. Nesse breve relato, segundo a teoria e prática contemporâneas, o direito não se resume “à lei”, pois inclui a presença de princípios e valores morais, éticos. Com a abertura a fatos sociais, é possível daí perceber o nascimento de um positivismo moderado ou inclusivo (*soft*).

Écio Otto Duarte<sup>11</sup> observa que se para os positivistas jurídicos exclusivos os critérios morais de legalidade não pertencem ao sistema jurídico –

---

<sup>6</sup>. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica, ver LYRA, 1986.

<sup>7</sup>. ALEXY, 2005.

<sup>8</sup>. BOBBIO, 2008.

<sup>9</sup>. RAZ, 2001. Segundo o autor, o direito surge das fontes jurídicas e a sua existência e conteúdo podem identificar-se por referência unicamente a fatos sociais, sem recurso avaliativo algum.

<sup>10</sup>. HART, 2005, p. 313.

<sup>11</sup>. DUARTE, 2007 p. 48-49.

porque a regra de conhecimento é determinada exclusivamente por fontes sociais – de modo distinto, os positivistas inclusivos sustentam que – se a moralidade é ou não uma condição de legalidade em um sistema jurídico particular, depende de uma regra social ou convencional, isto é, da regra de reconhecimento.<sup>12</sup>

Poderíamos concluir, sem esgotar o tema, por não ser a proposta principal desse trabalho, que a diferença mais importante entre o clássico positivismo (ou exclusivo, forte) e o positivismo moderado (inclusivo, *soft*) seria que o primeiro apregoa a separação cartesiana entre o direito e a moral e o segundo, mais brando, reconhece a existência contingente da moral, dos princípios, mas não os vincula à validade da norma, além do que, a subsunção continua sendo a regra principal da lógica jurídica, como no positivismo clássico.

Não se pode deixar de lado no processo de produção da significação jurídica o papel do saber jurídico, dos valores sociais e econômicos predominantes na sociedade de sua época. Não podemos mais fazer um corte sem piedade nas significações jurídicas produzidas pelo cientista jurídico e pelo operador do direito, haja vista o caráter cada vez mais mutável do ordenamento jurídico. O juiz, na função de aplicador da lei, não se limita a aplicá-la, ele dá à norma uma significação jurídica. Da mesma forma que os acadêmicos nas diversas escolas de direito do país não se limitam a ler o enunciado da norma, mas também constroem novas e importantes significações.

O truculento desrespeito aos direitos fundamentais e a descartabilidade da pessoa humana verificada durante as grandes guerras mundiais precisou ganhar uma nova página na história e com isso, no processo de reconstrução da dignidade esquecida, os direitos humanos surgiram como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Nos dizeres de Flávia Piovesan,<sup>13</sup> “se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução.”

Após os tristes episódios das grandes guerras, os ordenamentos jurídicos mundiais precisaram passar por um importante processo de constitucionalização e de resgate de valores esquecidos durante os períodos

---

<sup>12</sup>. Nessa parte final, DUARTE (2007) faz referência a Coleman, *The Practice of Principle*, 2001 p. 108.

<sup>13</sup>. PIOVESAN, 2006, p. 28.

tirânicos. Em razão disso, o debate sobre os direitos fundamentais na modernidade vem merecendo cada vez maior destaque. São vários os estudos, bem como a intensa discussão, no meio jurídico e social, nacional e internacional, sobre esse assunto tão importante e crucial para a sociedade contemporânea.

De acordo com Luís. M. Cruz,<sup>14</sup> com o fim da Segunda Guerra Mundial se abriu na Europa Ocidental um modelo de Estado Constitucional que concebe a Constituição como uma norma que incorpora um denso conteúdo normativo, composto de valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos.

Consagrado como valor jurídico universal, principalmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a dignidade da pessoa humana<sup>15</sup> – entendida como o atributo imanente ao ser humano para exercício da liberdade e de direitos como garantia de uma existência plena e saudável – passou a ter amparo como um objetivo e uma necessidade de toda humanidade, vinculando governos, instituições e, principalmente, indivíduos. Unidade mais fundamental de valor do sistema jurídico, esse princípio universal funciona como paradigma, fundamento, limite e desiderato de um ordenamento jurídico, de um Estado e de uma sociedade, aos quais confere legitimidade.

Não há dúvidas de que quando o núcleo do sistema jurídico passa a ser: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a prevalência dos direitos humanos, a função social da propriedade e do contrato, é imperioso que se abandone o mito racionalista de que tudo pode ser explicado pela lei.

O critério de validez e o discurso de conhecimento organizado a partir do princípio de imputação no domínio do dever-ser propiciam um conhecimento do direito positivo, porém não solucionam os problemas centrais do conhecimento operativo, da interpretação e aplicação da lei. Por isso, a análise crítica do direito vai tomando forma em grande parte devido à sua necessidade de surgir como uma proposta inovadora dos valores epistemológicos que regulam o processo de constituição das verdades jurídicas consagradas.

---

<sup>14</sup>. CRUZ, 2005

<sup>15</sup>. O tema será discutido em seção específica.

E é nesse momento que nasce o que chamamos de “rito de passagem”, o pós-positivismo, amparado pelas valiosas colaborações de Ronald Dworkin e Robert Alexy sobre a abertura das Constituições aos princípios, que receberão uma atenção especial nesse trabalho em subseção específica.

Denominamos “rito de passagem” porque entendemos que o pós-positivismo nunca se solidificou como uma nova teoria ou ideologia. Foi um momento de redefinição de valores, necessário e exigido pelo mundo pós-guerra. Na opinião de Antônio Cavalcanti Maia,<sup>16</sup> Albert Calsamiglia desenvolveu aguda análise utilizando o termo pós-positivismo, trazendo referências ao assunto em diversos artigos, que poderia ser concluída (não encerrando o debate sobre o assunto) da seguinte maneira: pós-positivismo = superação do positivismo por princípios + constitucionalização do direito.

Paulo Bonavides, para quem “a teoria dos princípios se converteu no coração das Constituições”,<sup>17</sup> é um dos expoentes do rito de passagem pós-positivista no Brasil. Segundo o jurista, as Constituições promulgadas nas últimas décadas do século XX acentuaram a hegemonia axiológica dos princípios, que foram convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Luís Roberto Barroso,<sup>18</sup> também nessa linha de raciocínio, afirma que a marca do pós-positivismo seria a ascensão de valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. A discussão sobre a ética é analisada juntamente com o direito e os princípios, e o procedimento da ponderação é utilizado com as novas técnicas de interpretação constitucional. Segundo o autor, o pós-positivismo representaria a “virada kantiana”,<sup>19</sup> com a Constituição sendo encarada como um sistema aberto de regras e princípios, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central.

A abertura das Constituições a princípios e valores, como já acentuamos, é assim captada por Canotilho: “O direito do Estado de Direito do

---

<sup>16</sup>. MAIA, 2006, p. 405.

<sup>17</sup>. BONAVIDES, 2006.

<sup>18</sup>. BARROSO, 2001, p. 5-37.

<sup>19</sup>. Para Kant, o Estado tem como meio e fim o ser humano.

século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras e dos Códigos: o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios.<sup>20</sup>

Com o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, o debate hodierno do direito proclama uma universalidade maior para a compreensão do fenômeno jurídico, mais preocupado com a moral e com a ética do que tão-somente com a letra da lei. E o aparecimento desse verdadeiro Estado Constitucional de Direito fez nascer, no início do século XXI, um dos pensamentos contemporâneos que ganha força diária como proposta de teoria de direito inovadora, o neoconstitucionalismo.

Miguel Carbonnel, organizador do primeiro trabalho apresentado sob o signo do termo neoconstitucionalismo(s),<sup>21</sup> no prefácio da referida obra, apresenta que a realidade constitucional após a Segunda Guerra Mundial, evidenciada principalmente pelas Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976) e Espanha (1978), tem evoluído em muitos sentidos.

Numa posição à época ainda tímida sobre o assunto, o jurista mexicano apontava para a formação de um Estado (neo) constitucional, que permitiria o nascimento de mais de um (neo) constitucionalismo. Anunciava que as aplicações práticas e teóricas sobre o assunto ainda estariam por vir, mas que já se poderiam observar alguns aspectos comumente presentes nesse novo momento do constitucionalismo, como por exemplo: a técnica de ponderação de bens constitucionais e a forte influência judicial que estaria presente em todos os postulados neoconstitucionalistas.

Em palestra recente no Rio de Janeiro,<sup>22</sup> o pensador apresentou o neoconstitucionalismo como sendo o conjunto de três postulados, organizados em um Estado Constitucional em perfeito funcionamento. Segundo o jurista mexicano, seriam essas as premissas: *i*) ideologia que tenta explicar o surgimento de novos textos constitucionais pós Segunda Guerra Mundial; *ii*) novas práticas

---

<sup>20</sup>. CANOTILHO, 1999.

<sup>21</sup>. Apresentada sob o signo plural, diante das várias dimensões que o assunto agrega. Ver CARBONNEL, 2003.

<sup>22</sup>. II Congresso Internacional de Direitos Sociais da Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, realizado no auditório do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entre os dias 12 a 14 de novembro de 2007.

jurisdicionais, com a utilização da ponderação, proporcionalidade e maximização dos efeitos normativos; e *iii*) teoria jurídica nova que influi nos julgamentos.

As contribuições apresentadas por diversos juristas de renome<sup>23</sup> no trabalho de estréia do neoconstitucionalismo ganharam valiosas contribuições dos pensadores críticos da atualidade, o que deu ensejo a um segundo trabalho, organizado sob o título de *Teoría del neoconstitucionalismo*, também sob a coordenação de Miguel Carbonnel.

As obras citadas e algumas outras (estamos tratando de uma teoria nova, que não conta, portanto, com um vasto arcabouço literário à disposição) que colaboram para a solidificação do neoconstitucionalismo e sua afirmação como teoria do direito progressista servem de referência para as próximas subseções deste trabalho.

## 2.2

### **A teoria dos princípios, a ponderação e a necessária releitura da teoria das fontes**

O principal objetivo desta subseção é realizar uma síntese sobre a importância da releitura da clássica teoria das fontes, que – com a sua diferenciação de graus entre a aplicação dos preceitos – precisa ser analisada à luz do Estado Constitucional de Direito, que é essencialmente principiológico. Para tanto, apresentamos a abertura das normas constitucionais aos princípios, bem como o método de ponderação dos conflitos, que é tratado juntamente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Também reforçamos a importância da doutrina nesse novo momento do Estado Constitucional de Direito, pois, sem a sua valiosa colaboração, a evolução não poderia ocorrer.

Logo após a Primeira Guerra Mundial, as Constituições começaram a adotar em seus textos os chamados direitos sociais, inspirados na idéia de Estado Social, e os homens passaram a exigir determinadas prestações, tais como: educação, saúde, trabalho, assistência e previdência. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os textos das Constituições modernas (os mais relevantes para

---

<sup>23</sup>. Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Ricardo Guastini, Luis Pietro Sanchís, dentre outros expoentes da área jurídica e filosófica.

esse trabalho) também defenderam a tutela aos chamados “direitos difusos” e o novo jogo de valores socioculturais apontaram, diante desse novo cenário, os princípios frente às regras específicas, como se observa principalmente das Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978) e da brasileira de 1988.

Expressões como “dignidade da pessoa humana”, “prevalência dos direitos humanos”, “função social da propriedade”, “valores sociais do trabalho”, “boa-fé”, “solidariedade” e tantas outras, associadas ao caráter compromissório e diretivo das Constituições modernas, ficam sem sentido algum como já dissemos, se analisadas a partir das regras traçadas pela racionalidade do positivismo jurídico. O mito cartesiano clássico de que tudo pode ser explicado pela lei perde o seu valor diante da nova realidade constitucional.

Ressaltemos que não é mérito do neoconstitucionalismo a descoberta dos princípios, pois eles sempre desempenharam papel importante na orientação das decisões judiciais, com seus fundamentos axiológicos, valorativos, éticos e morais, funcionando como verdadeiros guias condutores do dia-a-dia do aplicador do direito. Tampouco aqui se pretende asseverar que o positivismo nega a existência dos princípios. Mas é imperioso salientar que foi sob a égide do Estado Constitucional de Direito que os princípios deixaram o papel de coadjuvantes das regras para serem os protagonistas nesse novo momento da história do direito.

Hodiernamente, como nos ensina Canotilho,<sup>24</sup> embora tanto o princípio como a regra sejam espécies de norma – o princípio se diferencia da regra porque, em livre resumo, o princípio tem um maior grau de abstração, porque traz sempre um caráter de fundamentalidade dentro do sistema e um compromisso maior com a idéia de justiça e, enfim, porque o princípio é o próprio fundamento da regra, sendo esta um desdobramento casuístico daquele. A abertura das Constituições aos princípios é assim captada pelo jurista português “O direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras e dos Códigos: o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios.”<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup>. CANOTILHO, 1999, p. 1.085 e seguintes.

<sup>25</sup>. CANOTILHO, 1999, p.1085 e seguintes..

Tendo em vista que a condensação axiológica dos princípios dificulta a sua tradução em regras que os esgotem, os princípios passaram a “fulgurantes pilares no ordenamento jurídico”, como preceitua Eduardo Slerca<sup>26</sup> e é nesse contexto que nasce também uma nova perspectiva sobre os direitos fundamentais, tão alicerçados e protegidos pelos princípios.

Um dos expoentes dessa importante teoria de princípios é Ronald Dworkin, que em sua obra *Levando os Direitos à Sério*,<sup>27</sup> contribuiu para essa abertura do ordenamento jurídico, colaborando para o nascimento do Estado Constitucional de Direito, bem marcado pela beleza dos princípios, proporcionando uma verdadeira revolução na clássica teoria das normas de cunho positivista.

O jurista anglo-saxão começa a sua análise sobre o importante tema, definindo o esqueleto principal das proposições positivistas, catalogando-as, em síntese, da seguinte forma: *i*) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento deve ser punido ou coagido pelo poder público; *ii*) 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, então esse caso não pode ser decidido mediante a “aplicação do direito”; *iii*) dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que esse alguém faça ou se abstenha de fazer alguma coisa.<sup>28</sup>

Em seus escritos, Dworkin frisa que o soberano não pode antecipar todas as contingências sociais por meio de um sistema de ordens, algumas de suas proposições serão inevitavelmente vagas ou pouco claras e o postulado *i*) resta, desta forma, fragilizado. Em contrapartida, se não há regra clara protegendo o direito do indivíduo, abre-se passagem para uma ampla discricionariedade judicial para criar novas ordens e o primado *ii*) também fica prejudicado. No item final, significaria dizer que na ausência de tal regra jurídica válida não existiria obrigação jurídica, então, ao decidir uma matéria controversa, exercendo a sua

---

<sup>26</sup>. SLERCA, 2002.

<sup>27</sup>. DWORKIN, 2002.

<sup>28</sup>. DWORKIN, 2002, p. 27-28.

discrição, o juiz não estaria fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria?

Essas e outras críticas são lançadas por Dworkin para chegar ao que ele mesmo denominou de “ataque geral contra o positivismo”<sup>29</sup> e revela que a sua estratégia de combate se inicia em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de obrigações jurídicas, eles recorrem a ferramentas que não funcionam como regras, mas operam de maneira diferente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões, batizados em sentido genérico como “princípios”. Nesse sentido, reitera que uma das diferenças entre princípios e regras seria de natureza lógica. Os dois padrões apontariam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras seriam aplicadas à maneira do tudo-ou-nada, pois, presentes os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Os princípios também possuem uma dimensão que as regras não retratam: a dimensão do peso e da importância. Quando os princípios se inter cruzam (como por exemplo, a liberdade de imprensa e a intimidade), o intérprete deverá levar em consideração a força relativa de cada um. Em contrapartida, nas palavras de Dworkin, funcionalmente:

(...) 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 deixar de dizer que uma regra é mais importante que outra quando 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 ser maior (Dworkin, 2002, p. 43).

Acrescentaríamos ainda que, embora os princípios e as regras devam atender igualmente aos ideais de justiça, os princípios estão mais próximos dessa finalidade do que as regras, em razão de seu alto conteúdo axiológico e moral e, ademais, constituem, em nossa opinião, a própria *ratio* das normas jurídicas.

---

<sup>29</sup>. DWORKIN, 2002, p. 35.

Essa distinção entre regras e princípios, lembra-nos Lênio Streck,<sup>30</sup> não pode significar que as regras sejam uma espécie de renegação do passado e de seus fracassos, tampouco que os princípios traduzam o ideal da “boa norma”. Regras e princípios são textos de onde se extraem normas e as primeiras, que são produzidas democraticamente, podem e devem unidas aos princípios, traduzir a institucionalização da moral no direito.

No reencontro entre direito e moral, proclamado pela teoria neoconstitucionalista, os princípios ganham destaque na ponderação dos conflitos dos direitos fundamentais e ainda, segundo Alexy,<sup>31</sup> na pretensão de correção, que substitui a pretensão de verdade de cunho positivista.

Quando há “aparente” colisão entre dois direitos constitucionais igualmente valiosos, impõe-se o método da ponderação, ou balanceamento (*balancing ad hoc*), uma das mais augustas e elaboradas técnicas do direito constitucional. Para Canotilho,<sup>32</sup> “a ponderação é a forma característica de alocação do direito sempre que estejam em causa normas que revistam a natureza de princípios.”

A ponderação é um modelo de verificação e tipicização da ordenação de bens em conflitos concretos. Não é de modo algum um modelo de abertura para uma justiça “casuística”, ou de “sentimentos”. Precisamente por isso é que o método de *balancing* não dispensa uma cuidadosa *topografia* do conflito e nem uma *justificação* da solução do conflito através da ponderação.

Segundo o jurista português, quando é que, afinal, se impõe a ponderação para obter uma solução dos conflitos de bens constitucionais? Os pressupostos básicos são os seguintes: *i*) em primeiro lugar, a existência de, pelo menos, dois bens ou direitos reentrantes no âmbito de proteção de duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser “realizadas” em todas as suas potencialidades; *ii*) a inexistência de regras abstratas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstrato feito pela norma constitucional; e *iii*) finalmente, é indispensável que a *justificação* e *motivação* da regra de prevalência parcial

---

<sup>30</sup>. STRECK, 2008.

<sup>31</sup>. ALEXY, 2005.

<sup>32</sup>. CANOTILHO, 1999, p. 1.109 e seguintes.

assente na ponderação, devendo ter-se em conta, sobretudo, os princípios constitucionais da igualdade e da justiça, da segurança jurídica.<sup>33</sup>

Na ponderação entre conflitos de direitos fundamentais, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade têm sido muito utilizados por nossos juízes constitucionais, não raro como expressões sinônimas, ou ainda como gênero e espécie. Despertam polêmicas pela alta carga de subjetividade que, em nossa opinião, o neoconstitucionalismo pode ajudar a resolver tendo como critério de destaque, uma argumentação jurídica mais acirrada.

O princípio da razoabilidade encontra guarida no direito norte-americano, principalmente na 5ª e na 14ª Emendas. A 5ª Emenda faz parte do *Bill of Rights* norte-americano, adicionado à Constituição Federal em 1789, que dispunha (no tocante ao nosso estudo) que nenhuma pessoa poderia ser privada de sua vida, liberdade ou propriedade sem o *due process of law*. Enquanto que a 14ª Emenda foi inserida com o intuito de estender a garantia do *due process of law* aos ex-escravos, após a Guerra Civil, e ao direito dos Estados federados; acrescentando, no entanto, o primado do tratamento igualitário pela lei, também para o direito federal. É importante destacar que a cláusula do *due process of law* (que deve ser entendida nos seus contornos processual e substantivo) deve ser aplicada como meio de interpretação jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana e que passou de uma simples garantia processual, para o controle de mérito das decisões estatais.

Em suma, a noção de razoabilidade guarda afinidade com a idéia de equilíbrio, moderação e harmonia. Busca aquilo que atende ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento. Em última análise, pretende alcançar a justiça, carregando, portanto, forte elemento subjetivo e abstrato.

A proporcionalidade, por sua vez, é posterior à razoabilidade norte-americana e foi desenvolvida, a partir da década de 1950, pelo Tribunal Constitucional Alemão. A Corte a elaborou como um método de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, empregada particularmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de

---

<sup>33</sup>. CANOTILHO, 1999, p. 1.109 e seguintes.

um interesse coletivo, implicasse a restrição de um direito fundamental. É na Alemanha que o princípio da proporcionalidade ganha raízes mais profundas.

De acordo com a doutrina alemã defendida por Alexy, ela seria composta por três sub-regras: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Adequada seria a medida capaz de fomentar, e não obrigatoriamente atingir determinado fim; necessária, aquela que, quando comparada a outras tão eficazes quanto, restringisse em menor escala o direito fundamental violado; e proporcional em sentido estrito, a medida que promovesse a realização de um direito fundamental mais importante do que o que com ele colide.

Sob a influência do direito germânico, a proporcionalidade passou a ser utilizada por diversos países, entre eles Portugal, onde foi incorporada ao conceito de razoabilidade, proveniente do direito anglo-saxão, através do qual se examina a compatibilidade entre os meios e os fins. No direito lusitano, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como princípio da proibição de excesso, foi erigido à dignidade de princípio constitucional, consagrando-se, no art. 18, do Texto Magno de 1976, que dispõe: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

Na França, o princípio da proporcionalidade é compreendido apenas no âmbito da jurisdição administrativa, manifestando-se toda via a partir do denominado *pouvoir descriptif* (poder discricionário), que é limitado pelo *détournement du pouvoir* (desvio de poder); na Suíça, ele é definido sumariamente apenas como a necessidade de se respeitar uma relação entre os meios empregados para tomar uma medida e atingir o fim procurado;<sup>34</sup> na Itália, segundo Suzana de Toledo Barros,<sup>35</sup> a Corte Constitucional vem controlando de forma rigorosa se os limites aos direitos esculpidos na Constituição, estabelecidos pela lei, são razoáveis em face dos princípios consagrados na Carta. Segundo a autora, os juristas italianos já falam em *idoneità, necessità e proporzionalità del*

---

<sup>34</sup>. SLERCA, 2002.

<sup>35</sup>. TOLEDO BARROS, 2003. p. 52-53.

*prouvedimento*, sem contudo apresentarem um estudo sistemático sobre o tema, que ainda se ressentem da falta de unanimidade nas técnicas e terminologias utilizadas.

Atualmente, alguns doutrinadores, como Paulo Bonavides,<sup>36</sup> entendem que a razoabilidade ou proporcionalidade poderiam ser extraídas implicitamente do art. 5º, §2º, da Carta Magna, que dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Entendemos, entretanto, que no atual artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Brasileira, a previsão do princípio da razoabilidade do direito norte-americano é disposta expressamente. Com a cláusula do *due process of law*, entendida no seu duplo aspecto – material e processual – encontramos um decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável e um importante fundamento para a ponderação dos conflitos de interesses e controle de constitucionalidade.

A utilização dos dois princípios também desperta críticas na doutrina brasileira, como a que faz Luís Virgílio Afonso da Silva:<sup>37</sup>

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”. (...) Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados (Afonso da Silva, 2002).

Como já expusemos, face à insuficiência dos critérios tradicionais de solução de antinomias, a ponderação de interesses emerge como importante ferramenta para a solução de colisões entre os vários princípios existentes na ordem jurídica. Entendemos que a falta de critérios técnicos para a sua aplicação deve ser colocada na ordem do dia nas discussões dos tribunais brasileiros. A sua utilização com prudência, verificadas as hipóteses

---

<sup>36</sup>. BONAVIDES, 2006, p. 352-355.

<sup>37</sup>. AFONSO DA SILVA, 2002, p. 23-50.

casuisticamente, pode representar importante ferramenta de controle no Brasil, funcionando como limite aos desmandos do Executivo e do Legislativo e garantia das liberdades individuais. Por outro lado, a utilização fluida dos princípios pode resumir a justiça à razoabilidade (ou não!) da decisão do caso concreto, ferindo um princípio importante do Estado Constitucional de Direito: o da segurança das relações jurídicas.

Nesse cenário, o neoconstitucionalismo pode colaborar para a diminuição dos desmandos das decisões judiciais com a tese de uma argumentação jurídica mais organizada, oferecendo ao país contornos mais técnicos para a solução dos conflitos, como analisado em seção específica.

Feitas essas considerações, passamos à análise das fontes do direito.

O problema das fontes jurídicas é uma questão que pertence à ciência do direito em geral e, por isso, são estudadas pela teoria geral do direito. A palavra fonte deriva do latim *fons*, *fontis* e esta de *fundo dare*, significando derramar. Daí porque podemos considerar as fontes do direito como o lugar onde nasce ou brota a norma jurídica. Nesse sentido, Agustín A. Gordilho<sup>38</sup> distingue as fontes em formais e materiais. As primeiras seriam aquelas que diretamente passam a constituir o direito aplicado e as segundas as que promovem ou originam, em sentido sociopolítico, as primeiras. Em consequência, a Constituição, as leis, os regulamentos e a jurisprudência seriam fontes em sentido formal e os fatos sociais, a doutrina e os costumes, em sentido material.

Manuel Maria Diez<sup>39</sup> complementa dizendo que embora as fontes sejam comuns a todo o ordenamento jurídico, assumem, em alguns ramos do direito, importâncias distintas. O autor ainda apresenta a posição de outros doutrinadores, como Linares Quintana, para quem a fonte seria os modos ou as formas mediante os quais o Estado realiza o direito na função da regra jurídica para aplicá-la; Sayagués Laso, que defende que as fontes são os elementos formais ou não formais, dos quais surgem as normas de direito; e Garrido Falla, que entende que as fontes são os atos, fatos de produção normativa que produzem

---

<sup>38</sup>. GORDILHO, 1974, v. I.

<sup>39</sup>. DIEZ, 1990.

proposições que determinado ordenamento jurídico qualifica como norma jurídica.

Na clássica teoria das fontes positivista, o direito seria um conjunto de regras especialmente elaboradas pelo Parlamento e selecionadas para a finalidade de regerem a ordem pública. Seriam comandos objetivos aplicados mediante subsunção. E foi sob o primado da lei – como regra – que o positivismo influenciou no Brasil a criação do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil.<sup>40</sup> O dispositivo seleciona, como fonte primária do ordenamento jurídico, a lei e, em sua omissão, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Como o neoconstitucionalismo pretende defender o direito como uma ciência prática, destinada a resolver problemas sociais e a transformar os direitos (e o direito) a partir da Constituição, é indispensável uma releitura dessas disposições, como bem leciona Pietro Sanchís:

(...) o neoconstitucionalismo requer uma nova teoria das fontes afastada do legalismo, uma nova teoria da norma que dê entrada ao problema dos princípios e uma reforçada teoria da interpretação, nem puramente mecanicista, nem puramente descricional, em que os riscos que comporta a interpretação constitucional possam ser conjugados por um sistema plausível de argumentação jurídica (Sanchís, 2003, p. 158).

O novo paradigma do direito neoconstitucional supera a clássica visão positivista do direito enquanto sistema de regras, a partir dos princípios que passam a representar uma efetiva possibilidade de resgate do mundo prático. Nesse diálogo aberto, não há espaço para a aplicação detalhada de fontes catalogadas por ordem de importância como preleciona a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). Com a força irradiante, ou nas palavras de Guastini, com a “força invasora” da Constituição, há uma necessária releitura das fontes jurídicas à luz do prelecionado pelas próprias normas constitucionais que, como já analisamos, abriram-se para um sistema de regras e princípios.

O costume, de acordo com Manuel María Díez,<sup>41</sup> é fonte não escrita que resulta não apenas de uma expressa manifestação de vontade da coletividade organizada, mas sim de um comportamento uniforme e constante praticado com a

---

<sup>40</sup>. Art. 4º, da LICC: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.”

<sup>41</sup>. DIEZ, 1990.

convicção com que se responde a uma obrigação jurídica. Deriva da repetição de fatos materiais em um determinado sentido, acompanhado daqueles elementos psicológicos que consistem em considerar obrigatório tal comportamento frente ao ordenamento jurídico.

A fonte costumeira indubitavelmente influenciou a formação do direito nas sociedades primitivas e no Brasil teve grande importância, principalmente como fonte do direito empresarial, que se formou mediante a realidade das trocas e escambos, por exemplo. Entretanto, com a complexidade da vida moderna, é difícil observar o costume como fonte imediata de direito. É claro que a repetição dos fatos é elemento transformador do direito. Aliás, bem pertinente a inserção da conhecida observação de Konrad Hesse – de que na vida da coletividade há realidades que se encontram em contradição com a Constituição, mas que essas realidades não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete da Constituição. O importante, em face delas, é fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o nascimento da realidade inconstitucional ou para por essa realidade, novamente, em concordância com a Constituição – e também muito lúcida, mas a influência dos costumes irá justificar que, mediante os princípios constitucionais, decisões judiciais sejam tomadas, ou, por força da mutação constitucional, determinem uma nova posição jurisprudencial.

A doutrina, não citada como fonte no referido dispositivo, ganha papel de muito destaque no Estado Constitucional de Direito. Sem as valiosas contribuições de juristas e acadêmicos na construção desse novo momento da história, esvaziariamos as decisões judiciais, que cada vez mais buscam em seus fundamentos amparo nos estudos realizados por profissionais especializados nessa área do saber (que por amor à pesquisa, mesmo não recebendo muitas vezes a justa remuneração, não se desviam de seus propósitos). Na tarefa árdua e muitas vezes solitária do estudo acadêmico, a contribuição da pesquisa é fonte das mais aprimoradas para a transformação do direito e da sociedade. Inúmeras teorias e conceitos que hoje estão presentes no ordenamento jurídico foram produto do estudo rigoroso dos “transformadores do direito”.

É imperioso destacar que o próprio positivismo jurídico teve uma grande importância na evolução do papel da doutrina como fonte do direito (ainda

que não formalmente citada na Lei de Introdução). Na ausência da lei como solução imediata para a aplicação da subsunção, os intérpretes sempre buscaram amparo nos livros, artigos jurídicos, dissertações e teses, que, filhos da pesquisa, contribuíram para a abertura dos horizontes jurídicos. Sem falar que é a partir da crítica ao positivismo jurídico que nasce esse novo momento neoconstitucional, com a colaboração imprescindível da doutrina nacional e estrangeira.

Não é à toa que aplicadores e operadores do direito retornam com cada vez mais frequência às universidades com o objetivo de renovarem as suas “certezas jurídicas”, muitas vezes ultrapassadas e perdidas em um direito que não está mais na ordem do dia. Mestrados e doutorados refinam o conhecimento jurídico e, das salas de aula, debates e produções científicas trazem importantes contribuições para o amadurecimento do saber. A Filosofia do direito e os postulados filosóficos gerais são aliados também muito importantes nesse momento de transformação do raciocínio jurídico.

A própria Lei das Diretrizes e Bases da Educação<sup>42</sup> exige, desde 1996, que o corpo de profissionais nas universidades seja formado por pesquisadores e estudiosos, primando por maior excelência no ensino e contribuindo, conseqüentemente, para a evolução da doutrina.

Com o reforço da jurisdição constitucional, a uniformização da jurisprudência presente nas súmulas vinculantes, o instituto da repercussão geral para admissibilidade do recurso extraordinário e os efeitos vinculantes das decisões nas ações do controle concentrado de constitucionalidade também apontaram para a importância da jurisprudência nesse novo contexto de revisão das fontes. São aparatos jurídicos modernos que inegavelmente possuem maior destaque do que os costumes e a analogia.

Os princípios gerais do direito não foram de modo algum substituídos, mas devem conviver harmoniosamente com os princípios constitucionais,

---

<sup>42</sup>. A Lei 9.394/1996 assim dispõe: (...)

Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por:

I - produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional;

II - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado;

III - um terço do corpo docente em regime de tempo integral.

explícitos e implícitos, e caso sejam colocados em conflito, a ponderação deverá, com equilíbrio, harmonizá-los.

O neoconstitucionalismo não defende, por certo, a existência de grau de importância entre as fontes, ou mesmo que uma fonte deva ter prevalência hierárquica sobre a outra. A Constituição, que é a fonte primeira e o oxigênio de todo o ordenamento jurídico, é a preocupação principal dessa nova teoria do direito, que prima pelo destaque aos princípios, que não podem mais serem reduzidos a fontes terciárias do sistema normativo.

### 2.3

#### **A constitucionalização do ordenamento jurídico e o neoconstitucionalismo**

As mudanças acontecem em nossas vidas todos os dias, algumas por nós planejadas, a maioria nem tanto. A velocidade dos acontecimentos às vezes não nos permite refletir que o mundo é energia, transformação. *As polis, civitas e landers* foram transformadas em grandes metrópoles, que em nada lembram os tempos de uma sociedade primitiva. Fomos à lua, à luta, vivemos no Brasil da monarquia e república, anos de ditadura e de “pseudo-democracias”. Essa força transformadora toma conta também do direito e o obriga constantemente a rever as suas certezas, estimula-o a enfrentar novos desafios, acalora debates, sempre procurando se aprimorar, mas sem pretensão de verdade, e sim na busca de um ideal ainda mais caro, a justiça.

O pensamento constitucional contemporâneo que dá título ao nosso trabalho, como já dissemos, não é algo já definido, sentenciado, pelo contrário, está em processo de construção e de reconstrução. Representa, na realidade, um momento de completas redefinições positivas dentro de Estados Constitucionais, impulsionado pela globalização, pela internacionalização dos direitos humanos e pela força irradiante que passa a ter a Constituição nesse novo contexto.

Em verdade, são muitos os pensamentos constitucionais contemporâneos; a efervescência jurídica toma conta da comunidade acadêmica e nos brinda com grandes debates e posições. E assim deve continuar por muito

tempo. A tese do garantismo de Ferrajoli<sup>43</sup>, o positivismo inclusivo de Hart, o pós-positivismo de Calsamiglia, são algumas das manifestações contemporâneas da maneira de pensar o direito. E justamente em consideração às diversas maneiras de interpretar o constitucionalismo contemporâneo que optamos pelo título Pensamento constitucional contemporâneo, e não neoconstitucionalismo, em que pese a opção clara pela teoria neoconstitucionalista como melhor proposta da atualidade como defesa de efetivação do direito à saúde.

A avalanche de transformações vivenciadas pela sociedade após a Segunda Guerra marcou para sempre o direito e, principalmente, o seu cérebro mais atuante: o homem.

Na Europa, a reorganização do ordenamento jurídico, aconteceu mais rapidamente do que no Brasil. As Constituições italiana (1947), alemã (1949), portuguesa (1976) e espanhola (1978) apresentaram modelos de Constituições abertas, destacadas pelo brilhantismo de seus princípios, permitindo uma verdadeira “constitucionalização do ordenamento jurídico”, que segundo Riccardo Guastini<sup>44</sup> significa um processo de transformação de um ordenamento jurídico que resultaria, ao final, com a sua impregnação de normas constitucionais, ou, como nas próprias palavras do jurista italiano: na própria invasão da Constituição!

Ainda com espreque na opinião de Guastini,<sup>45</sup> existiriam condições a ser preenchidas para que um ordenamento jurídico seja considerado “constitucionalizado”, quais sejam: *i*) a existência de uma constituição rígida (alterável mediante procedimento legislativo especial); *ii*) a garantia jurisdicional da Constituição (um controle efetivo de constitucionalidade das leis); *iii*) a força vinculante do texto constitucional (com a máxima efetividade de suas normas); *iv*) a sobreinterpretação (uma interpretação constitucional mais aprimorada); *v*) a aplicação direta de suas normas (derivada da combinação da força vinculante e da sobreinterpretação); *vi*) a interpretação conforme a Constituição (técnica de interpretação que possibilita a manutenção da norma infraconstitucional no ordenamento jurídico se interpretada de maneira harmoniosa com a Constituição);

---

<sup>43</sup> que mereceria uma análise teórica mais apurada, quem sabe em outro trabalho

<sup>44</sup>. GUASTINI, 2003, p.154.

<sup>45</sup>. GUASTINI, 2003.

e a *vii*) influência da constituição sobre as relações políticas (que ensejaria numa postura mais ativa do judiciário na concretização da vontade da Constituição).

[Alessandro Pace](#)<sup>46</sup> acrescenta que o constitucionalismo implica uma organização metodológica necessária para evitar as possíveis arbitrariedades de qualquer uma das manifestações do poder. O professor italiano ressalta que é preciso controlar as imunidades dos chefes de Estado e dos membros do Parlamento, as funções do Tribunal Constitucional, sem perder de vista a eficiência dos poderes públicos, evitando sempre que a necessária discricionariedade (que deve estar limitada, ao menos numa perspectiva finalista) não redunde nunca em arbitrariedade.

Salientamos, igualmente, que o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico constrói uma inegável relação constitutiva entre a Constituição e os direitos fundamentais, que não se resolve apenas pela constatação de que os direitos estão protegidos materialmente na Constituição, mas sobretudo que a Constituição se configura como uma verdadeira técnica de proteção dos direitos fundamentais, dando-lhes uma *naturaza* mais normativa e concreta.<sup>47</sup>

Antes de analisarmos o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro, é importante asseverar que, por conta dos anos de retrocesso político, social e constitucional vivenciados pelo país durante os 21 anos de ditadura militar, ele se manifestou muito tempo depois do processo europeu. Como afirma Clèmerson Merlin Clève,<sup>48</sup> quando a Constituição de 1988 foi promulgada a experiência jurídica brasileira ainda era prisioneira do positivismo, não existindo no país um arsenal teórico, um corpo de categorias funcionais e operacionais que pudessem dar conta da nova realidade constitucional.

---

<sup>46</sup>. PACE, Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/>. Último acesso em: 15/5/2008.

<sup>47</sup>. D'ATENA, Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/>. Último acesso em: 15/5/2008.

<sup>48</sup>. CLÈVE, Texto resultante da gravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – Idepe, sem data.

A seguir, identificamos em breves anotações, as características que apresentam o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro de 1988, à luz das lições de Guastini.

### 2.3.1

#### **A rigidez constitucional**

O art. 60 da Constituição Federal é conhecido por ser o núcleo da rigidez constitucional, pois lá está o processo legislativo diferenciado que deverá ser adotado pelo legislador para o processo formal de reforma constitucional. O referido dispositivo traz uma série de limitações de ordens materiais, formais e circunstanciais que devem ser observadas para a alteração do texto constitucional.

A par do processo rigoroso de alteração, nosso jovem texto já foi açoitado com 56<sup>49</sup> (cinquenta e seis) emendas constitucionais e 6 (seis) emendas de revisão, e aí é forçoso lembrar que rigidez não é sinônimo de estabilidade. De qualquer sorte, a rigidez interfere na hierarquia das leis, apresentando a Constituição no topo formal da estrutura normativa do país.

### 2.3.2

#### **A garantia jurisdicional da Constituição**

Ao ser o parâmetro do controle de constitucionalidade, a Constituição rechaça de todo o ordenamento jurídico normas que não estejam em harmonia com seu conteúdo. Isso significa também expulsar normas que sejam contrárias aos direitos fundamentais, garantindo-lhes a primazia sobre as demais codificações infraconstitucionais.

Neste mister, o controle de constitucionalidade no Brasil ganhou inegável reforço na Constituição de 1988. O sistema difuso, com base norte-americana, e presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1891, hoje se associa a um sistema de controle concentrado de constitucionalidade que em 1988 recebeu mais três importantes ações, a saber: ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art.103, §2º); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, introduzida por meio da EC 3/93) e a

---

<sup>49</sup>. Até 2/6/2008, data de entrega deste trabalho.

argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º), que, em conjunto com a ação direta de inconstitucionalidade (presente no ordenamento jurídico desde a EC 16/1965), formam o arcabouço principal de proteção constitucional no controle abstrato das leis e asseguram a supremacia da Constituição.

Ressalte-se ainda que a Constituição de 1988 ampliou significativamente o rol dos legitimados ativos para a propositura das ações diretas, em que pese a auto-restrição do STF na exigência de pertinência temática para os legitimados ativos que não são considerados “universais” (os do art. 103, IV, V e IX). Além do que, a EC 45/2004 atribuiu efeitos vinculantes às decisões de mérito de ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, §2º).

Em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, recentemente, abandonando a posição não-concretista geral<sup>50</sup> adotada praticamente por duas décadas, o STF decidiu<sup>51</sup> pela fixação de prazo de 18 (dezoito) meses para que o Congresso Nacional elabore a lei complementar federal anunciada pelo art. 18, §4º para cuidar da regularização da situação da criação dos municípios brasileiros.

---

<sup>50</sup>. Que, em resumo, impedia o juiz de editar norma faltante decidindo a questão sobre a omissão legislativa e também de determinar prazo para o legislador elaborar a norma faltante, em nome da harmonia e separação entre os poderes (art. 2º, CF).

<sup>51</sup>. O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pela Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/96, e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional. Inicialmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Salientando-se a indefinição existente na Constituição quanto aos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, considerou-se ser inevitável, com base no princípio de hermenêutica, que recomenda a adoção da interpretação que assegure maior eficácia possível à norma constitucional, que os entes e órgãos legitimados a propor a ação direta contra ato normativo possam instaurar o controle abstrato da omissão. Acrescentou-se que as alegações de irregularidade formal da representação da Assembléia, decorrente de não haver nos autos deliberação da Mesa, dando-lhe poder para ajuizar a ação, entrariam em choque com a presunção de legitimidade que acompanha a iniciativa, devendo, entre forma e substância, preferir-se esta sempre que, na dúvida entre ambas, seja o meio adequado para atingir a finalidade do instituto jurídico. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence que acolhiam a preliminar, ao fundamento de que apenas a Mesa da Assembléia Legislativa estaria legitimada a propor a ação, tendo em conta o disposto no art. 103, IV, da CF, e a inexistência de comprovação nos autos de deliberação prévia da Mesa no sentido do ajuizamento da ação. [ADI 3.682/MT, relator Ministro Gilmar Mendes, 9/5/2007 \(ADI 3.682\).](#)

### 2.3.3

#### A força vinculante do texto constitucional

Esta característica assegura que todas as normas constitucionais são plenamente aplicáveis e obrigam os seus destinatários e o poder público. É a vinculação do Poder legislativo, Executivo e Judiciário à missão de concretizar todas as normas constitucionais, mesmo as classicamente denominadas como programáticas como sempre foi taxada à proteção ao direito à saúde.

A “ductilidade constitucional”, na expressão de Zabrebelsky,<sup>52</sup> representada pela abertura constitucional aos princípios e valores, que formam a base essencial da Constituição moderna, influenciada pelas teorias de Dworkin, Alexy, Canotilho, Paulo Bonavides e de tantos outros doutrinadores, reestruturou o olhar de todos sobre a Constituição. Neste contexto, ela deixa de ser analisada sob o prisma estritamente formal, como norma que reuniria apenas os preceitos caracterizadores do Estado (normas de organização do Estado, separação de poderes, repartição de competências etc), para se expandir para todo o ordenamento jurídico.

Essa força vinculante da Constituição se irradia para os demais ramos do direito e a constitucionalização marca presença importante na ordem jurídica privada. Nesse sentido, Maria Celina Bodin<sup>53</sup> contextualiza que os princípios da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade social ou familiar, que se encontram previstos na Constituição Federal, servem para redimensionar o conceito de dano moral.

Em que pese a nova proposta interpretativa constitucional não pretender diminuir o espaço do direito privado, é fato que o altera qualitativamente, potencializando-o mediante a funcionalização de seus postulados à luz dos princípios fundamentais,<sup>54</sup> entre eles, a dignidade da pessoa humana, valor axiológico que ao ser alçado expressamente ao ambiente constitucional de 1988 propôs uma verdadeira reviravolta no ordenamento jurídico.

---

<sup>52</sup>. ZABREBESLKY, 1995, p.14.

<sup>53</sup>. BODIN DE MORAES, 2007.

<sup>54</sup>. TEPEDINO, 2007.

### 2.3.4

#### A sobreinterpretação

Ao lado dos clássicos métodos de interpretação constitucional da escola de Savigny do século XIX (gramatical, lógico, sistemático e, histórico, principalmente), a nova interpretação constitucional assenta-se num modelo de princípios que, mediante o método da ponderação (analisado em subsecção específica) visa assegurar uma efetividade maior e realização do texto constitucional.

Por meio de uma interpretação constitucional mais qualificada, os juízes constitucionais permitem que se extraiam da Constituição soluções jurídicas idôneas para resolver os inúmeros conflitos apresentados pela sociedade. Os princípios da unidade constitucional, da concordância prática, da correção funcional, da razoabilidade e da proporcionalidade são expoentes importantes no constitucionalismo brasileiro e presentes em várias decisões do STF<sup>55</sup> sobre o próprio direito à saúde.

Com os postulados da nova argumentação jurídica, os direitos fundamentais recebem destaque quando, ao lado da perspectiva tridimensional – norma, fato social e valor – surge a discussão axiológica e crítica para solucionar os conflitos por meio da argumentação.

Como já explicitado, entendemos que a característica da aplicação direta de suas normas é derivada da combinação da força vinculante e da sobreinterpretação constitucional, além da necessária difusão da cultura jurídica constitucional pelo país, modificando o padrão clássico que sempre associou a função da Constituição como fonte de limitação de poder político estatal, por isso a decisão de não abrir tópico específico para tratar do assunto.

---

<sup>55</sup> Que serão analisadas em subsecção específica

### 2.3.5

#### **A interpretação conforme a Constituição**

Em nome do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, a favor da legitimidade do trabalho conjunto (em regra) realizado pelo Legislativo e o Executivo, a Lei 9.868/1999 agasalhou em seu art. 28, o princípio da interpretação conforme a Constituição em sede de julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e também na ação declaratória de constitucionalidade. Impõe o postulado que haja por parte do intérprete uma postura de preservação do sistema normativo, tendo em vista o impacto que causa a todos a invalidação de uma norma jurídica.

Como bem assevera Guastini<sup>56</sup>, não existe um texto normativo que possua apenas um significado (ou pelo menos, dificilmente não há, ponderamos), ou seja, é possível que uma norma seja susceptível de duas interpretações, uma que contradiz a norma constitucional e a outra, por sua vez, completamente compatível com a Constituição. Em sua tarefa diária de eleger a interpretação correta da norma em nome da supremacia constitucional, o juiz poderá optar pela preservação da lei no ordenamento jurídico, desde que seja interpretada em harmonia ao texto constitucional.

### 2.3.6

#### **Influência da constituição sobre as relações políticas**

Esse é sem dúvidas o aspecto mais desafiador da constitucionalização do ordenamento jurídico, principalmente em face de uma Constituição dirigente como a nossa. Estabelecer os limites de atuação do Judiciário, os parâmetros de contenção de excessos, o que é verdadeiramente ambiente de discricionariedade administrativa e legislativa, é tarefa das mais desafiadoras trazidas pelo Estado Constitucional de Direito.

Como leciona Eduardo Moreira,<sup>57</sup> o controle das políticas públicas é a materialização da invasão da Constituição na implementação e execução das

---

<sup>56</sup>. GUASTINI, 2003.

<sup>57</sup>. MOREIRA, 2008, p. 135-136.

políticas públicas; direito e forças do Estado precisam andar mais juntos no Brasil. Diante da relevância do tema, não à toa, reservamos duas subseções para tratarmos do assunto.<sup>58</sup>

Com a exposição anterior, apresentamos o primeiro passo na análise do tema, qual seja: a constitucionalização, ainda que tardiamente, chegou ao ordenamento jurídico brasileiro. Poderíamos defender que a constitucionalização foi pressuposto determinante para o nascimento e desenvolvimento da configuração teórica do neoconstitucionalismo, ou seja, sem as suas premissas não se pode sustentar a existência dos novos desafios trazidos pelo neoconstitucionalismo. Em resumo, o “novo” constitucionalismo impulsionou de maneira determinante o neoconstitucionalismo, mas com ele não se confunde.

Poderíamos asseverar ainda que o neoconstitucionalismo, por não ser modelo teórico genérico, não poderia estar presente em todos os países de organização constitucional, mas apenas naqueles que estão com os seus Estados Constitucionais em perfeito (ou quase isso) funcionamento, em regra, países democráticos do Ocidente.

Como falamos de um modelo teórico novo, sabemos que não há também um significado unívoco ao termo neoconstitucionalismo. Podemos dizer que os estudos desenvolvidos no sentido de categorizar ou determinar aspectos que permitiriam a divisão do neoconstitucionalismo em linhas teórico-filosóficas distintas ainda estão em processo de construção. De qualquer sorte, a título de exemplificação, mencionamos algumas dessas tentativas de categorizações.

Susana Pozzolo, citando T. Mazzaresse,<sup>59</sup> apresenta o neoconstitucionalismo sob dois ângulos: primeiramente, em seu sentido teórico, o neoconstitucionalismo seria um modelo descritivo do direito do Estado Constitucional que se caracteriza pela negativa da tese juspositivista de separação entre direito e moral. Numa segunda análise, o neoconstitucionalismo, no sentido axiológico-normativo, teria preocupação com o direito real, o ideal jurídico concreto a ser perseguido por meio de uma proteção evolutiva dentro do modelo de Estado Constitucional de Direito.

---

<sup>58</sup>. “O controle judicial das políticas públicas à luz dos postulados neoconstitucionalistas”. e “A Crítica ao neoconstitucionalismo: governo de juízes?”

<sup>59</sup>. MAZZARESE, 2001 p. 188 e 189.

Também seria possível distinguir o neoconstitucionalismo em teórico e total. Nesse sentido, Eduardo Moreira<sup>60</sup> (neoconstitucionalista total, por certo) afirma que para os defensores da linha teórica, entre os quais cita Luís Pietro Sanchís e Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo estabelece o Direito Constitucional como o centro de ordenamento jurídico e da teoria do direito, afirmando-se como antipositivista e antijusnaturalista. Os adeptos ao neoconstitucionalismo total – entre os quais Eduardo indica Alfonso Figueroa, Sastre Ariza e Antônio Cavalcanti Maia – aceitam as premissas do neoconstitucionalismo teórico, mas inovam na defesa pela conexão entre o direito constitucional e a filosofia do direito, apresentando a moral de maneira sofisticada pela pretensão de correção.

Paolo Comanducci,<sup>61</sup> numa tentativa de instituir uma classificação entre o que denomina de “formas do neoconstitucionalismo”, distinguiu-o sob uma concepção tripartida, a saber: neoconstitucionalismo ideológico, metodológico e teórico, em seguida explicados.

Apresentado como uma ideologia (o que não discordamos completamente), o neoconstitucionalismo avançaria quanto ao novo constitucionalismo porque teria como primeiro objetivo o de garantir a concretização dos direitos fundamentais. Ademais, não se limitaria a descrever apenas o processo de constitucionalização, mas também a propugnar para a sua defesa e ampliação. Como elemento frágil desse modelo neoconstitucional, destacamos que não oferece premissas teóricas para a sua consolidação. No plano das idéias, o neoconstitucionalismo não passaria de um projeto audacioso, sem ferramentas para a concretização, o que não é o caso.

O neoconstitucionalismo metodológico considera que os princípios constitucionais fazem uma ponte entre o direito e a moral<sup>62</sup> e seria estruturado pela premissa de que qualquer decisão jurídica estaria justificada se derivasse em última instância de uma norma moral. Nesse sentido, Comanducci apresenta críticas coerentes sobre que tipos de normas morais poderiam justificar validamente uma decisão judicial: moral objetiva verdadeira (presente no

---

<sup>60</sup>. MOREIRA, 2008, p. 48-51.

<sup>61</sup>. COMMANDUCCI, 2003.

<sup>62</sup>. COMMANDUCCI, 2003.

ordenamento jurídico); moral objetiva racional (aceita por todos); moral subjetivamente escolhida (pelo juiz, numa posição interna e individual); e, ainda, moral intersubjetivamente aceita (o juiz seria, neste caso, sociólogo da moral positiva). Em rebate ao neoconstitucionalismo que chama de metodológico, o renomado jurista ressalta que não há homogeneidade moral na sociedade e também que as normas morais compartilhadas por todos já seriam incorporadas ao ordenamento jurídico como regras ou princípios e não dependeriam dessa “ponte” de ligação para serem aplicadas.

Para configurar o neoconstitucionalismo sob a perspectiva de uma nova teoria de direito, da qual também compartilhamos, deixamos a percepção italiana desenvolvida nos parágrafos anteriores, para analisá-la sob o enfoque de Alfonso García Figuerola.<sup>63</sup> O jurista espanhol, para esse mister, anuncia que existem três grupos fundamentais de teorias do direito: teorias positivistas, teorias jusnaturalistas e teorias mistas (dentre elas o realismo jurídico e outras teorias críticas). Como já tratamos,<sup>64</sup> a primeira teoria identifica o direito como um sistema de normas e se preocupa com a validade e não com os aspectos morais da lei. Em razão disso, apregoa, em seu sentido exclusivo, a separação total entre o direito e a moral, e, em seu sentido inclusivo, a existência da moral, mas não de aplicação obrigatória. Na segunda corrente teórica, haveria uma preocupação axiológica com o ordenamento jurídico e com o ideal de justiça, concepção em declínio com o processo de desencantamento religioso que assola o mundo. Por derradeiro, as últimas teorias se preocupariam, em síntese, com a eficácia das normas na sociedade.

Dentro deste novo cenário trazido pelo constitucionalismo, o professor espanhol, na mesma obra<sup>65</sup> acrescenta que a Constituição atende às três teorias citadas por ser, ao mesmo tempo, uma norma jurídico-positiva, que expressa um ponto de vista ideal sobre a justiça e, ainda, um conjunto de valores com reconhecimento social e que adquire seu máximo vigor por meio de sua aplicação por parte dos juízes. E ainda acrescenta:

---

<sup>63</sup>. FIGUEROA, 2003.

<sup>64</sup>. “A crise do positivismo – o rito de passagem pós-positivista – a chegada ao neoconstitucionalismo?”

<sup>65</sup>. FIGUEROA, 2003.

Por esta razón, en la actualidad son diversos los autores que contemplan en el afianzamiento del Estado constitucional de Derecho una verdadera piedra de toque de la teoría del Derecho que pone de manifiesto las insuficiencias del positivismo jurídico, del iusnaturalismo e incluso de otras doctrinas como el realismo jurídico. Estas insuficiencias justificarían así una nueva concepción del Derecho, un nuevo paradigma jurídico integrador que se ha dado en denominar (neo)constitucionalismo.

É inegável a importante reflexão a que se submetem as teorias clássicas do direito diante da constitucionalização do ordenamento jurídico. Não há dúvidas de que a Constituição não é apenas um documento legal. Possui, em verdade, um intenso significado simbólico e ideológico e reflete tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser.<sup>66</sup> A passagem do ordenamento jurídico para o centro da Constituição instaura, com grande ímpeto, a Constituição na paisagem jurídica do país e nos discursos dos operadores jurídicos.<sup>67</sup>

Sem dúvidas a Constituição exerce um papel principal e está no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Como as Constituições sob essa nova ótica assumem o papel de norma de maior destaque e como os direitos fundamentais também precisam ser preservados em um alto estatuto, diante da sua grande importância, a nova teoria constitucionalista, ao elevar o olhar sobre a Constituição, garante também a ampliação do debate sobre os direitos fundamentais. Para Figueroa<sup>68</sup> o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico não se limitou a transformar o direito, tendo, também, repercutido sobre a própria maneira de pensar o direito.

Ao exaltar o relacionamento da filosofia do direito e os princípios políticos e morais da filosofia geral, o neoconstitucionalismo também aproxima o direito da sua legitimação moral e, em particular, a Constituição dos próprios direitos fundamentais.

Mas, como se sabe, toda teoria deve ser apoiada em postulados informadores que servem para justificar as suas pretensões, então, partindo dessa premissa, quais seriam os elementos, em síntese, que poderíamos apresentar para defender o neoconstitucionalismo como uma teoria do direito contemporânea?

---

<sup>66</sup>. JACKMAN, 1992.

<sup>67</sup>. BARROSO, 2006

<sup>68</sup>. FIGUEROA, 2003

O neoconstitucionalismo implica uma renovada visão de um direito constitucional que deve ser adequado a uma sociedade moderna, não apenas como um movimento ou um simples momento de deslocamento das *démarches* teóricas e sim como uma proposta inovadora que reúne, em uma mesma época, os elementos que contribuíram para a abertura do direito sob o signo da Constituição. A revisão da teoria clássica da norma proporcionada pela valorização dos princípios – que reaproximaram inegavelmente o direito da sua moral legitimadora, proporcionando o aprimoramento das técnicas de interpretação constitucional, a revisão da teoria das fontes e a aplicação da ponderação como método de solução de conflitos de interesses, a pretensão de correção, a argumentação jurídica e o reforço da jurisdição constitucional, todos reunidos formam os pilares dessa teoria que ora se anuncia no Brasil como um reforço animador para a efetivação do direito à saúde.

## 2.4

### **A Crítica ao neoconstitucionalismo: governo de juízes?**

Como proposta inicial para esse inevitável capítulo, pensamos em catalogar uma coletânea de críticas de juristas consagrados ao neoconstitucionalismo, como por exemplo, Juan Antônio García Amado,<sup>69</sup> Ernst Fortshoff,<sup>70</sup> Susanna Pozzolo,<sup>71</sup> Dimitri Dimoulis,<sup>72</sup> apresentando-lhes as respostas correlatas às suas indagações. Todavia, em momento posterior, conscientizamo-nos de que os argumentos expostos ao longo do trabalho já responderiam a algumas das críticas que esses e tantos outros pensadores fazem acerca do neoconstitucionalismo.<sup>73</sup> Se ainda permanecerem perguntas sem respostas exatas, não comprometem a nossa dissertação, pois o momento é de transição, de construção e não precisamos (e não as temos) de todas as respostas sobre uma teoria nova em processo de solidificação em um Estado Constitucional

---

<sup>69</sup>. GARCÍA AMADO, 2008, p. 213-236.

<sup>70</sup>. FORSTSHOFF, 1975, p. 242.

<sup>71</sup>. POZZOLO, 2006, p. 77 e ss.

<sup>72</sup>. DIMOULLIS, 2006, p. 47.

<sup>73</sup>. Para exemplificar as outras críticas: Por que a expressão neoconstitucionalismo? O direito não ficará mais incerto com o uso dos princípios abertos? Existem Constituições boas e más. O que ocorrerá quando forem as últimas a vigorar?

de Direito, também novo, cuja Constituição completará apenas vinte anos de vida no dia 5 de outubro próximo.<sup>74</sup>

Já que o reforço à Jurisdição Constitucional e ao papel do juiz constitucional, como um todo, são pilares defendidos pela nova teoria, concluímos que a principal crítica que o neoconstitucionalismo enfrenta (por isso “A Crítica” do título) gira em torno da mesma pergunta, ainda que fardada por expressões distintas: Viveremos à mercê do decisionismo judicial? Estão os juízes acima do bem e do mal? São os juízes os déspotas do século XXI?

Atento à legítima preocupação da comunidade acadêmica sobre o alargamento dos poderes dos juízes, defendido pela configuração teórica do neoconstitucionalismo, Antônio Cavalcanti Maia<sup>75</sup> assim se manifestou:

Imparcialidade, boa-fé, honestidade, responsabilidade social e capacidade teórica impõem-se aos magistrados. Como afirma Alexy, “os juízes não são anjos nem heróis”, contudo a ampliação da latitude discricional da atividade judicante e, ipso facto, da responsabilidade dos magistrados, exige uma mais cuidadosa motivação das decisões judiciais respaldada nos parâmetros argumentativos referenciados à teoria da argumentação. Quanto à competência teórica, usando uma imagem trivial, nossos juízes, sobretudo os mais novos, terão que “desempenhar” como as crianças de classe média das novas gerações, obrigadas agora a aprender mais de uma língua estrangeira para enfrentar o competitivo mercado de trabalho. Assim, além do exaustivo conhecimento de dogmática jurídica, terão que aprofundar seus conhecimentos extra-dogmáticos, como em filosofia do direito-hermenêutica e argumentação jurídica, sobretudo – políticas públicas e noções de economia. Quanto às questões relativas às virtudes morais, a resposta é ainda mais difícil. Acredito na seriedade, honestidade e no compromisso do Judiciário brasileiro (...),

Compartilhamos do mesmo sentimento manifestado nas palavras do professor Maia e também vamos apresentar em subseção posterior<sup>76</sup> que o neoconstitucionalismo oferece como instrumento de legitimação e de contenção das decisões judiciais o desenvolvimento da cultura argumentativa alinhada à pretensão de correção, que sob a influência de Robert Alexy, traria mais técnica e rigor às sentenças, fazendo valer o verdadeiro espírito constitucional do art. 93, IX.

---

<sup>74</sup>. O trabalho foi entregue no dia 2/6/2008.

<sup>75</sup>. MAIA, 2006.

<sup>76</sup> “O Controle Judicial das políticas públicas à luz do neoconstitucionalismo”

Sobre o assunto, claras são as palavras de Pietro Sanchís:<sup>77</sup> “as leis se legitimam pela autoridade da qual procedem; as sentenças, só por suas boas razões”.

Mas, além da importância da argumentação jurídica, partimos de uma análise global do ordenamento jurídico brasileiro<sup>78</sup> e, então, reunimos nesta subseção alternativas oferecidas pelo próprio Estado Constitucional brasileiro de 1988 como fontes de democratização das decisões judiciais, as quais funcionam também para a prevenção dos eventuais excessos do juiz constitucional. Algumas delas receberam, inclusive, nossas sugestões de aperfeiçoamento. Reunimo-las em quatro categorias distintas: *i*) social, *ii*) técnica, *iii*) administrativa e *iv*) política, que passamos a analisar em seguida.

### 2.4.1

#### Social

O primeiro argumento de cunho social é a audiência pública. Cuida-se de uma instância no processo de tomada da decisão do poder público, por meio da qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos da decisão judicial tenham a oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo. É instrumento de democratização das decisões porque permite a toda a sociedade um amplo debate, que, embora de natureza consultiva, deverá influenciar os juízes constitucionais à tomada de decisões em casos mais difíceis com base em argumentos amplamente debatidos com a comunidade.

No Brasil, a audiência pública em âmbito judicial está prevista no art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/1999, que cuida da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

No dia 20 de abril de 2007, o Supremo Tribunal Federal, dando aplicabilidade ao dispositivo citado, realizou a primeira audiência pública de sua

---

<sup>77</sup>. SANCHÍS, 2003, p. 3.

<sup>78</sup>. O que nos permite o trabalho, pela textura aberta do título “pensamento constitucional contemporâneo”, ainda que o neoconstitucionalismo tenha sido escolhido para justificar a linha teórica dessa dissertação.

história, no intuito de reunir informações científicas para julgamento da ADI nº 3.510,<sup>79</sup> proposta pela Procuradoria-Geral da República contra dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). A ação impugnou artigos referentes à utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias. Para apresentar seus conhecimentos e esclarecer aspectos sobre a matéria, foram convidados para participar da audiência pública diversos especialistas da área, como médicos, farmacêuticos, biofísicos, antropólogos e advogados defensores de direitos humanos, entre outros.

A decisão de convocar uma audiência pública para debater e reunir mais informações sobre o assunto foi do relator da referida ADI, o Ministro Carlos Ayres Britto, para quem o debate popular, além de subsidiar os ministros que irão julgar a ação, também possibilitará maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário da Corte. “Esse aporte em informações científicas contribuirá para o melhor conhecimento da causa e incorpora à nossa decisão um teor de legitimidade, uma vez que a sociedade - pelos seus setores cientificamente organizados - está nos subsidiando para uma tomada de decisão mais consciente”, afirmou o ministro.<sup>80</sup>

A audiência pública, que pode ser realizada com muito mais frequência, se a sociedade e os juízes se conscientizarem de sua importância, poderá ser uma frente importante de legitimação do debate democrático sobre as decisões judiciais.

A segunda instância social na legitimação das decisões judiciais é a intervenção do *amicus curiae*. A participação do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro está prevista no art. 7º, §2º, da Lei 9.868/1999, que, como já relatado, cuida do controle concentrado de constitucionalidade. O instituto, de origem norte-americana (onde é denominado de *friend of the court*), é um colaborador da justiça, que poderá levar ao juiz argumentos, pontos de vista e informações técnicas, contribuindo na formação do convencimento da Corte sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma lei.

---

<sup>79</sup>. A referida ação foi julgada improcedente na sessão plenária do STF, realizada no dia 29/05/2008.

<sup>80</sup>. Ver: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Disponível em “Notícias”, 19/4/2007.

Em regra, o pedido de “colaboração” é feito por órgãos ou entidades representativas da sociedade que tenham interesse na decisão judicial e formulado, nos termos da lei, diretamente ao relator da ação. As organizações coletivas, desde que autorizadas pelo relator, poderão oferecer memorandos, perícias, pesquisas técnicas e sustentação oral para a defesa de suas opiniões. É, sem dúvida, uma bela fonte de democratização das decisões judiciais e o STF tem aceitado vários colaboradores em processos distintos.<sup>81</sup>

Segundo Bianca Stamato,<sup>82</sup> o *amicus curiae* abre caminho para a intersubjetividade no processo objetivo do controle de constitucionalidade, dotando-o de ares mais democráticos. Trata-se de uma tomada de posição no sentido de que a participação dos cidadãos pode impregnar de legitimidade as decisões judiciais, em harmonia com a sociedade pluralista, não deixando de significar também uma atitude mais modesta do Poder Judiciário.

A emenda constitucional 45/2004 ampliou a participação do *amicus curiae* no debate constitucional brasileiro. A inserção da repercussão geral em recurso extraordinário, como requisito de admissibilidade do próprio recurso, presente no art. 102, §3º, da CRFB/1988, recentemente regulamentado pela Lei 11.418/2006,<sup>83</sup> trouxe nova possibilidade de atuação do “colaborador da justiça” também no controle difuso de constitucionalidade. Como o instituto da repercussão geral ainda é novo<sup>84</sup> no ordenamento jurídico, não temos ainda dados suficientes para determinar a efetividade da participação do *amicus curiae* nesse

---

<sup>81</sup> Para lembrar alguns dos *amicus curiae* aceitos pelo STF: Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (Movitae) e Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis), todas na ADI 3.510 (Lei de Biossegurança); Associação dos Magistrados Catarinenses (ADI 2.130); Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg), na ADI 3.878, Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais (Feneme), na ADI 2.862. Ver: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

<sup>82</sup> STAMATO, 2004, p. 15-27.

<sup>83</sup> Lei 11.418/2006:

(...)

Art. 2 A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 543-A e 543-B:

“Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

(...)

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

<sup>84</sup> A EC 1/1969 já havia adotado instituto parecido de filtragem recursal: arguição de transcendência.

tipo de relação processual, o que não desmerece a sua citação, pela abertura de um novo horizonte.

## 2.4.2

### Técnica

O art. 93 da CRFB/1988 dispõe sobre o concurso público a que devem se submeter os futuros magistrados para ingresso na carreira pública. A EC 45/2004, colaborando com o amadurecimento profissional dos futuros aplicadores do direito, trouxe ao referido artigo<sup>85</sup> mais um requisito que deve ser preenchido pelo candidato para que possa se submeter ao certame: a comprovação de três anos de atividade jurídica.

Entendemos que as provas de ingresso dos magistrados na carreira pública devam ser aperfeiçoadas à luz desse novo momento constitucional. Não se trata de torná-las mais difíceis do que já o são, mas é inevitável que esse encontro filosófico-crítico do direito também esteja presente nos estudos do futuro juiz. Questões de prova que permitam um diálogo mais aberto e franco com a nova realidade constitucional serviriam para abrir as mentes de todos, preparando-os mais tecnicamente para o exercício de suas funções.

Infelizmente, em descompasso com a nova realidade jurídica do país, muitas questões de prova de ingresso na magistratura ainda exigem do candidato “a letra da lei”<sup>86</sup> e os concursandos passam por verdadeira maratona de aperfeiçoamento de memória normativa, enquanto poderiam se debruçar na

---

<sup>85</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação ([redação dada pela EC nº 45, de 2004](#)).

<sup>86</sup> A título de exemplificação, trazemos duas questões de prova cobradas no concurso de Juiz Federal Substituto do TRF da 5ª Região, realizado em 5/08/2007, pela banca Cespe/UnB: questão 60: os mandados de segurança contra ato do Conselho Nacional do Ministério Público são processados e julgados no STJ (a assertiva é falsa, com base no disposto no art. 102, I, “r”, da CRFB/88), e ainda a questão 68: a Constituição Federal exige a condição de brasileiro nato ao ocupante dos cargos de Ministro do STF e do Procurador-Geral da República (a assertiva é falsa porque o cargo de Procurador-Geral da República não é privativo de brasileiro nato na forma do art. 12, §3º, da CRFB/1988). Disponível em: <[www.cespe.unb.br/concursos/trf5juiz2007](http://www.cespe.unb.br/concursos/trf5juiz2007)>.

resolução de estudos de casos, ponderação, aplicação dos princípios constitucionais, hermenêutica, enfim, assuntos que estarão na ordem do dia de sua futura atividade profissional.

Diante da complexidade dos fatos que são levados às instâncias judiciais, defendemos, igualmente, que os juízes devem ser submetidos a atualizações constantes em outras áreas do saber, com palestras e seminários de atualização jurídica e sobre questões da atualidade, como, por exemplo, as relacionadas à ciência, filosofia, tecnologia, meio ambiente, regulação, economia etc. Ressalte-se que essa atualização já está prevista como critério de aferição de merecimento do magistrado para sua promoção na carreira, conforme dispõe o art. 93, II, “c”,<sup>87</sup> da CRFB/1988.

### 2.4.3

#### Administrativa

Na fiscalização administrativa e financeira dos órgãos do Poder Judiciário, a EC 45/2004 colaborou com a criação do Conselho Nacional de Justiça, na forma do art. 103-B,<sup>88</sup> como agente da própria estrutura do Poder Judiciário para controle de sua atuação administrativa e financeira.

O instituto é também um avanço democrático, pois a sua composição híbrida garante a participação de membros da sociedade, como advogados,

---

<sup>87</sup>. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

(...)

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e prestação no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; [\(redação dada pela EC nº 45, de 2004\)](#)

<sup>88</sup>. Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: [\(incluído pela EC nº 45, de 2004\)](#);

(...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

membros do Ministério Público e cidadãos, que ao todo perfazem seis dos quinze membros da composição do referido órgão.

Das suas atribuições constitucionais, observamos que o referido Conselho poderá de ofício, ou mediante provocação, desconstituir ou rever os atos administrativos (mas não jurisdicionais) praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas. Poderá, ainda, de acordo com a disposição constitucional, avocar processos disciplinares em curso e rever (em favor ou contra o acusado) os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de 1 (um) ano.

A disposição constitucional também trouxe a determinação de criação de ouvidorias de justiça pela União, as quais serão competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares. A ouvidoria representará diretamente ao Conselho e este se reportará a ela também sem necessidade de intermediação.

Como exemplo de atuação do Conselho Nacional de Justiça, podemos mencionar a Resolução nº 7/2005<sup>89</sup> (contra o nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário), que disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores

---

<sup>89</sup> Resolução nº 7/2005.

Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras: I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados; II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações; III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento. (...)

investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário, além de dar outras providências.

Sobre a importância do papel do Conselho Nacional de Justiça, afirma Luís Roberto Barroso:

(...) a relação do Judiciário com a sociedade deve passar por um órgão de controle externo, na verdade misto, apto a promover a comunicação adequada entre as duas instâncias. Uma via de mão dupla, capaz de transmitir as expectativas dos cidadãos e de compreender as circunstâncias das instituições judiciais. Dentre outras funções, ao Conselho Nacional de Justiça caberia, sem interferir na atividade jurisdicional, planejar estrategicamente a instituição, reivindicar verbas e compromissos, apresentar relatórios estatísticos, zelar pela universalização do acesso à justiça e, quando for o caso, punir desvios de conduta (Barroso, 2004, p. 3).

Ainda com atuações um pouco tímidas, o referido Conselho poderá se tornar mais uma frente de fiscalização efetiva das atividades administrativas do Poder Judiciário, zelando pela garantia fundamental da razoável duração do processo, inserida por meio da EC 45/2004 ao art. 5º da Constituição,<sup>90</sup> como também pelos princípios da impessoalidade e moralidade que devem guiar a realização dos concursos de magistrados no Brasil.

#### 2.4.4

#### Política

Sobretudo na atuação judicial nas políticas públicas, é importante que o juiz constitucional esteja bem consciente da realidade do país. Desse modo, sustentamos a importância de visitas *in loco*, como a que foi realizada no dia 22/5/2008 pelos Ministros do STF Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto e Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao estado de Roraima.<sup>91</sup> Os ministros foram conhecer a terra indígena Raposa Serra do Sol, para fins de obter informações sobre a posse indígena, qual é sua dimensão institucional, amplitude territorial e a questão da soberania envolvida.

---

<sup>90</sup>. “Art. 5º, LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação ([incluído pela EC nº 45, de 2004](#)).”

<sup>91</sup>. Disponível em “Notícias” do dia 23/5/2008, no site <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

A visita *in loco* dos juízes encontra respaldo legal no Código de Processo Civil<sup>92</sup> e é importante instrumento de convencimento dos juízes na compreensão de números, dimensões e versões da realidade colocadas muitas vezes friamente nos papéis dos autos.

Em relação à saúde pública, visitas a hospitais, ambulatórios e postos de saúde por juízes ou por comissões por eles determinadas para essa finalidade, seriam de grande valia para a conscientização do juiz constitucional sobre a importância e o alcance de suas decisões que tratam da vida humana.

Inegável que não é suficiente o “banho de realidade social” dos juízes para que os problemas que envolvem as políticas públicas sejam solucionados. Elas envolvem gastos, acarretam despesas, reorganizam limites orçamentários e é imperioso que o juiz constitucional também tenha a visão da realidade econômica e política do país. Defendemos, por conseguinte, uma integração política maior entre as três funções do Poder, num sistema efetivo de colaboração desenhado pela independência harmoniosa delimitada pelo art. 2º da CRFB/1988.

O Estado Constitucional de Direito precisa dessa integração e união de esforços de todos os poderes na concretização dos direitos fundamentais, principalmente sobre a complexidade que envolve a questão da saúde no Brasil.

O assunto não é simples, nem poderia se encerrar por aqui, mas a proposta apresentada teve como objetivo, pelo menos, oferecer instrumentos que possam colaborar para minimizar a possibilidade dos excessos do juiz constitucional, que alinhados às suas bem fundamentadas decisões, são imprescindíveis para a melhoria de vida da população.

---

<sup>92</sup>. “Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa. Art. 441. Ao realizar a inspeção direta, o juiz poderá ser assistido de um ou mais peritos. Art. 442. O juiz irá ao local, onde se encontre a pessoa ou coisa, quando:  
I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;  
II - a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;  
III - determinar a reconstituição dos fatos.  
Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa.”