

AS BASES DO NEOCONSTITUCIONALISMO COMO JUSTIFICADORA DA MAIOR ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson¹
Jackson Tavares da Silva de Medeiros²

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo identificar o ativismo judicial na ótica do neoconstitucionalismo e na perspectiva hermenêutica. Para tanto, utilizar-se-á pesquisa qualitativa desenvolvida em base doutrinária, normativa e jurisprudencial, abordando-se o tema pelo método hipotético-dedutivo de cunho descritivo e analítico, buscando-se em fontes doutrinárias - nacionais e alienígenas - e jurisprudenciais, conteúdos descritivos e informativos. O tema vem suscitando discussões tormentosas na doutrina e na jurisprudência, em vários aspectos de abordagem, dada a sua relação fundamental com esferas temáticas teóricas que constituem pilstras mestras na construção e sustentação da democracia e do Estado Democrático de Direito. Por exemplo, há um liame cognitivo do tema com a análise de um novo Direito constitucional, da nova visão hermenêutica constitucional, da evolução e do papel do Estado, do princípio da legalidade, da politização do judiciário, da judicialização da política e da democracia. É à luz dessas razões que se perpetra este trabalho. As novas técnicas hermenêuticas permitem, portanto, que a jurisdição constitucional seja exercida da forma mais desejada pela Constituição. Por isso, quando o juiz decidir, ele precisará dar um sentido à norma, sem, contudo, desbordar dos limites constitucionais, sob pena de se tornar arbitrário.

¹ Graduou-se em direito pela Universidade Potiguar (2004). Especializou-se em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte (2007), bem como na área de Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar (2007). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2009). Foi professor da Faculdade de Ciências Cultura e Extensão do Rio Grande do Norte - FACEX, por um período de 5 nos, tendo lecionados as cátedras de Direito Penal - I, Direito Penal II, Direito Penal III, Direito Penal IV, Direito Processual Penal - I e Direito Processual Penal - II, Direito Processual Constitucional, Direito Tributário, Direito Empresarial, Direito Administrativo, Direito da Seguridade Social. Lecionou nas pós-graduações "lato sensu" em MBA em Gestão Pública, MBA em Gestão Financeira, MBA em Auditoria e Perícia Contábil e na Pós em Assistência Sócio jurídica e Segurança Pública. Atualmente, professor de Direito, no Instituto Federal do Rio Grande do Norte - IFRN.

² Graduado em direito pelo Centro Universitário UNIFACEX. Especializando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Jurisdição Constitucional. Ativismo Judicial.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os limites e possibilidades da atividade jurisdicional, em primazia a jurisdição constitucional, exigem, portanto, compreender o papel do Judiciário enquanto legislador que cria norma ao decidir o caso concreto. Isso requer uma análise dos reflexos do neoconstitucionalismo no Estado brasileiro, pontuando os pilares que sustentam e explicam tal fenômeno e perpetrando a sua interação com (e seu influxo no) ativismo judicial.

Ademais disso, a temática anseia o desenvolvimento de estudo sobre a hermenêutica constitucional como mecanismo de criação e garantia de direitos, vez que, por meio dos métodos de interpretação, o Judiciário diz a vontade da Constituição. Aqui, será identificada a insuficiência da velha hermenêutica para atender os fins almejados pela Constituição brasileira de 1988.

Essa nova hermenêutica constitucional respira através da oxigenação que lhe é fornecida pela insurgência dos direitos fundamentais e da nova visão que se passa a ter sobre a força dos princípios e a aplicação dos mesmos.

Sobre isso recai uma jurisdição constitucional criadora e protetora dos direitos fundamentais, pontuando a velha hermenêutica como impotente para, por si só, realizar a vontade da Constituição.

Uma nova semântica se apresenta e a judicialização da política se concretiza por meio da aplicação das normas constitucionais e do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, acenando para o protagonismo do Judiciário e para o tão discutido ativismo judicial, no reflexo de um novo constitucionalismo, denominado neoconstitucionalismo, e de uma nova hermenêutica constitucional.

Para tanto, imprescindível é avaliar as premissas e a evolução do chamado neoconstitucionalismo. Com isso, será possível quebrar paradigmas e fazer reluzir novos caminhos que trilhem rumo à concretização da democracia e da vontade constitucional, abandonando-se os anacronismos doutrinários que representem, simplesmente, entraves frente à efetivação dos valores da Constituição e à realização democrática.

Para a sistemática metodológica do trabalho, utilizar-se-á de pesquisa qualitativa desenvolvida em base doutrinária, normativa e jurisprudencial, abordando-se o tema pelo método hipotético-dedutivo de cunho descritivo e analítico, buscando-se em fontes doutrinárias - nacionais e alienígenas - e jurisprudenciais, conteúdos descritivos e informativos.

2 OS REFLEXOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

As transformações pelas quais vem passando o Estado brasileiro, no âmbito do Direito Constitucional e da atuação do Poder Judiciário, nos últimos tempos, são fruto do fenômeno identificado como neoconstitucionalismo.³ Explica Sarmento, “O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como ‘neoconstitucionalismo.’”⁴

Três marcos são apontados por Barroso,⁵ para a observância de um novo direito constitucional: no marco histórico está, na Europa continental, “o constitucionalismo do pós-

³ Sobre o neoconstitucionalismo Uadi Lammêgo Bulos também chama de constitucionalismo contemporâneo, explicando que o fenômeno possui duas acepções distintas: “pela primeira, chama-se *neoconstitucionalismo* o modelo de Estado de Direito implantado com base em determinada forma de organização política. Expliquemos: durante muito tempo as correntes do pensamento constitucional andaram dissociadas. De um lado, os norte-americanos com a sua constituição garantista, de outro os europeus sem textos constitucionais garantistas. Pois bem, o *neoconstitucionalismo* propõe juntar essas duas vertentes, de modo a termos *constituições normativas garantistas*, dotadas de aperfeiçoado controle de constitucionalidade, para propiciarem ao Poder Judiciário maior segurança no equacionamento de conflitos. Nessa acepção, a ideia de *neoconstitucionalismo* assenta-se: (i) na força vinculante das constituições; (ii) na supremacia constitucional diante do sistema de fontes do Direito; (iii) na eficácia e aplicabilidade integrais da carta magna; e (iv) na *sobreinterpretação* constitucional, de sorte a impedir a existência de espaços em branco, sujeitos à discricionariedade legislativa. Por mais político que um litígio se apresente, ele deve ser submetido a um controle de constitucionalidade imparcial e técnico.” Já quanto à segunda acepção, discorre o autor: “denomina-se *neoconstitucionalismo* o conjunto de concepções oriundas de uma nova Teoria do Direito, a qual busca: (i) mais respeito a princípios, em vez de normas; (ii) mais ponderação do que subunção; (iii) mais direito constitucional, em vez de conflitos jurídicos desnecessários; (iv) mais trabalho judicial, em vez de ficar esperando os legisladores cumprirem seu papel; e (v) mais valores, em lugar de dogmas e axiomas ‘indiscutíveis’”. (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22)

⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm: 2011 p. 73.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, mar/abr/mai, 2007. Disponível em: <HTTP://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 22 set. 2011.

guerra, especialmente na Alemanha e na Itália”. No Brasil, por sua vez, assumiu tal papel “a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar”. Quanto ao marco filosófico, o autor diz ser este o pós-positivismo. Já o marco teórico, três grandes transformações o constitui, segundo o autor, quais sejam: “o reconhecimento de força normativa à Constituição”, “a expansão da jurisdição constitucional” e “o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.”

Analisando a nova forma de observação a que se deve direcionar os estudos constitucionais, pautada na importância do conteúdo da Constituição, explana Bonavides:

Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficavam na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competência, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado Liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado Social.⁶

Essa evolução do constitucionalismo, chegando ao neoconstitucionalismo, reflete a necessidade de se garantir e efetivar direitos fundamentais. Nessa linha de pensamento é que se reconstrói a atuação do Poder Judiciário, que ganha rótulo de protagonista em razão da suma importância que tem de guardar a Constituição e efetivar a vontade desta, bem como ser colaborador da realização da democracia. Transmuta-se de um Estado legislativo de direito para um Estado Constitucional de direito, alcançando, como dito em linhas acima, o Estado Democrático de Direito.

Para melhor compreensão, de forma sucinta, sem, contudo, desbordar da clareza necessária para o entendimento, Sarmiento elenca os fenômenos resultantes do neoconstitucionalismo, que se relacionam com as mudanças ocorridas após a Constituição brasileira de 1988:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 599.

significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.⁷

O Direito passa a ser visto com outros olhos, cujas lentes refletem a busca pela realização da Democracia, dos direitos fundamentais e da dignidade humana. Tudo isso com alicerce estruturado numa nova forma de ver a Constituição, quando ela ganha normatividade, força normativa e supremacia, deslocando-se para ocupar a centralidade do ordenamento jurídico e para permitir um alargamento da atuação jurisdicional pela via hermenêutica e aplicação dos princípios, que passam a ser reconhecidos como normas.

É um contexto que permite entender a transposição de um Estado legislativo de direito, apegado aos formalismos do positivismo, para um Estado constitucional de direito com aspectos pós-positivistas e neoconstitucionais.

De grande relevância o magistério de Barroso sobre Estado legislativo de direito, afirmando que:

(...) Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. **Neste ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento.**⁸

Já no tocante ao Estado constitucional de direito, elucida Barroso:

(...) a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. **Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.**⁹

Essa transformação do nível constitucional carrega sua essencialidade na busca pela efetivação dos direitos fundamentais. Por esse ângulo é que se pode compreender o protagonismo do Poder Judiciário no exercício de uma jurisdição constitucional voltada,

⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.73.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 227.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 227-228.

indispensavelmente, para a concretude da vontade da Lei Fundamental do Estado, primordialmente pelo exercício do controle de constitucionalidade.

É de se observar que “A função jurisdicional, por muito tempo, esteve atrelada tão-somente à ideia de simples reprodução do contido na lei a partir das doutrinas hermenêuticas do pensamento normativo ou sistemático.”¹⁰ Ocorre que a evolução da complexidade e tecnicidade social mostrou a necessidade de se reavaliar os métodos de aplicação do direito ao caso concreto apresentado em litígio.

Ora, se a sociedade se complexifica e se mostra cada vez mais técnica, naturalmente os conflitos sociais se mostram mais complexos e técnicos, de forma a demandar soluções mais rebuscadas juridicamente. Nessa trilha, identificar o anacronismo de determinadas técnicas jurídicas para soluções de caso específico não requer grande esforço. Isso porque, principalmente após a insurgência da necessidade de se concretizar os direitos fundamentais, os conflitos jurídicos não mais permitem mera subsunção da lei ao caso concreto.

O que dizer de um conflito de princípios que envolvam direitos fundamentais? Obviamente, num caso desse porte, encontra-se um obstáculo à mera aplicação da lei ao caso específico. Como sopesar os valores principiológicos por meio do exercício lógico-formal da jurisdição? Novas técnicas de hermenêutica jurídica é que permitirão a solução adequada, a exemplo da ponderação, como se estudará mais adiante.

O desenho constitucional que se apresenta, nessa perspectiva, é de um permissivo jurisdicional voltado para afirmação dos direitos fundamentais, com base em uma nova hermenêutica, permitindo ao juiz decidir, desde que de acordo com a Constituição, com carga valorativa, se assim for a essência do método de decisão por ele adotado.

O suporte básico para tal fim recai na força normativa da Constituição e na constitucionalização do direito, pois que a incidência da Lei Fundamental é que permitirá e limitará a atuação de quaisquer Poderes estatais, dentre eles o Judiciário.

Ademais, é importante perceber a distinção valorativa entre regras e princípios, no contexto de uma axiologia constitucional, relacionando à aplicação do direito na solução do caso concreto e identificando a relevância do sentido material da Constituição, bem como a insuficiência de uma Constituição apenas formal.

Enfim, no contexto do neoconstitucionalismo, situar a importância da Constituição, o papel do Estado e do Poder Judiciário é pressuposto lógico para que se aponte que rumo deve

¹⁰ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? . In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 404.

ser trilhado para que se alcance a democracia. Os limites da jurisdição constitucional merecem ser identificados e realizados. Os valores constitucionais e os direitos fundamentais precisam ser garantidos e concretizados. A democracia necessita ser desmistificada e consolidada. Mister, portanto quebrar paradigmas para que se alcance, em verdade, um Estado Democrático de Direito, com uma atuação ativista do Judiciário quando for necessária e legitimamente constitucional.

2.1 A constitucionalização do Direito

Dada à compatibilidade da abordagem de Barroso sobre o que se deve depreender a respeito da constitucionalização do direito, com a que se pretende desenvolver neste trabalho, aproveita-se aqui as palavras do referido autor, ao dizer “a ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.”¹¹

Nesta perspectiva, nota-se a Constituição como centro do ordenamento jurídico, irradiando sua força normativa, para exigir a compatibilidade das normas infraconstitucionais com o texto constitucional, seja com os princípios, seja com as regras. Ademais, poderá ainda limitar o exercício do Poder Legislativo, para a consecução de um processo legislativo devidamente constitucional.

O que se percebe é que a constitucionalização do direito não se restringe à inclusão de diversos temas de relevância jurídica no texto constitucional, pois que, transcendendo essa ideia, a Constituição passa a exigir o que a doutrina denomina de filtragem constitucional do

¹¹ BARROSO, Luis Roberto.. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, mar/abr/mai, 2007. Disponível em: <[HTTP://direitodoestado.com.br/rere.asp](http://direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em: 22 set. 2011, p.12. Apesar de abordar o tema da forma como foi citado, no trabalho que ora se tem como referência, Luis Roberto Barros lembra que “A Locução constitucionalização do Direito é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. (...) Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuando pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988...”.

direito, que, para Barroso, “consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.”¹²

Esse espírito constitucional, portanto, vem atender a necessidade, não só de proteger os direitos fundamentais, mas também de concretizá-los sob a ótica do Estado democrático de direito que tem como fundamento a dignidade humana e que tem como fim a efetivação da vontade da Constituição.

2.1.1 A Constitucionalização das leis infraconstitucionais

Na senda da ascensão constitucional ao topo/centro do ordenamento jurídico, na perspectiva de satisfação dos direitos fundamentais, é de fundamental importância que a produção normativa infraconstitucional esteja atrelada aos permissivos e mandamentos da Constituição. “A vinculação da atividade legislativa é essencial não só para a proteção dos direitos fundamentais, como também para a concretização destes em inúmeras hipóteses.”¹³

Esse redimensionamento constitucional, com uma Constituição pautada em valores e princípios, além de regras, passa a exigir a compatibilidade das leis com a norma constitucional instituída, não apenas no aspecto formal, mas também material. Indispensável é a observação do que preleciona Moncada:

Ora a revalorização da Constituição como ordem material de valores implica necessariamente um conceito de lei em sentido axiológico-material, por muito lato e indefinido que possa parecer (...). Material porque subordinado à ordem material de valores da Constituição sob pena de inconstitucionalidade a censurar pelos órgãos competentes, os Tribunais. Se os predicados da razão e da virtude já não vivem apenas da especulação dos juristas e passaram a ser reduzidos a escrito no texto constitucional ou seja, se o texto agora não é o encontrado pela razão abstracta mas o texto escrito de uma norma constitucional, a lei fica impregnada da ordem constitucionalmente assinalada. O novo conceito material da lei é um conceito constitucional, não apenas especulativo. Houve que transportar para o exercício do poder legislativo algumas características matérias constitucionais que o pensamento moderno lhe não assinalou, salvo raras exceções, como se viu, cego pela crença algo ingênua de que correspondendo a lei ao exercício da razão dela não poderia vir mal ao mundo. Houve que constitucionalizar, portanto, aquilo que a modernidade menos constitucionalizou, o poder legislativo (...)¹⁴

¹² BARROSO, Luis Roberto.. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, mar/abr/mai, 2007. Disponível em: <[HTTP://direitodoestado.com.br/rere.asp](http://direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em: 22 set. 2011, p. 20.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 214.

¹⁴ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 87.

Por esse ângulo, é notório que na sistemática da constitucionalização do direito, que ressoa como característica do fenômeno neoconstitucionalista, a força normativa da Constituição reverbera sobre o processo de produção normativa e sobre as leis, de forma que a lei cede espaço de protagonista do sistema jurídico para a norma constitucional.

De acordo com Callejón,

La Constitución ocupa una posición central en el ordenamiento jurídico, en virtud de la cual puede decirse que la relación entre Constitución y normas infraconstitucionales no es de mera jerarquía sino de supremacía. Esta diferenciación nos manifiesta cómo, además de su condición jerárquicamente superior sobre el resto de las normas, la constitución desarrolla una función de irradiación sobre el resto del ordenamiento jurídico.¹⁵

Não é tarefa árdua perceber que a Constituição Federal Brasileira de 1988 trata de temas de diversos outros ramos do Direito, a título de exemplo, o direito penal, administrativo, tributário e econômico. Toda essa proteção constitucional reflete na limitação de partes específicas do sistema jurídico-normativo ao que determina a Carta Magna, o que faz limitar a produção de leis pelo Legislativo e a interpretação constitucional pelo Judiciário, aos ditames constitucionais.

Tratando da Constitucionalização do direito infraconstitucional, no Estado brasileiro, após a Constituição de 88, explica Barroso:

(...) A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.¹⁶

A dicotomia existente entre direito público e direito privado queda-se superada, pois perde o sentido de ser, em face da irradiação constitucional para todos os ramos do Direito, por meio da já mencionada filtragem constitucional.

¹⁵ CALLEJÓN, Maria Luiza Balaguer, apud, PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 120. A constituição ocupa uma posição central no ordenamento jurídico, em virtude da qual pode se dizer que a relação entre Constituição e normas infraconstitucionais não é de mera hierarquia, mas de supremacia. Essa diferenciação se manifesta, como além de sua condição de superioridade hierárquica sobre o resto das normas, a Constituição desenvolve uma função de irradiação sobre o resto do ordenamento jurídico. (Tradução livre)

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto.. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, mar/abr/mai, 2007. Disponível em: <HTTP://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 22 set. 2011, p. 19-20.

Conseqüentemente, a interpretação que se diga jurídica, seja ela qual for, será também constitucional, de vez que a reverberação da força normativa da Carta Magna alcançará todo o sentido de validade jurídica das leis, já que passa a haver um controle de constitucionalidade para aferir se leis infraconstitucionais se encontram em compatibilidade formal e material com a Constituição e se a hermenêutica aplicada pelo julgador é harmônica com a ordem constitucional.

Para Moreira, “o alargamento do espaço constitucional se deu a partir da *constitucionalização dos direitos infraconstitucionais* que, por sua vez, ampliou a *extensão* e a *intensidade* da vinculação constitucional do legislador ordinário.”¹⁷ Como se pode observar, “facilmente pode-se constatar que ela proporcionou um aumento na tutela jurisdicional dos conflitos sociais, haja vista a prodigalidade de direitos esculpidos em seu texto.”¹⁸

De consistente pertinência, nesse contexto, é a afirmativa de que a Constituição, “em razão de se colocar em um nível normativo hierarquicamente superior à legislação ordinária (princípio da supremacia da Constituição), acaba por prever um conjunto de direitos (fundamentais) que as leis não podem derogar.”¹⁹

No contexto do neoconstitucionalismo, assim afirma Agra:

Essa revisitação do fenômeno constitucional parte do pressuposto da reafirmação da força normativa da Constituição e sua conseqüente densificação. **Assim, com seu fortalecimento, em que a imperatividade de suas normas atinge todas as searas do direito, surge uma legalidade superior à legalidade ordinária, deslocando a primazia do legislador infraconstitucional para o cumprimento da vontade do sujeito constituinte,** composto de forma plural pelos mais variados segmentos da sociedade.²⁰

Essa nova realidade, portanto, está pautada na rematerialização da Constituição, havendo uma expansão da proteção constitucional aos direitos fundamentais e adoção de diretrizes para os poderes públicos. Isto posto, nota-se a transcendência do papel constitucional à mera limitação de Poderes, de forma que o conteúdo constitucional se

¹⁷ É o entendimento de Vital Moreira. Cf. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 58.

¹⁸ AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?**. São Paulo: Método, 2008, p.439.

¹⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 58.

²⁰ AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?**. São Paulo: Método, 2008, p. 436.

expande e a força normatividade da Constituição irradia para limitar todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

2.1.2 Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988

Com a Constituição da República Brasileira de 1988, que veio iluminar o processo de redemocratização do Estado Brasileiro, após o longo período de Regime Militar, o direito constitucional ganhou nova roupagem. Constituiu-se uma nova forma de pensar a Constituição. Ela deixa de ser apenas técnica jurídica e passa a refletir conteúdo axiológico cujo alicerce recai na dignidade humana, rodeada de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais lograram sentido distinto a eles outorgados pela Constituição de 1988 que os gravaram com “*cláusula de imutabilidade* ou com a *garantia de eternidade*”, o que permite a declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional tendentes a aboli-los, pelo Poder Judiciário.²¹

É com o intuito de contribuir com os ensinamentos do contexto ora estudado que Agra explana o seguinte:

A instituição da Constituição Cidadã, de 1988, pródiga em direitos, fez com que a prestação jurisdicional abrangesse segmentos sociais até então excluídos, obrigando um desenvolvimento da teorética constitucional para que essas prerrogativas pudessem transpor sua seara retórica para uma seara fática. A existência de direitos fundamentais apenas no plano da validade jurídica não mais satisfazia a real necessidade de segmentos hipossuficientes da sociedade.²²

Tamanha é a necessidade da relação da Constituição com os direitos fundamentais que a expressão do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, revela que “toda sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes está determinada, não tem Constituição.” Esse é o motivo que leva Ferreira Filho a afirmar:

A Constituição é apenas aquela que serve à limitação do poder e enseja o governo moderado estabelecido com base na separação de poderes. Não é Constituição qualquer arranjo político, mas

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p.36.

²² AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?**. São Paulo: Método, 2008, p.439.

somente aquela que cumpre essa finalidade de garantia, de garantia da liberdade, de garantia de direitos fundamentais. Assim, a doutrina dos direitos fundamentais explicita a própria finalidade da Constituição. Destarte, o reconhecimento dos direitos fundamentais é a própria base do Estado.²³

Para Hesse, “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam.”²⁴ Por outro lado, explica Bonavides, apoiando-se em Konrad Hesse, que há uma concepção “mais restrita, mais específicas e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.”²⁵

A natureza dos direitos fundamentais os revelam nuclear para o sistema democrático, pois eles têm o condão de limitar o exercício do Poder Legislativo e de reger o princípio da soberania popular. A uma pelo fato de estarem escritos no texto constitucional estampando uma limitação formal; a duas por estarem atrelados aos princípios constitucionais, cuja carga valorativa revela a força constitucional para limitação substancial ao Poder Legislativo.

Isso leva a crer que, à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, o entendimento sobre o que é poder da maioria deve ser revisto, tanto para fins de concretização de vontade popular, já que o direito das minorias passam a exigir respeito, como para legitimação do exercício do Poder Legislativo que, mesmo legitimado democraticamente, não pode transgredir os direitos que se digam fundamentais, por óbice constitucional.²⁶

A perspectiva meramente subjetiva dos direitos fundamentais vigente durante o constitucionalismo do Estado Liberal é complementada por uma nova visão que se diz objetiva. De acordo com Sarmento²⁷, era subjetiva, “pois cuidava-se apenas de identificar quais prestações o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica”; já a dimensão objetiva, explica o renomado autor que ela encontra-se ligada ao reconhecimento de que os direitos fundamentais “além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A cultura dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 244.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 560.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 560.

²⁶ Referindo-se aos direitos fundamentais, Walber de Moura Agra afirma que “eles obrigam uma reestruturação do princípio da soberania popular, em que os representantes do povo não possuem prerrogativas para macular o núcleo sistêmico dos direitos fundamentais. O campo de atuação dos parlamentares fica bastante restrito com relação a esses, que são protegidos pela cláusula de intangibilidade constitucional.” (AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?**. São Paulo: Método, 2008, p.444).

²⁷ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 252.

comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, ‘as bases da ordem jurídica da coletividade.’”

Explicando a teoria objetiva dos direitos fundamentais, relacionando aos valores e garantias institucionais como forma de universalidade concreta desses direitos, Bonavides assim leciona:

Com o advento dos direitos fundamentais da segunda geração, os publicistas alemães, a partir de Schmitt, descobriram também o aspecto objetivo, a garantia de valores e princípios com que escudar e proteger as instituições.

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se forma o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda plenitude.²⁸

A possibilidade de concretização dos direitos fundamentais, portanto, tem maior aproximação com a realidade social e com o pensamento desenvolvido pela perspectiva objetiva, já que transcende a esfera meramente individual e vai além da simples limitação jurídica do poder estatal. “Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.”²⁹

Nesse prisma, nota-se a importância dos direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988, tanto dando suporte jurídico-axiológico para a afirmação de uma Constituição materialmente exigível, quanto estabelecendo limitação formal que não apenas permite restringir a atuação dos poderes estatais, mas também possibilita que o cidadão possa exigir do Estado a concretização dos direitos. Ou seja, os direitos fundamentais constituem núcleo da força normativa da Constituição.

2.1.2.1 Dimensões ou gerações dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser classificados, de acordo com a evolução histórica que os afirmam, em dimensões ou gerações. “*Gerações dos direitos fundamentais* são os

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 565.

²⁹ SARMENTO, p. 254.

períodos que demarcam a evolução das liberdades públicas.”³⁰

Relacionando a evolução dos direitos fundamentais, no contexto histórico da Revolução francesa, Bonavides identifica as três primeiras gerações dos direitos fundamentais com o lema adotado pelo “gênio político francês”, qual seja, liberdade, igualdade e fraternidade. Desta forma, os de primeira geração seriam os direitos de liberdade; os de segunda, da igualdade e os de terceira geração, da fraternidade.³¹

Explicando os direitos fundamentais em suas gerações, diz Bobbio,

Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.³²

Na primeira geração dos direitos fundamentais estão os direitos da liberdade, quais sejam: civis e políticos. Esses direitos “já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda extensão.”³³

O titular dos direitos de primeira geração é o indivíduo, sendo tais direitos oponíveis ao Estado, faculdades da pessoa e de cunho subjetivo.³⁴ Neste momento, “prestigiavam-se as cognominadas *prestações negativas*, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc.”³⁵

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são identificados como os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de cunho prestacional, positivados para fins de “garantias das condições materiais básicas para a população e de promoção da igualdade material.”³⁶

Bonavides, afirmando que na segunda geração estão os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos ou de coletividades que foram “introduzidos no

³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 430.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 563.

³² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2004, p. 26.

³³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2004, p. 26.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.563.

³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 430.

³⁶ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 252.

constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.”³⁷

A terceira geração, por sua vez, constitui-se de direitos fundamentais que “têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”³⁸

Segundo Bulos³⁹, os direitos difusos em geral constituem a terceira geração dos direitos fundamentais, trazendo rol exemplificativo o autor aponta como tais a “vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço da tecnologia”, que “são itens componentes do vasto catálogo dos direitos de solidariedade.”

Todavia, Bobbio explica que novas requisições em termo de direitos já se apresentam, “que só poderiam chamar-se de direitos de Quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.”⁴⁰

Bonavides⁴¹ identifica a quarta geração com o “direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”, explicando este autor que desses direitos “depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”

2.2 A força normativa da constituição

Com a saída da Constituição da periferia para o centro do ordenamento jurídico, tendo ela sido reconhecida como norma, nota-se que há uma força normativa constitucional realizada pela imperatividade de suas normas, que são dotadas de caráter vinculativo e cogente.

Para melhor pontuação espaço-temporal e contextual da temática, a lição de Barroso é precisa, motivo pelo qual a reprodução do que afirma o autor é por demais necessária. *In verbis*:

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 564.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 569.

³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 431.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2004, p. 25.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 571.

Uma das mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2ª. Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. (...) Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é o atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado (...).⁴²

No Brasil, as discussões sobre a força normativa da Constituição só se deram, de forma consistente, no decorrer da década de 1980, cabendo à Constituição de 1988 e à doutrina e jurisprudência que se desenvolvia após a promulgação da mesma, “o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.”⁴³

Para Bulos,⁴⁴ “*força normativa da constituição* é a energia vital que lhe confere efetividade ou eficácia social.” Completando a explicação, diz o autor que a força normativa da constituição “consigna um dos princípios reitores da ordem jurídica. Relaciona-se com a supremacia constitucional e não se encontra expressa no texto maior. É, portanto, um vetor implícito, deduzido da lógica do sistema.”

Não se pode afastar dessa ideia, portanto, a noção de superioridade hierárquica formal e material da Constituição frente às normas infraconstitucionais. “tanto a supremacia material como a supremacia formal sujeitam-se ao influxo da *força normativa da constituição*, que se encontra conectada com aquele fenômeno que os alemães chamaram de *vontade de constituição*.”⁴⁵

De acordo com Hesse,

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os

⁴² BARROSO, Luis Roberto.. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, mar/abr/mai, 2007. Disponível em: <HTTP://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 22 set. 2011/2007, p. 5-6.

⁴³ BARROSO, Luis Roberto.. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, mar/abr/mai, 2007. Disponível em: <HTTP://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 22 set. 2011, p. 6.

⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60-61.

⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.⁴⁶

Hesse⁴⁷ explica que a pretensão de eficácia da Constituição jurídica “apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças de qual resulta a realidade do Estado. E que “a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.”

Por esse aspecto, a ideia de força normativa da Constituição reflete a necessidade de consecução da máxima efetividade das normas constitucionais. Isso em termos, não só de produção normativa, que necessariamente deve seguir a vontade da Lei Maior, mas também ao seu aplicador/hermeneuta quando da análise do caso específico.

2.2.1 Força normativa da Constituição, dinamismo social e dinamismo constitucional

A necessidade de acompanhar a realidade social constitui pressuposto fundamental do ordenamento jurídico. Não dá pra se querer seja estática a aplicação e produção normativa diante de uma realidade social que muda a todo tempo. Isso porque seria exigir que a norma regulamentasse o presente, prevendo soluções para todos os conflitos sociais que futuramente viesse a existir.

À luz desse entendimento, não se pode dissociar a realidade constitucional da realidade social, nem mesmo imaginar uma força normativa da Constituição desvinculada da força dos fatores sociais que se apresentam e requerem ser normatizados. Conforme Bastos, “não se separam as normas da realidade fática na qual pretendam incidir.”⁴⁸

Sobre essa relação estabelecida entre a dinamicidade social e a dinamicidade constitucional, ensina Justen Filho:

(...) há um fenômeno de interação entre o meio social e a constituição, com efeitos reflexos e permanentes. Uma constituição influencia e determina a organização social, mas a sociedade também vivencia as normas constitucionais (que produz) de modos variáveis e dinâmicos. Por isso, o texto constitucional comporta diferentes interpretações e, ao longo da trajetória de um povo,

⁴⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.19.

⁴⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 16-17.

⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002, p. 246.

vão-se alterando as concepções jurídicas acerca do significado e extensão das normas (e, mesmo, princípios) constitucionais. A dinamicidade dos processos sociais se reflete sobre a constituição, de modo que as inovações vivenciadas ao interno da sociedade são influenciadas pela disciplina jurídica, mas também se refletem sobre o Direito, mesmo sobre aquele pré-existente.⁴⁹

Não se pode desbordar dos ensinamentos de Hesse que assim afirma sobre o tema: “o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode se apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco.”⁵⁰

Continua Hesse explicando:

Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.⁵¹

Segundo Justen Filho⁵², “toda Constituição é um conjunto de princípios e regras cuja extensão e conteúdo apresentam natureza dinâmica.” E continua o autor, a dizer que “se a constituição permanecesse inalterada, cristalizada segundo a conformação do momento original, haveria uma dissociação entre direito e sociedade, que não é apenas indesejável, mas é impossível.”

Dessa forma, o Direito não pode ser estático porque estática não é a sociedade. Por consequência, a Constituição deve acompanhar a evolução social, sendo esse o contexto que permite maior atuação da jurisdição constitucional, pois que nem sempre o problema social que se apresenta encontra solução no texto formal, exigindo uma aplicação jurídica e hermenêutica compatíveis com a realidade apresentada.⁵³

Conforme Garcia-Pelayo,

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.288-289.

⁵⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.13.

⁵¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 13.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.289.

⁵³ Ideia produzida a partir da seguinte afirmação de Marçal Justen Filho: O Direito tem de acompanhar a evolução dos processos sociais, os quais podem, inclusive, configurar-se como dotados de outras características e riquezas não previstos no modelo normativo formal. (JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.289.)

Toda constitución, rígida o flexible, supone un intento de solución al aspecto jurídico-político de la existencia estatal, solución que se toma de acuerdo con unos datos del problema (situación de poderes sociales, estructura económica, estado cultural, etc.); mas cuando estos datos cambiam, es claro que si la constitución quiere seguir resolviendo el problema de la convivencia há de cambiar, con reforma o sin reforma formal, el sentido se sus preceptos; pero, justamente, la esencia de una constitución no radica, sin más, en unas palabras, sino en el significado atribuído a las palabras del texto com relación a las situaciones concretas. Por eso, una constitución, escrita o no escrita, no es nunca una obra totalmente acabada, sino una apertura de posibilidades para que los hombres realicen su convivencia(...)⁵⁴

Hesse, por sua vez, afirma que

A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionado-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resultam também os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional. Tentarei enunciar, de forma resumida, alguns desses requisitos mais importantes.

a) Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

(...)

b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

(...)⁵⁵

O que não se pode pensar, por tudo isso, é que a Constituição deva ser a todo tempo alterada. A dinamicidade constitucional, como se percebe é necessária, todavia não como a Constituição ser alterada no compasso acelerado no qual se transforma a sociedade, sob pena de se perder a própria essência constitucional e de se gerar profunda insegurança jurídica.

Justen Filho⁵⁶ aponta dois efeitos que seriam inadmissíveis em face desse contexto: “Uma variável seria a eliminação da natureza normativa da Constituição. Se a modificação das vivências sociais produzir automática alteração da disciplina jurídica, o resultado será a eliminação da função normativa.” Continua o autor: “outro risco seria a destruição da

⁵⁴ GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. 4. ed. Madri: Revista de Occidente, S.A., 1957, p. 132. Toda Constitución, rígida ou flexível, supõe a intenção de solucionar o aspecto jurídico-político da existência estatal, solução que se toma de acordo com dados do problema (situações de poderes sociais, estrutura econômica, estado cultural, etc, etc.); mas quando estes dados mudam, é claro que se a Constituição quiser seguir resolvendo o problema da convivência há de mudar, com reforma ou sem reforma formal, o sentido de seus preceitos; mas, justamente, a essência de uma Constituição não reside, sem mais, em umas palavras, senão no significado atribuído às palavras do texto com relação às situações concretas. Por isso, uma Constituição escrita ou não escrita, não é uma obra totalmente acabada, e sim uma abertura de possibilidades para que os homens realizem sua convivência. (Tradução livre)

⁵⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 20-21.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.290.

natureza axiológica e democrática do Direito.” Explicando que “num cenário como esse, em que a dinâmica dos fatos prevalece sobre a força normativa do direito, o único critério para diferenciar licitude e ilicitude seria a opção da maioria.”

Segundo Hesse,⁵⁷ “a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política” é “perigosa para a força normativa da Constituição.” Ele explica que “cada reforma constitucional expressa à ideia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente.” Daí os precedentes gerarem preocupação. A constância de reformas na Constituição debilita a sua força normativa e “a estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.”

2.3 O constitucionalismo principiológico⁵⁸

Com o advento do Estado Democrático de Direito e da concepção pós-positivista do Direito, observou-se um ganho de normatividade por parte dos princípios. A relação entre princípios e Constituição tornou-se pressuposto de essencialidade da norma constitucional. “(...) a constitucionalização dos princípios compreende duas fases distintas: a fase programática e a fase não programática, de concreção e objetividade.”⁵⁹

A fase programática configura uma mínima normatividade constitucional principiológica, caracterizando-se pela abstrativização e “aplicabilidade diferida.” Na fase não programática, a aplicabilidade é direta e imediata, revelando, “de imediato a sua dimensão objetiva e concretizadora.”⁶⁰

Observa Bonavides que

⁵⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.22.

⁵⁸ A expressão foi copiada de Lenio Luiz Streck, (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p.109); (STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?**. São Paulo: Método, 2008, p. 298). Explica este autor que o constitucionalismo principiológico foi introduzido pelo Estado Democrático de Direito.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 274.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 274.

O exame teórico da juridicidade dos princípios constitucionais é indissociável de uma prévia indagação acerca da eficácia normativa dos princípios gerais de Direito cujo ingresso na Constituição se faz com força positiva incontestável, perdendo, desde já, grande parte daquela clássica e alegada indeterminação, habitualmente invocada para retirar-lhes o sentido normativo de cláusulas operacionais.

A inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais.⁶¹

Valendo-se dos ensinamentos de Konrad Hesse, Bastos⁶² anota que os princípios constitucionais constituem “metas que podem e devem entrar a qualquer momento no discurso legitimador do Direito,” cabendo a eles “a missão de orientar e coordenar os diferentes dados e fatores que concorrem na interpretação constitucional.”

Com o pós-positivismo, que pode ser identificado nas décadas finais do século XX, constatou-se acentuação da “hegemonia axiológica dos princípios” pelas novas Constituições que eram promulgadas, convertendo-os “em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”⁶³

A confirmação da normatividade dos princípios os fizeram ser colocados no sistema jurídico com hegemonia na construção normativa, de maneira que passaram à centralidade da norma constitucional, como regentes da ordem jurídica. “Os princípios são, pois, as vigas mestras do texto constitucional.”⁶⁴

Analisando o novo modelo constitucional em face do modelo de regras do positivismo, no contexto da realidade, leciona Streck que

É inegável que a noção de constitucionalismo social (força normativa e textos com forte conteúdo diretivo) teve a função de trazer, para o âmbito das Constituições, temáticas que antes eram reservadas à esfera privada. Por isso é que parcela significativa dos textos constitucionais surgidos

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 258-259. Lenio Streck explica que “com o advento do constitucionalismo principiológico, não há mais que falar em ‘princípios gerais dos Direitos’, pela simples razão de que foram introduzidos no Direito como um ‘critério positivista de fechamento do sistema’, visando a preservar, assim, a ‘pureza e a integridade’ do mundo de regras. Nesse sentido, basta observar algumas questões que, pelo seu valor simbólico, representam o modo pelo qual a instituição ‘positivismo’ assegura a sua validade mesmo em face da emergência de um novo paradigma. É o caso de três dispositivos elementos de resistência no interior do sistema jurídico, *como que para demonstrar a prevalência do velho em face do novo.*” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p.109-110)

⁶² BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002, p. 223-214. O autor faz menção à obra *Escritos de Derecho Constitucional de HESSE*, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 45.

⁶³ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 264.

⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002, p. 229.

após a segunda guerra mundial publiciza os espaços antes “reservados aos interesses privados”. **E essa publicização somente poderia ocorrer a partir da assunção de uma materialidade, espaço que vem a ser ocupado pelos princípios.**

Com efeito, se o neoconstitucionalismo altera (substancialmente a teoria das fontes que sustentava o positivismo, e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não deixa se “desvencilhar” do mundo prático), é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto (nas suas duas faces, objetivista e subjetivista), tinha que ceder lugar a um novo paradigma compreensivo-interpretativo.⁶⁵

No dizer de Bonavides⁶⁶, é mais e mais manifesta a “importância vital” a qual os princípios ostentam na ordem jurídica, “sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas”, onde vão estar presentes “como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucionais.”

Pensar uma nova hermenêutica, portanto, é necessário para a aplicação da norma principiológica por meio, principalmente, da jurisdição constitucional. Os critérios utilizados para soluções de conflitos envolvendo apenas regras já não o são suficientes para a solução de caso de cunho material e valorativo. Isso leva à constatação de que o modelo de jurisdição insculpido no Estado Liberal também restou superado, já que incompatível com as requisições da Constituição principiológica.

Essa incompatibilidade da concepção atual dos princípios com o pensamento do positivismo clássico é assim explicada por Marinoni:

Na linha do positivismo clássico, não é possível aceitar que o juiz possa aplicar uma norma que não se revele mediante o seu próprio texto e que, ao contrário, exija do intérprete margem de subjetividade para a definição do seu significado. A aplicação ou a declaração da regra, própria da jurisdição daquela época, não se concilia com a atribuição de significado que caracteriza a metodologia dos princípios.

O positivismo clássico, temendo que os princípios pudessem provocar uma profunda imprevisibilidade em relação às decisões judiciais – o que também acarretaria incerteza quanto ao significado do direito –, concluiu que a atividade com os princípios deveria ser reservada a um órgão político, já que não se amoldava com a função que era esperada do juiz, isto é, com a simples aplicação do ditado da regra produzida e acabada pelo legislativo.⁶⁷

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?**. São Paulo: Método, 2008, p. 289.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 258-259.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, v.1**. Teoria geral do processo. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 49.

Conforme Cambi,⁶⁸ de forma diversa do paradigma positivista, no qual aos princípios jurídicos restava ocupar um patamar secundarista e acessório, a Constituição passa a se firmar “como uma *ordem objetiva de valores* ou um *sistema aberto de princípios e de regras*”, de maneira que os princípios passam a ser “reconhecidos como pilares axiológicos do sistema jurídico e, conseqüentemente” a possuírem “força normativa imediata.” Os princípios agora “são fontes primárias do direito, *subjacentes* às regras, expressando juridicamente os valores e os fins de uma sociedade.”

O abraço constitucional aos princípios, nessa senda, reluz inseparável, como fortalecimento da proteção dos direitos fundamentais, dos valores constitucionais, da democracia e da própria força normativa da Constituição. A materialidade e a carga valorativa dos princípios constitucionais ressoam a própria materialidade e o próprio valor da Carta Magna.

2.3.1 O sentido material da Constituição e a insuficiência de uma Constituição apenas formal⁶⁹

O arquétipo no qual assenta a ideia de constituição em sentido material vem para mostrar a insuficiência do sistema normativo constitucional formulado pelo formalismo normológico exacerbado exercido e sustentado pelo positivismo jurídico.

Em seu âmbito material, a Constituição é conceito pertinente ao conteúdo, “mas tão-somente ao conteúdo das determinações *mais importantes*, únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente com a matéria *constitucional*.”⁷⁰

⁶⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 87.

⁶⁹ Segundo Paulo Bonavides, “os constitucionalistas modernos ou sustentam com Laband, Jellinek e Kelsen uma teoria formal da Constituição, abraçados ao positivismo que culminou de último com a Escola de Viena, ou se repartem em posições distintas, quais as de Schmitt, Smend, Hsü Dau-Lin, Heller, Schindler, Kägi e Haug. Destes últimos resultou a teoria material da Constituição, conforme flui da Escola de Zurique, já bastante adiantada nas vias da sistematização. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 170)

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 81. Afirma ainda Paulo Bonavides, que “do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição de competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição. (BONAVIDES, Curso de direito constitucional, p.80)

Conforme Silva,⁷¹ à Constituição material pode ser atribuído sentido amplo, representado pela “organização total do Estado, com regime político”, bem como pode ser atribuído sentido estrito, marcado pela existência de normas constitucionais escritas ou costumeiras, “inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais”, referindo-se apenas “à matéria essencialmente constitucional.”

A Constituição formal consiste no modo típico de existência estatal, reduzido por meio da forma escrita “a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais nela própria estabelecidos.”⁷²

A Constituição, em seu aspecto formal, será caracterizada pela maior dificuldade no critério de elaboração de lei constitucional ou de modificação a Constituição, do que no critério utilizado para a elaboração de legislação ordinária.⁷³

A ideia esposada pelo positivismo jurídico, “conduzido às últimas consequências por Kelsen,” tenta reduzir a Constituição a uma “classificação legalista,” por meio da abreviatura de reflexões sobre a mesma, fixando-a “unicamente sobre o seu exame e emprego como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos.”⁷⁴

O legislador ganhou poder ilimitado, pelo positivismo jurídico, para atuar na criação do Direito, com base no pensamento de que as regras ou normas jurídicas é que regem toda a sociedade ou toda a realidade do Estado Constitucional.⁷⁵

Explica Bonavides que

A Constituição do positivismo jurídico-estatal é nomeadamente formalista e fechada, composta de preceitos normativos que fazem coincidir por inteiro o sentido formal com o sentido material da Constituição, fruto da confiança otimista dos positivistas.

A Constituição do positivismo é em primeiro lugar conceito formal, norma que se explica pelo seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta em presença da realidade circunjacente, exterior, em si mesma, à própria realidade, que ela organiza e regula juridicamente.⁷⁶

No desenho do ideal positivista-jurídico do constitucionalismo não importava o conteúdo normativo, voltava-se os olhos para como esse conteúdo foi introduzido na Constituição, apenas isso. É dizer, não havia restrições de cunho material. Se o procedimento

⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40-41.

⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.41.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 82.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.171.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.171.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 172.

de elaboração normativa fosse atendido, qualquer conteúdo poderia estar na Constituição. “A revisão constitucional para Kelsen não conhece limites materiais, podendo a ordem jurídica soberana receber qualquer conteúdo.”⁷⁷

Não cabia, portanto, ao juiz, apreciar o litígio fora do que estritamente dizia a letra da lei. Ou seja, ao decidir, a ele não era permitido adentrar na apreciação material que não estivesse equivalente à descrição normativa formal, até porque a legitimação formal não encontrava limites no conteúdo normativo.

Observa-se que essa concepção meramente formal sobre a Constituição não atende aos anseios sociais e não se expressa com harmonia quanto aos ditames de um Estado democrático de direito que tem como base os direitos fundamentais e a democracia. Isso implica dizer que, em se falando de Estado democrático de direito, há uma necessidade de limitação e permissão material ao Poderes do Estado, pois que uma Constituição apenas formal poderá permitir transgressões a direitos fundamentais se estes não estiverem escritos em lei.

Refletindo sobre a abertura material da Constituição, no Estado brasileiro, assim aduz Sarlet:

Com efeito, não é demais lembrar que a Constituição de 1988, na esteira da evolução constitucional pátria desde a Proclamação da República e amparada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, consagrou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, isto quer dizer que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos. Igualmente – de acordo com expressa dicção do artigo 5º, § 2º, da nossa Carta Magna – foi chancelada a existência de direitos não-escritos decorrentes do regime e dos princípios da nossa Constituição, assim como a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados.⁷⁸

Dada a importância dos princípios e dos direitos fundamentais, anota-se que eles não poderão ser violados, ou seja, o conteúdo passa a limitar o procedimento formal. Isso fica

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 174. Paulo Bonavides ensina que “o formalismo de Kelsen ao fazer válido todo conteúdo constitucional, desde que devidamente observado o *modus faciendi* legal e respectivo, fez coincidir em termos absolutos os conceitos de legalidade e legitimidade, tornando assim tacitamente legítima toda espécie de ordenamento estatal ou jurídico. Era o colapso do Estado de Direito Clássico, dissolvido por essa teorização implacável. Medido por seus cânones lógicos, até o Estado nacional-socialista de Hitler fora Estado de Direito. Nada Mais é preciso acrescentar para mostrar a que ponto inadmissível pôde chegar o positivismo jurídico-formal. A juridicidade pura se transformou em juridicidade total.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 175)

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 102–103.

claramente perceptível quando da análise da constitucionalidade de uma lei, a qual poderá se encontrar em consonância com as formalidades necessárias para sua criação, mas ir de encontro à matéria que a Constituição protege, quando deverá ser declarada a inconstitucionalidade material.

Analisando a validade material e formal da norma, Guastini⁷⁹ assevera que a norma mesmo sendo válida do ponto de vista formal poderá ser inválida no aspecto material, de maneira que a validade formal não constitui “condição suficiente da validade material de uma norma.” Ademais, explica esse autor, uma norma inválida do ponto de vista formal, poderá ser perfeitamente válida no prisma material, é dizer, a validade formal não constitui “condição necessária da validade material de uma norma.”

Nessa senda, Guastini observa ainda que a validade material deverá prevalecer quando houver conflito dela com a validade formal, havendo, portanto uma certa hierarquia entre os dois critérios sendo o material superior ao formal. Logo, se a norma for válida formal e materialmente, problema algum haverá⁸⁰. Todavia,

- (a) ... se uma norma (explícita) é válida do ponto de vista formal, mas – ao mesmo tempo – é inválida do ponto de vista material, é considerada *tout court*, inválida; e...
- (b) ... se uma norma (implícita) é inválida do ponto de vista formal, mas – ao mesmo tempo – é válida do ponto de vista material, é considerada *tout court* válida.⁸¹

Não se quer aqui, com as lições de Guastini, estabelecer critério de validade para a Constituição, já que, segundo o próprio autor, querer validade da Constituição é um “absurdo”, pois isso implicaria querer a existência de normas hierarquicamente superiores à Constituição e que estabelecessem a disciplina da produção constitucional.⁸² O que se pretendeu aqui, portanto, foi analisar os aspectos formal e material, num quadro de comparação entre eles, percebendo que este deve prevalecer sobre àquele.

Assim sendo, é notório que em um Estado que se diga Democrático de Direito não se pode permitir a inserção de qualquer conteúdo no texto constitucional sob o pretexto de ser a inclusão formalmente válida e legítima. O conteúdo constitucional, pois, pautado nos direitos

⁷⁹ GUASTIN, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.283-284

⁸⁰ GUASTIN, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.284.

⁸¹ GUASTIN, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.284

⁸² GUASTIN, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 360.

fundamentais e nos princípios, poderá limitar os Poderes do Estado e também estabelecer permissivos, para que se concretize a vontade material/substancial da Constituição.

2.3.2 Um paralelo entre princípios e leis

Tendo sido reconhecida a normatividade principiológica, a norma ganha outro sentido, deixando de ser apenas regras, para se constituir em gênero cujas espécies são as regras e os princípios. Alexy afirma que para se analisar a estrutura normativa, no âmbito de uma teoria dos direitos fundamentais, é importante estabelecer a distinção entre regras e princípios.⁸³

O ponto definitivo para a distinção entre regras e princípios, aduz Alexy,⁸⁴ é que estes constituem “mandamentos de otimização”, já que “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes,” enquanto as regras constituem normas “que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.”

Explica esse autor que a regra contém “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível,” pois se uma regra é válida, “deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.”⁸⁵ Daí, a distinção entre princípios e regras ser qualitativa e não distinção de grau.⁸⁶ E essa distinção apresenta por Alexy, se faz com base na identificação dos princípios como mandamentos de otimização. É esse também o pensamento esposado por Dworkin.

Analisando os estudos da teoria dos princípios, Ávila explana que para Dworkin,

(...) as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras,

⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

p. 83.

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

p. 90-91.

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

p. 91.

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo se sobrepõe a outro, sem que este perca sua validade.⁸⁷

Aduz Dworkin que, “se duas regras entrarem em conflito, uma delas não pode ser regra válida. A decisão acerca de qual será válida e qual deverá ser abandonada ou reformada fica sujeita a considerações exteriores às próprias regras.”⁸⁸

Todavia, o caminho mais claro para se estabelecer a distinção entre regras e princípios se dá na análise do conflito de regras e da colisão de princípios, segundo Alexy.⁸⁹ Assevera este autor que:

Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução de conflitos.⁹⁰

Em um conflito entre regras, a solução só se dará se for introduzida, em uma das regras em conflito, uma “cláusula de exceção” que suprima esse conflito, ou se pelo menos houver a declaração de nulidade de uma dessas regras.⁹¹

Já com a colisão entre princípios, a solução se dá de forma completamente distinta, de acordo com Alexy, esclarecendo ele que

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.⁹²

⁸⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36-37.

⁸⁸ DWORKIN, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 282.

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.91.

⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91-92.

⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.

Assim sendo, o que vai fazer um princípio prevalecer sobre outro, no caso concreto, é o seu peso. A sua dimensão valorativa é que determinará que outro princípio venha a ceder quando da colisão. Com isso “... se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso tem precedência.”⁹³

A prevalência de um dos princípios em colisão se dará, portanto, em razão do seu maior peso na análise circunstancial do caso concreto. Isso será reflexo de ponderação e relativização principiológica na decisão jurídica.

Ao que se percebe, a não preponderância, no caso típico, de um dado princípio não irá excluí-lo do ordenamento jurídico. Isso porque todos os princípios são válidos, implicando dizer que o valor maior de um ou de outro é que o fará prevalecer. Tanto que, aquele que não prevalecer, num determinado caso, poderá preponderar em outro caso, mesmo que este seja semelhante ao caso anterior.

Segundo Bonavides, “das reflexões de Dworkin infere-se que um princípio, aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva”.⁹⁴

Assim, o caso concreto será a experiência cuja análise determinará o maior ou menor peso do princípio e a consequente prevalência ou não. Logo, um princípio não escolhido continuará existindo, sendo válido e necessário para integração e compreensão do Direito como um todo, de modo que no âmbito da aplicação dos princípios existirá o privilégio das conexões integrativas frente às exclusões.

Os princípios, como se nota, não podem ser encarados como absolutos, a uma pela sua natureza normativa, cuja essência os fazem sempre válidos, sendo precedentes ou não a depender do maior peso quando da colisão entre eles; a duas pela necessidade de conformação do direito e da jurisdição constitucional acompanhar a evolução social, com a finalidade de realização máxima dos direitos fundamentais. Isso justifica a relativização dos princípios da legalidade e da tripartição de poderes, resultando em permissivo constitucional para a atuação ativista do Judiciário em harmonia com o Estado Democrático de Direito.

⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 282.

3 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Democrático de Direito, a sociedade passa a ter uma posição ativa, exigindo do Estado o implemento das prestações sociais por ele assumidas, o que se coaduna com a própria noção de realização da Constituição.

Além disso, foi possível perceber um novo papel para o Poder Judiciário, que passou a ter mecanismos de atuação, pela via jurisdicional, para exigir do Estado o cumprimento das políticas públicas, em consonância com um pensar constitucionalista.

Assim, com o advento do constitucionalismo percebe-se a derrocada do império da lei e do formalismo jurídico exacerbado do Estado Liberal. O protagonismo muda de personagem, pois se no Estado Liberal o Legislativo era o protagonista e no Estado Social passa a ser o Executivo, com o Estado Democrático de Direito o protagonismo recai sobre a figura do Poder Judiciário.

As ideias de um novo constitucionalismo, ou neoconstitucionalismo, vão intensificar mais e mais essa atuação do Judiciário. Isso porque há uma mudança de paradigma na qual a Constituição passa a ser reconhecida como norma, a ter força normativa, passando ela a exigir o seu cumprimento em todos os poderes e esferas do Estado.

É o caminho para uma expansão da jurisdição constitucional. O Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal, passa a exercer sua função em busca da realização dos direitos fundamentais e da concretização da vontade da Constituição como forma de satisfazer o novo desenho social e constitucional que se apresenta.

Como a Constituição passa a adotar princípios e valores como norte da compatibilização dos direitos fundamentais com a materialização constitucional, a ideia de jurisdição, pautada no formalismo liberal e positivista, já não se mostra suficiente para atender às demandas jurisdicionais.

O reconhecimento dos princípios como normas e a relevância dada aos valores vão exigir uma nova forma de jurisdição constitucional, pois, no rumo da proteção dos direitos fundamentais, as formas de conflitos se tornam mais complexas, exigindo respostas compatíveis e atuais, o que não se poderia fazer com base nos métodos de hermenêutica utilizados no positivismo jurídico no qual, ao juiz, caberia apenas descrever a vontade da lei.

Ademais, já não se pode esperar que a lei contenha todas as respostas aos conflitos sociais presente e futuros, de maneira que a construção normativa pelo magistrado no caso concreto é possível e democraticamente desejável.

Ora, se o que se pretende é proteger e realizar os direitos fundamentais, não se pode esperar exclusivamente pela vontade do legislador. Ao que se percebe, o Poder Legislativo não consegue, de forma satisfatória, acompanhar, com a produção normativa, os passos de complexidade dados pela sociedade. E os direitos fundamentais precisam ser atingidos, ou não se pode falar em Estado Democrático de Direito.

A propósito, também se mostra omissa o Poder Executivo quando da realização das políticas públicas, o que também constitui afronta à Constituição, pois que há direitos fundamentais esperando por elas para serem satisfeitos. Se é o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, não pode ele se curvar diante do não cumprimento da mesma pelo Estado. Por isso, uma vez provocado, o Judiciário precisa fornecer uma resposta à sociedade, como meio de complementação democrática.

É nesse contexto de expansão da jurisdição, principalmente a constitucional, que se englobam as discussões sobre ativismo judicial e judicialização da política, no prisma da tripartição dos poderes, do princípio da legalidade e da democracia.

Com essa nova forma de se perceber a Constituição no centro do ordenamento jurídico, havendo um processo de constitucionalização do direito e das leis infraconstitucionais que vai exigir uma filtragem constitucional, a jurisdição constitucional dá ao Poder Judiciário um papel de destaque no desenho institucional do Estado.

Para tanto, se faz necessário um amplo controle de constitucionalidade, que não se resume a aferir a compatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição, mas se estenda na conformação democrática que venha a obstar a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, para a concretização dos direitos fundamentais.

Por tudo isso, nota-se que não há como afastar o Poder Judiciário do campo da política, até mesmo pela essência política da Constituição que não é apenas jurídica. A democracia vai ser representada pela concretização dos direitos fundamentais, pela via jurisdicional, já que a soberania popular vai se expressar quando o cidadão buscar, junto ao Poder Judiciário, a tutela de seus direitos negados pelo Estado.

As novas técnicas hermenêuticas permitem, portanto, que a jurisdição constitucional seja exercida da forma mais desejada pela Constituição. Por isso, quando o juiz decidir, ele

precisará dar um sentido à norma, sem, contudo, desbordar dos limites constitucionais, sob pena de se tornar arbitrário.

Logo, o juiz cria direito no caso concreto para realizar a vontade da Constituição, o que se coaduna com o cumprimento dos direitos fundamentais. É essa a visão que faz do ativismo judicial uma fonte de realização democrática.

Abstract

This study has identified scope for judicial activism in optical neoconstitutionalism and hermeneutic perspective. For this, use will be based on qualitative research conducted doctrinal and jurisprudential norms, approaching the topic by hypothetical-deductive method a descriptive and analytical, looking into doctrinal sources - national and aliens - and jurisprudential content descriptive and informative. The issue has raised stormy debates in doctrine and jurisprudence in various aspects of approach, given its fundamental relationship with theoretical subject areas that constitute pillars master in building and sustaining democracy and the Rule of Law. For example, there is a bond with the subject's cognitive analysis of a new constitutional law, constitutional hermeneutics of the new vision, evolution and the role of the state, the principle of legality, the politicization of the judiciary, the legalization of politics and democracy. It is in light of these reasons that perpetrates this work. The new techniques allow hermeneutics, therefore, that the constitutional jurisdiction is exercised in the most desired by the Constitution. So when the judge decides, it must make sense to the rule, without, however, overflow of constitutional limits on pain of becoming arbitrary.

Keywords: Neoconstitutionalism. Constitutional Jurisdiction. Judicial Activism.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitutionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?**. São Paulo: Método, 2008.

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

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador. Instituto de Direito Público, nº 1, Fev. 2005. Disponível em: < [HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 25 dez. 2011.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf> Acesso em: 21 jan. 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, mar/abr/mai, 2007. Disponível em: <[HTTP://direitodoestado.com.br/rere.asp](http://direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em: 22 set. 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A cultura dos direitos fundamentais. In:

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. 4. ed. Madri: Revista de Occidente, S.A., 1957.

GUASTIN, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, v.1.** Teoria geral do processo. 2º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** 2. ed. São Paulo: Celso Bastos editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? . In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: Jus Podivm, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: Jus Podivm: 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?.** São Paulo: Método, 2008.

_____. **Hemenêutica jurídica e(m) crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.