

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O Poder Judiciário e a Era dos Princípios: uma discussão
fundamental**

João Victor Mendes de Oliveira

Presidente Prudente/SP

2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O Poder Judiciário e a Era dos princípios: uma discussão
fundamental**

João Victor Mendes de Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2014

O Poder Judiciário e a Era dos princípios: uma discussão fundamental

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Sergio Tibiriçá Amaral
Orientador

Claudio José Palma Sanchez
Examinador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Examinador

Presidente Prudente/SP, 04 de Novembro de 2014.

*Maior que a tristeza de não haver vencido,
é a vergonha de não ter lutado.*
Rui Barbosa

*Ó mar salgado, quanto do teu sal
São lágrimas de Portugal!
Por te cruzarmos, quantas mães choraram,
Quantos filhos em vão rezaram!
Quantas noivas ficaram por casar
Para que fosses nosso, ó mar!*

*Valeu a pena? Tudo vale a pena
Se a alma não é pequena.
Quem quer passar além do Bojador
Tem que passar além da dor.
Deus ao mar o perigo e o abismo deu,
Mas nele é que espelhou o céu.- **Fernando Pessoa.***

AGRADECIMENTOS

Lembro-me como se hoje fosse, quando bati às portas desta Casa em que amo tanto, sonhando trilhar estes caminhos que hoje vejo concretizados.

Foi em meados de janeiro, no auge do verão desta amável cidade de Presidente Prudente que cheguei a então Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo juntamente com minha mãe, para conversarmos com suposto professor Sérgio, o coordenador do curso. Fomos recebidos com muita gentileza e cordialidade pelo professor que, de forma muito clara, explicou o funcionamento da Faculdade e ali pude perceber que não se tratava de uma escola qualquer; mas de uma instituição que aposta em seus alunos. E ali comecei, em fevereiro de 2011.

O primeiro dia de aula foi fantástico e me lembro como se fosse hoje: entrei na sala sabendo que o tão sonhado ideal do concurso da Magistratura de São Paulo começava a ser colocado em prática. Encarei o primeiro dia como estratégia de guerra: sabia que seria difícil, que o curso bem feito seria um feliz presságio para o sucesso; mas que a aprovação dependeria muito, mas muito de mim. Ali iniciou um sonho de criança, que dependeria de cada suor meu para que saísse vitorioso.

Me lembro que o professor Sérgio um dia me disse: “menino, sua tarefa será difícil: os epitacianos que passaram por estas salas de aula- em sua maioria- levaram aos céus o nome desta Faculdade.” . Foi a partir desta frase que pude me espelhar em um ídolo, em um exemplo que é meu conterrâneo, foi meu professor e que vivo querendo trilhar seus passos: Dr. Silas Silva Santos. Talvez ele nunca mais se lembre de mim, mas eu jamais irei esquecê-lo: um ídolo nunca morre em nossos corações.

Os primeiros anos foram terríveis: estava eu sozinho em um quarto de pensão, chorei muito, sofri muito; mas sempre me lembrava das frases de minha mãe e das promessas que um dia fiz aos meus pais: a de voltar pra casa com o diploma de magistrado. É essa promessa- ou melhor- dívida que tenho com eles. Se um dia eu conseguirei, eu não sei: mas o que importa é tentar, e tentando, sofrendo, estudando e amando o que se faz são as causas e a consequência é a aprovação.

Portanto, hoje no 4º ano/ 8º termo eu agradeço a Deus em primeiro lugar por tudo que me deu: pelo amor de Pai, por ter me abraçado enquanto sofria; por me dado força quando quis desistir e por me dado um ideal pra lutar. Espero e firmo este compromisso perante todos os homens de bem: eu espero, Senhor, que me use como forma de mudança social; que eu possa com o malhete da justiça, com a espada da verdade e com a sensibilidade de um devoto usar o Direito a fim de proteger os indefesos, os que sofrem e os que – de alguma forma- estão injustiçados; que eu possa levar Seu nome e lei àqueles que mais precisem. Eu juro por minha honra que assim farei!

Agradeço também aos meus pais: Almir Mendes de Oliveira e Sandra Regina Antônio de Oliveira. Eu sou muito feliz por ter cada um de vocês. Meus pais são patrocinadores oficiais. Financiaram meus sonhos, choraram comigo, vibraram em vitórias e não desistiram de mim quando eu caí. Agradeço e serei eternamente grato e espero que eu seja pra meus filhos apenas um décimo do que são pra mim. De fato, eu os amo perdidamente. Pra vocês eu viverei e pra vocês eu lutarei até meu último suspiro nesta Terra.

Agradeço também à minha primeira professora: a minha amada avó Maria Enóe. Me lembro como se fosse hoje o quanto a senhora brigava comigo, vovó: sempre me cobrou muito nos estudos; me ensinou os primeiros passos; com sua maestria de professora, sua inteligência inigualável e sua sensibilidade em me amar fizeram de mim parte da pessoa que sou hoje.

Agradeço também as minhas Marta e Badia: receberam-me de braços abertos em suas casas; vibraram a cada vitória, sofreram em minhas derrotas; me deram todo o suporte aqui em Prudente: foram minhas mães aqui. Agradeço a vocês tias e amo as amo muito.

Agradeço também à minha amada avó Naza Mansur que se foi neste ano: te digo, minha vó, onde quer que esteja quero que saiba que te amo muito; obrigado pelas orações e por todos abraços e beijos e sonhos que depositara em mim.

Agradeço também à Ordem DeMolay, sobretudo o meu amado Capítulo Mahatma Gandhi nº 537 de Presidente Eptácio-filiado ao Supremo Conselho da Ordem DeMolay para o Brasil. Foi ali, nas colunas da Loja, que aprendi

as lições de liderança, as sete virtudes cardeais de DeMolay e ali, nos discursos longos e intermináveis no cargo Orador que desenvolvi minha oratória. Foi ali que me tornei, por três vezes o Mestre Conselheiro e me tornei- no Conclave Regional da 11ª Região- o Mestre Conselheiro Regional da 11ª (Região de Presidente Prudente)

Agradeço também a meus mestres: em primeiro lugar a meu orientador, professor Sérgio Tibiriçá Amaral. Mestre, assim como no Livro da Lei, no livro de Lucas, 15- Deus nos mostra – na parábola da ovelha perdida- que o bom pastor é aquele que mesmo nas regiões mais montanhosas e perigosas e tendo um rebanho imenso, vai buscar sua ovelha e luta por ela como se fosse a única. Pois bem professor: você é o bom pastor! O senhor nunca desistiu de mim: apostou que um menino do 2º ano poderia ir pra Washington quando muitos me criticaram; que podia representar a Toledo fora do País: e lá conseguimos o 4º lugar e o título de “Melhor Orador”. O senhor sempre, com sua sensibilidade e paciência, me incentivou e me amparou neste trabalho. Portanto, te agradeço profundamente!

A você , professor Cláudio Sanchez, um muito obrigado: o senhor representa o verdadeiro advogado que luta por justiça. Sua sabedoria inquestionável; sua inteligência fora do comum; sua educação e humildade fazem de ti um espelho para mim. Professor, eu sou grato a ti porque o senhor me ensinou que um sonho pode virar realidade. Suas aulas geniais de Introdução ao estudo do Direito estão vivas até hoje em minha mente. Um dia quero chegar à docência e sem dúvida, o senhor é meu espelho.

Deixei você por último, professor Daniel Colnago. Não sei se me refiro a você como amigo, como professor, como companheiro. Passamos poucas e boas juntos. Te conheci em 2012 nas aulas do grupo de estudo para a Moot Court Competition, da American University Washington College of Law. Foi nesse ano que fomos juntos aos Estados Unidos em busca de um sonho: levar a Toledo ao lugar que ela nunca havia estado, no topo do torneio. E conseguimos. Professor, você apostou em mim. Esteve junto comigo e dividiu as aflições que passei, o medo de não conseguir. Obrigado meu amado mestre. Levarei sua lembrança pra sempre em minha memória.

Agradeço também aos professores Marcelo Agamenon, simplesmente um gênio e que inspira todos os seus alunos; ao professor Flademir Jerônimo, por

sua humildade e amor à docência; aos professores Gilberto Ligerio, Florestan Rodrigo do Prado e Caíque Tomaz: vocês me ajudaram muito nesta monografia, com dicas, referências bibliográficas. Um abraço de coração a vocês!

Agradeço também a dois amigos em especial: a Aline Borges, por ser meu exemplo de vida e por superar todas as dificuldades em busca de um sonho e você, Jonatas Teixeira, por ter sido meu fiel escudeiro na tão famigerada Competição nos Estados Unidos. O título de “Melhor Orador” foi dado a mim, mas ele, em verdade, é seu!

Um agradecimento e um abraço em especial a meu amigo Marcelo Luciano: Marcelão, meu caro, muito obrigado por ter me ajudado na formatação deste trabalho e por acompanhado meu sofrimento durante todo esse tempo. Você merece tudo de melhor meu irmão! À Amanda Marcelino por também ter me ajudado na construção deste trabalho

Por fim, justifico o porque deste poema “Mar Português”, de Fernando Pessoa: ele reflete bem o meu sonho. Assim como os portugueses tinham o sonho de serem grandes, eu tenho o sonho de alcançar meus objetivos: se valerá a pena, não sei, mas quem quer passar além do Bojador, deve passar além da dor. Foi este poema usado em minha última sustentação oral na Competição de Washington.

A todos os funcionários, em especial às bedéis e aos funcionários da limpeza e biblioteca um muito obrigado: vocês contribuem e muito- conjuntamente com os professores- para excelência desta Casa.

Por fim, encerro meus versos com a frase de Dom Pedro II: **“Se não fosse imperador, desejaria ser professor. Não conheço missão maior e mais nobre que a de dirigir as inteligências jovens e preparar os homens do futuro”**.

Espero um dia, na dança da fênix, ser professor e devolver à sociedade toda a maestria e o dom de dar aula que todos vocês, professores da Toledo Centro Universitário puderam me dar. Um abraço forte em todos e se Deus quiser, as portas do mundo e o destino nos aguardam.

*“Os Grandes Navegadores devem suas reputações aos mares
e às tormentas”.*

Epicuro de Samos.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto primordial estudar o surgimento dos princípios e sua normatividade. Para tanto, o foco será o estudo da evolução histórica dos vetores, desde a Lei Fundamental da Alemanha até o estudo individualizado das teorias de diversos doutrinadores de renome da disciplina. O primeiro ponto a ser debatido neste trabalho é sobre a teoria do direito natural e jusnaturalismo e suas implicações nos dias de hoje. Posteriormente, o foco será o estudo do direito positivismo, a escola clássica do positivismo jurídico italiano e alemão. A partir desta dicotomia, traremos a seguinte discussão: é possível falarmos em superação do positivismo, ou seja, superação da Era das regras? Sem dúvida, este questionamento é um dos principais nestas laudas de trabalho de conclusão de curso. Por outro lado, é objeto de estudo neste, as teorias de Zagrebelsky, Canotilho, Richard Posner, Humberto Ávila entre outros; mas principalmente, as classificações dos dois maiores estudiosos do tema: Robert Alexy e Ronald Dworkin. Posteriormente, será analisado alguns casos emblemáticos do Supremo Tribunal Federal e qual o foi o papel dos princípios jurídicos nestas decisões históricas, que mudaram os rumos da sociedade brasileira. E por fim, será feita uma análise crítica acerca do papel dos Tribunais Superiores no ordenamento jurídico e sua relação com o uso de princípios jurídicos.

Palavras-chave: Princípios- força normativa- jusnaturalismo- positivismo- pragmatismo- jurisprudência.

ABSTRACT

This paper has the primary object study the principles of appearance and its normativity. For this, the focus the study will be the evolution historical of the vectors, from of law fundamentally of the Germany until the individualistic study the at theories of several writers famous this discipline. The first topic of debate for this work is it about the natural right theory and jusnaturalism the implication yours today. Later, the focus will be about study of the right written, the classical school of the right written italian and german. From this relation, will be discussed: is possibility superation of written, namely, the superation of rules? Undoubtedly, this question is a major of this work conclusion of graduation. On the other hand, is the object of this study, the theories of Zagrebelsky, Canotilho, Richard Posner, Humberto Avila and others; but mostly, the ratings of the two greatest scholars of the subject: Robert Alexy and Ronald Dworkin. Later will be analyzed emblematic cases of the Supreme Court and what was the role of legal principles in these historic decisions that changed the course of Brazilian society. Finally, will be a critical analysis of the role of the superior courts in the legal system and its relation to the use of legal principles

Keywords: Principles of law- normative force- jusnaturalism- positivism- pragmatism- jurisprudence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 ASPECTOS HISTÓRICOS: A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR.....	16
2.1 Os princípios na Lei Fundamental de Weimar	17
I – Princípio da Resistência	18
II – Princípio da Proteção dos Recursos Naturais Vitais e Animais	19
III – Princípio da Subsidiariedade	19
IV – Princípio da Preeminência do Direito Internacional	20
V – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	23
3 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS: UMA TEORIA GERAL.....	24
3.1 Considerações preliminares.....	24
3.2 O Jusnaturalismo: considerações preliminares.....	27
3.3 Uma análise da Obra “Antígona”, de Sófocles	29
4 O POSITIVISMO JURÍDICO	31
4.1 Uma análise preliminar acerca do direito e da moral	34
5 A TEORIA GERAL DOS PRINCÍPIOS: CONSIDERAÇÕES INICIAIS:	39
5.1 A teoria dos princípios na visão de J.J Gomes Canotilho	42
5.2 A questão dos princípios e uma análise jurisprudencial.....	47

5.3 A Teoria dos princípios: uma análise da visão de Alexy e Dworkin:	51
5.3.1 A problematização dos princípios para Robert Alexy	53
5.4 Os princípios na visão de Ronald Dworkin.....	59
5.4.1 Dworkin e os princípios: as falhas da teoria do positivismo	60
5.4.2 A teoria de Dworkin e a crítica ao pragmatismo	63
5.5 A teoria do direito dúctil de Zagrebelsky	64
6 O PRAGMATISMO DE POSNER: CONSIDERAÇÕES INICIAIS	67
7 O NASCIMENTO DO DIREITO.....	75
7.1 O texto e a norma.	76
7.2 O “pós positivismo” e o “neoconstitucionalismo”: a era dos princípios	84
7.3 O lado obscuro dos princípios: o poder discricionário do magistrado e a consciência	89
8 DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO STJ E DO STF.	92
8.1 A inovação da constituição de 1988: o STJ	95
9 CONCLUSÃO	100
BIBLIOGRAFIA	102

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho teve como principal objetivo estudar a evolução do direito constitucional e da hermenêutica jurídica, desde os tempos mais remotos do estudo da constituição até ao direito constitucional moderno e suas principais teorias exigidas nesse recorte temático. Valemos lembrar que a ciência jurídica vem sofrendo diversas transformações, até porque o Direito é fruto das mutações sociais e do clamor popular, sendo os anseios das ruas os espelhos que refletem na lei positivada. Entretanto, nem sempre foi assim.

O mundo passou por diversas mudanças políticas, econômicas, sociais, culturais e etc. O grande baluarte das monarquias absolutistas na qual a figura do rei era confundida com a lei (e aqui nos valemos da máxima de Luis XIV, dizendo “O Estado sou eu”) deu lugar às transformações da mais marcante e mais inspiradora revolução de todos os tempos: a Francesa. Após a revolta da burguesia francesa, que subia ao poder com dinheiro, mas não com o sangue de nobre, deu-se início a uma nova etapa social e às primeiras noções de democracia numa França que era amparada pela monarquia absolutista.

O monopólio do rei, a estratificação social, o descontentamento popular deram lugares a baluartes de liberdade, igualdade, fraternidade, mobilidade social e criação do Parlamento como forma de descentralização do poder. Foi a partir daí que as primeiras noções básicas das teorias da constituição que conhecemos hoje nasceram e posteriormente, o início da era do “século das Luzes”.

A revolução inglesa, tendo como marco principal a assinatura do Bill of Rights de João-Sem-Terra, foi também um importante precedente para o constitucionalismo moderno: nascera então na Inglaterra de 1215 a noção de que o poder real não era absoluto e que na verdade, o monarca era um representante do povo e deveria representar os anseios populares.

A Revolução Americana, sobretudo a partir da Constituição de 1789, inaugurou uma nova Era do Direito Constitucional, sacramentando o que fora iniciado pela revolução inglesa. A partir da promulgação da Carta Magna dos

Estados Unidos, foram reconhecidos vários direitos humanos fundamentais e que servem de base nos dias de hoje para as principais Cartas de direitos e garantias nos Estados democráticos: direito à inviolabilidade de domicílio, liberdade religiosa, devido processo legal foram alguns dos principais temas inaugurais desta nova fase jurídica.

Em um momento posterior, já no século XX e em meados de 1917 e 1919, foram criadas duas Cartas de extrema importância para a consolidação dos ideais de Estado Democrático: a Constituição Mexicana de 1917 e a Lei Fundamental de Weimar; duas Constituições que foram as pioneiras nos chamados direitos de 3ª dimensão, ou seja, os direitos sociais. Nelas, é possível encontrarmos principalmente direitos dos trabalhadores e na mexicana, sobretudo, a regulamentação da jornada de trabalho em oito horas diárias e o direito de greve. Foi na de 1917 que os direitos trabalhistas passaram para o status de normas fundamentais.

Após 2ª Guerra Mundial, o mundo se depara com as atrocidades causadas pelo nazismo e suas barbáries. Como resultado disso, houve uma porção inimaginável de vidas rompidas por uma ditadura de extrema direita baseada na legalidade, algo que até então era incomum. Assim, as grandes atrocidades eram até então vistas sobre o prisma da ilegalidade, sobre as vistas de um atentado contra a paz popular e a soberania do Estado. Esta ditadura nazista, podemos assim dizer, foi favorecida pelo direito alemão que - a partir de brechas dadas pela Constituição de Weimar - possibilitou a não aplicação dos dispositivos da Carta Magna e em contrapartida, a dissolução do parlamento alemão e a instauração de medidas totalmente persecutórias a partir de decretos-lei. Logo, embora fosse uma Constituição rica nos direitos fundamentais e individuais, tal documento foi marcado por sua flexibilidade.

Foi a partir deste cenário de ditadura positivada, que correntes filosóficas do Direito ressuscitaram a ideia dos direitos inerentes à existência humana. Então renasceram as ideias jusnaturalistas, como forma de flexibilizar o positivismo rígido, marco da Alemanha hitlerista. Entretanto, o fenômeno jusnaturalista tomou proporções inimagináveis, de uma simples forma de relativização do direito positivo se tornou uma fonte direta da disciplina jurídica. E a

partir deste ponto, analisaremos de forma crítica os pontos positivos e negativos da evolução histórica – contemporânea do direito.

Nos dias atuais, muito se fala tanto na doutrina quanto na jurisprudência a respeito da força normativa dos princípios, sobretudo quando usados para expandir o alcance dos direitos, e, conseqüentemente, uma maior tutela jurisdicional. Entretanto, caros leitores, a força normativa dos princípios não é algo novo. Desde os escritos gregos e romanos, desde as legislações mais antigas, já se falava em princípios como sendo algo fundamental, nascidos com os seres humanos. No Brasil, esse fenômeno se tornou mais evidente a partir da Constituição de 1988, em que o legislador fez primazia por este instituto que será, neste trabalho, estudado a fundo.

Mas, ao mesmo tempo em que falamos em princípios, devemos lembrar que estes possuem um lado obscuro e desastroso, uma vez que usados de maneira desenfreada, podem causar imensas atrocidades jurídicas ao ordenamento. É o que vem acontecendo frequentemente na jurisprudência. Destaca-se que estes, ao serem aplicados, devem ser frutos que uma reflexão e não efetivados de maneira desenfreada.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS: A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR

Antes de adentrarmos ao conteúdo da Lei Fundamental alemã, devemos entender os antecedentes e o momento histórico da então Alemanha pós 1ª Guerra Mundial. Com o vexame da Tríplice Aliança frente aos países do Eixo, o Império (Reich) absolutista alemão se tornou insustentável, sobretudo após o Tratado de Versalhes, em que impôs aos alemães uma série de condições (desde bloqueios econômicos até redução significativa do contingente militar) para o término da guerra e rendição do país. A partir disso, Kaiser Guilherme II teve seus dias contados no Império, o que deu a ele a possibilidade de assinatura do tratado e um posterior exílio.

Frente a queda do Reich, foi criada a Lei Fundamental de Weimar, uma Carta que mudou a História da humanidade: por um lado, por ser uma Constituição extremamente progressista para a época, inovando no aspecto dos direitos sociais e coletivos, trazendo para o organismo constitucional, direitos sociais marcantes, como por exemplo o direito a resistência (art. 20); direito dos recursos naturais e dos animais(art. 20, "a"); por outro lado, por ser uma Carta flexível e que deu base/suporte para a ascensão de Adolf Hitler e uma posterior dissolução do Congresso.

No que tange ao rol dos direitos fundamentais, a Lei Fundamental tinha um campo de extrema abrangência: nela, eram tutelados direitos de liberdade individuais (como por exemplo, o direito de locomoção, art. 11; direito de opinião, arte e ciência, art. 5º; direito de escolha de profissão, art. 12; direito de crença art. 4º, etc). No plano de vista constitucional/processual, a Lei Fundamental Alemã trouxe expressamente o direito de petição (art. 17) e questões de direito de família (art. 6º e art. 14).

Mas, aqui destacamos dois direitos de extrema importância para o direito constitucional alemão e que conseqüentemente, influenciou as cartas constitucionais contemporâneas. Quero me referir à força normativa dos princípios na legislação alemã de 1919 e a relativização da soberania alemã e a prevalência do direito internacional europeu como forma de proteção e salvaguarda dos direitos fundamentais.

2.1 Os princípios na Lei Fundamental da Alemanha

Após a queda do império nazista de Hitler, a doutrina jurídica-constitucional vislumbrou a necessidade de criação de um ordenamento composto por regras e princípios: tudo isso porque ficou mais do que provado que um sistema composto apenas por regras tira do juiz sua capacidade natural de julgar, dando à ele a característica de apenas aplicar a lei; em segundo plano, isso dá ao legislador a possibilidade de criar uma ditadura institucionalizada - como fez o nazismo - já que ao magistrado tem-se a tarefa de apenas cumprir a lei, não a aferindo casuisticamente.

Em consequência disso, hoje a doutrina da hermenêutica constitucional se depara com uma dicotomia fascinante entre o arcaico (a velha legislação de regras) e o novo (a jurisprudência dos princípios). Vejamos a lição de Virgílio Afonso da Silva que elucida bem esta ambiguidade, que se iniciou em tempos modernos com a Constituição de Weimar e os escritos de Konrad Hesse:

“Uma das certezas mais difundidas no direito constitucional brasileiro atual está ligada à forma de interpretação da constituição. Nesse campo há uma divisão facilmente perceptível entre o arcaico e o moderno. Arcaico é crer que a interpretação da constituição deve ser feita segundo os cânones sistematizados por Savigny ainda na metade do século XIX. Moderno é condenar os métodos tradicionais e dizer que eles, por terem caráter exclusivamente privatista, não são as ferramentas adequadas para a interpretação da constituição. Ser moderno é, em suma, falar em métodos e princípios de interpretação exclusivamente constitucional”¹.

Pensando nesta dicotomia entre princípios e regras (que, diga-se de passagem, foi trabalhada, primeiramente, por Konrad Hesse), surgem em Portugal os ensinamentos de J.J Gomes Canotilho, que anuncia a necessidade de um sistema aberto, composto por regras e princípios e a importância do equilíbrio entre ambos. De um lado, segundo esta lógica, um sistema composto só por regras não seria capaz de positivizar todos os direitos e garantias humanas para o convívio social; por outro lado, um sistema composto somente de vetores de otimização seria

¹ SILVA, Virgílio Afonso, 2010, p.116.

um sistema sem rigidez, pautado na mera interpretação, não dando segurança jurídica, obviamente².

A partir destas premissas iniciais acerca da teoria geral dos princípios e regras, constatamos que a Lei Fundamental de Weimar traz inúmeros princípios com carga normativa: desde princípios fundantes para o Estado Democrático até mesmo princípios de direito internacional dos direitos humanos e princípios constitucionais próprios. A partir destas questões, colocaremos abaixo alguns princípios expressos na Lei.

I – Princípio da Resistência

Fazendo um estudo aprofundado na Lei Fundamental de Weimar, observa-se a “resistência” como um princípio, embora cause estranheza interpretá-lo como tanto. No entanto, a lei federal trata o direito de resistência como um vetor interpretativo, e não como uma regra.

Vejamos ao artigo 20:

“Art. 20: Princípio da resistência:

(1) A República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social.

(2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

(3) O Poder Legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes Executivo e Judiciário obedecem à lei e ao direito.

(4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência quando não houver outra alternativa”³.

Muitos dão ao artigo 20 o fundamento do direito de greve, direito inovador para meados de 1919. Segundo o próprio corpo legal, o princípio/direito da resistência é uma prerrogativa legítima e fundante para aqueles que de alguma forma tentem violar, prejudicar a ordem política, social, econômica e jurídica.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2002, p. 1148.

³ ALEMANHA, Lei Federal.

II – Princípio da Proteção dos Recursos Naturais Vitais e Animais

Segundo este vetor, imposto no artigo 20 "a", ficará a cargo do poder Executivo e Judiciário fiscalizar o cumprimento das políticas de proteção ao meio ambiente e ficará a cargo do Estado o papel de proteção do meio ambiente, seja com a produção de leis infraconstitucionais para a proteção do ambiente, seja com a observância da lei fundamental.

III – Princípio da Subsidiariedade

Situado no artigo 23 da Lei Fundamental, este princípio impõe ao direito comunitário europeu uma aplicação subsidiária à Lei Fundamental, entretanto, se tratando de normas de direitos fundamentais, os tratados internacionais firmados têm o mesmo valor que os direitos tutelados na Constituição de Weimar.

Neste sentido, podemos constatar que o princípio da subsidiariedade é relativizado quando se trata de lides que envolvam direitos fundamentais: aqui, pouco importa se o direito está na Lei Fundamental ou se está num tratado internacional; o que o constituinte alemão de 1919 quis é proteger a integridade e o direito do jurisdicionado. Portanto, podemos entender que, diante os fatos temos no artigo 23 o princípio *pró-homini*, ainda que colocado de forma intrínseca.

Ressalte-se que o próprio legislador impôs que, se tratando de choque de normas de direitos humanos, não há que se falar em hierarquia, não aplicando a especialidade e a cronologia como critérios para solução de choques de normas, pelo contrário, nestes casos, aplica-se a norma mais benéfica ao homem, já que tanto as normas de direito constitucional quanto as normas de direitos humanos estariam em mesmo nível, em outras palavras, em pé de igualdade.

Neste sentido, temos:

“Art.23 – Para a realização de uma Europa unida, a República Federal da Alemanha contribuirá para o desenvolvimento da União Europeia, que está

comprometida com os princípios democráticos de estado de direito, sociais e federativos e com o princípio da subsidiariedade e que garante uma proteção dos direitos fundamentais, comparável em sua essência à garantia constante nesta Lei Fundamental. Para tal, a Federação pode transferir direitos de soberania através de lei com anuência do Conselho Federal. Para a criação da União europeia, bem como para as alterações dos tratados constitutivos e de todas as normas correlatas, através dos quais esta Lei Fundamental venha a ser modificada ou complementada em seu conteúdo ou que ensejarem tais mudanças ou complementações, aplica-se o artigo 79 §2 e 3⁴.

Foi a partir deste princípio da subsidiariedade que se edificou hoje o sistema europeu de proteção dos direitos humanos e, sobretudo, a edificação da União Europeia. Destaca-se que se tratando de direitos fundamentais, há uma competência mútua (mesmo que subsidiária) entre a União, o bloco e os países em suas leis domésticas.

IV – Princípio da Preeminência do Direito Internacional

Este princípio, embora a jurisprudência pátria tenha reconhecido sua força normativa somente em decisões recentes, há julgados da Suprema Corte Alemã que reconhecem a primazia ao direito internacional frente ao direito interno alemão.

Com base no artigo 25, a Constituição de Weimar expressamente impõe a prioridade do direito internacional frente às leis ordinárias, dando um status de constitucionalidade aos tratados internacionais, o que é uma grande novidade, uma vez que geralmente, esta função não é da lei, mas da jurisprudência, por intermédio da aplicação do direito ao caso concreto.

Importante destacarmos que, em âmbito interno, a jurisprudência pátria é muito nova, prematura neste sentido. Um dos grandes julgados da história do Supremo Tribunal Federal referentes à hierarquia de normas no ordenamento brasileiro é o “linding case” que nasce o controle de convencionalidade no país.

⁴ ALEMANHA, Lei Federal.

No caso concreto, o Pleno da Corte Constitucional se deparou com o HC 87.585-TO e o RE 466.343-SP, que discutiam a questão do depositário infiel e sua aplicação após a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica.

Em síntese, o Supremo se deparou com duas questões importantes: analisando a Constituição Federal e o Código Civil, ambas as leis autorizavam a prisão civil por dívida. No entanto, o Pacto vedava. Vejamos o art. 5º LXVII:

“Art. 5º (...)

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”⁵.

Neste sentido, estava o Código Civil de 2002 em seu artigo 652, que em consonância com a Constituição, autorizava a prisão civil ao depositário infiel. Entretanto, *a contrario sensu*, o Pacto de San José veda este tipo de prisão em seu artigo 7.7. Eis o artigo:

“Artigo 7.7- Direito à liberdade pessoal.

Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoa. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandamentos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”⁶.

Neste diapasão, nos fazemos a seguinte indagação: pode um tratado internacional revogar a Lei Maior? E a soberania do Estado? Sendo positiva a pergunta, na hierarquia das normas, com que status entra esta norma de direito internacional? Embora a Constituição brasileira não tenha trazido expressamente a primazia do direito internacional como critério de aplicação de normas conflituosas (como na Lei Fundamental de Weimar), o Pleno do Supremo - aplicando o controle de convencionalidade - entendeu ser o dispositivo constitucional que possibilitava a aplicação da pena de prisão ao depositário infiel uma norma incompatível com o tratado internacional, prevalecendo o segundo frente ao primeiro.

⁵ BRASIL. Constituição Federal.

⁶ AMERICANOS, Organização dos Estados. Convenção Americana dos Direitos Humanos, 1969.

Assim, temos a lição de Luis Flávio Gomes:

“No dia 03.12.08 foi proclamada, pelo Pleno do STF (HC 87.585-TO e RE 466.343-SP), uma das decisões mais históricas de toda sua jurisprudência. Finalmente nossa Corte Suprema reconheceu que os tratados de direitos humanos valem mais do que a lei ordinária. Duas correntes estavam em pauta: a do Min. Gilmar Mendes, que sustentava o valor supralegal desses tratados, e a do Min. Celso de Mello, que lhes conferia valor constitucional. Por cinco votos a quatro, foi vencedora (por ora) a primeira tese. Caso algum tratado venha a ser devidamente aprovado pelas duas casas legislativas com quórum qualificado (de três quintos, em duas votações em cada casa) e ratificado pelo Presidente da República, terá ele valor de Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º, com redação dada pela EC 45/2004). Fora disso, todos os (demais) tratados de direitos humanos vigentes no Brasil contam com valor supralegal (ou seja: valem mais do que a lei e menos que a Constituição). Isso possui o significado de uma verdadeira revolução na pirâmide jurídica de Kelsen, que era composta (apenas) pelas leis ordinárias (na base) e a Constituição (no topo). Consequência prática: doravante toda lei (que está no patamar inferior) que for contrária aos tratados, não possui validade. Como nos diz Ferrajoli, são vigentes, mas não possuem validade (isso corresponde, no plano formal, à derrogação da lei). O STF, no julgamento citado, sublinhou o não cabimento (no Brasil) de mais nenhuma hipótese de prisão civil do depositário infiel, porque foram “derrogadas” (pelo art. 7º, 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) todas as leis ordinárias em sentido contrário ao tratado internacional”⁷.

Valemos destacar que o Supremo ao dar às normas de direito internacional de direitos humanos um caráter de supra-legalidade afirma que estas estão abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias. Vale ressaltar que se o Pacto de San José fosse aprovado como quórum de Emenda (em 4 votações de maioria de 3/5), este seria equivalente às regras constitucionais.

Por fim, tecemos em dizer que esta posição do Pretório Excelso esteja com os dias contados, já que a grande e forte doutrina emergente entende que - se tratando de normas de direitos humanos - trata-se de normas de mesmo nível constitucional, como defendeu o Min. Celso de Mello.

Assim, dependendo de como será a composição futura da Corte, certamente este posicionamento será mudado, adotado, em linhas gerais, o status de constitucionalidade das normas de direitos humanos, independentemente da forma ou quórum exigidos, já que a discussão paira sobre normas cogentes, de direitos fundamentais.

⁷ GOMES, Luís Flavio, 2009.

V – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O artigo 1º da Constituição alemã traz em seu bojo este princípio que, de certo modo é a base para qualquer Estado Democrático de Direito. Na ocasião, a Lei Fundamental não conceituou o termo dignidade da pessoa humana, entretanto, esta trouxe características essenciais que nos dão pistas a cerca do real sentido deste vetor interpretativo.

Deste modo, a lei traçou cinco características principais a este princípio: o fato de ser a dignidade da pessoa humana intangível, inviolável, inalienável, e vinculativa.

Façamos uma ressalva, em especial, a última característica acima citadas: a vinculação. Entende o princípio da dignidade da pessoa humana como vinculativo, pois este cria uma obrigação, uma aliança entre o Poder Público e os particulares, de modo que é dever do Estado (seja por meio do Executivo, Legislativo e Judiciário) zelar fielmente pela salvaguarda deste princípio.

3 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS: UMA TEORIA GERAL

3.1 Considerações preliminares

Nos dias atuais, muito se fala, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a respeito da força normativa dos princípios, sobretudo, quando usados para expandir o alcance dos direitos, e, conseqüentemente, uma maior tutela jurisdicional. Entretanto, caros leitores, a força normativa dos princípios não é algo novo. Desde os escritos gregos e romanos, as legislações mais antigas já falavam em princípios como sendo algo fundamental, nascidos com os seres humanos.

No Brasil, esse fenômeno se tornou mais evidente a partir da Constituição de 1988, em que o legislador fez primazia por este instituto que será, neste trabalho, estudado a fundo.

Mas, ao mesmo tempo em que falamos em princípios, devemos lembrar que estes possuem um lado obscuro e desastroso, uma vez que usados de maneira desenfreada, podem causar imensas atrocidades jurídicas ao ordenamento. É o que vem acontecendo frequentemente na jurisprudência. Destaca-se que estes, ao serem aplicados, devem ser frutos de uma reflexão e não efetivados de maneira desenfreada, a partir de uma escolha do juiz.

O tema escolhido nos parece apropriado uma vez que faremos, nessas breves laudas, uma comparação da evolução da ciência jurídica que era pautada em direitos positivados, sobretudo no século XX com a Lei Fundamental da República da Alemanha (Weimar, 1919) como era dos princípios.

Deixemos claro algo, nobre leitor, não é que os princípios não existiam nesta época, pelo contrário, a Lei Fundamental de Weimar traz inúmeros deles, mas o direito positivado tinha uma maior importância. Neste sentido, transcorremos aqui os ensinamentos do ilustre professor e ministro do Pretório Excelso, Luís Roberto Barroso:

“Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega, origina-se o princípio da não contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: “Nada pode ser e não ser simultaneamente”, preceito subjacente à ideia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: “Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu”. Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade”⁸.

No que pese a fala do ilustre constitucionalista, professor Barroso, concordamos que de fato a aplicação dos princípios é antiga, as próprias Sagradas Escrituras trazem mandamentos baseados em princípios, entretanto, discordamos no que tange a sua normatividade, que muitos defendem ser advinda desde os primórdios da humanidade; encontrados expressamente nas Sagradas Escrituras.

É sabido que a força normativa destes é encontrada desde o período grego romano, desde as Cartas mais remotas, temos a ideia de mandamentos subjetivos que vinculam as partes.

Portanto, falarmos em uma recente força normativa dos princípios, por exemplo, é o mesmo que falarmos que foi Pelé quem inventou o futebol. Logo, não é porque os princípios se tornaram mais evidentes nos dias de hoje que eles não existiam em tempos outrora e mais, mesmo nos tempos mais remotos, já haviam, princípios basilares que vinculavam as partes; exemplo clássico desta normatividade são os “pactas” romanos, sobretudo o princípio do “pacta sunt servanda”, que nada mais é o princípio basilar do direito privado - sobretudo dos contratos - em que se exige, a partir deste vetor, o cumprimento de uma obrigação pré-estabelecida pelas partes.

Embora haja divergência na doutrina quanto ao nascimento da força normativa dos princípios, entendemos que esta existe desde os tempos mais remotos, sobretudo com grande prevalência no direito romano e não surgiu no século XX em diante, com mudanças de paradigmas e surgimento de uma nova interpretação constitucional.

⁸ BARROSO, Luís Roberto, 2006, pág.28/ 29.

Neste sentido, a jurisprudência da Corte Constitucional americana (uma das pioneiras na utilização dos princípios como fundamento de construções jurídicas) é farta no sentido de utilizar os princípios como forma de solução de lides extremamente complexas. A própria doutrina clássica, e aqui nos valem os ensinamentos de Konrad Hesse, admitem a utilização dos princípios como forma de proteção e força da Constituição. Vejamos:

“Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (Geistige Situation) de seu tempo, isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequado e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.

Assegura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstraída as disposições de índole técnico organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido. A constitucionalização de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição”⁹.

A partir destas considerações preliminares, devemos considerar que a utilização dos princípios no ordenamento jurídico e como fundamento para as decisões judiciais é fruto de uma evolução histórica, de um lado, o positivismo clássico de Hans Kelsen e de outro, o pós Segunda Guerra Mundial e a incidência de valores morais no Direito.

É a partir deste panorama genérico e abstrato, que partiremos nesta viagem, em que a primeira parada será o estudo das teses jusnaturalistas e a existência de um possível direito natural, inerente à existência do homem, posteriormente, analisaremos o positivismo de Kelsen, Bobbio e Hart, tendo, as teses de Robert Alexy e Ronald Dworkin e outros, a respeito da problemática entre direito e moral e a teoria dos princípios.

⁹ HESSE, Konrad, 1959, p. 29/30.

3.2 O Jusnaturalismo: considerações preliminares

A corrente filosófico-jurídica denominada jusnaturalismo, renasceu em meados do século XVIII com o Iluminismo, trazendo ideais da filosofia grega antiga, sobretudo no que tange a existência de direitos inerentes à existência humana, direitos que nascem com o homem, direitos que existem simplesmente pelo fato de existir o ser humano enquanto sujeito de direitos. Neste diapasão, a legislação brasileira abarcou um pouco deste ideal jusnaturalista, quando o Código Civil, em seu artigo 2º, impõe que “a lei salvaguardará os direitos do nascituro, dando a proteção a este desde sua concepção”, significa dizer que os direitos da personalidade estão protegidos pela lei antes mesmo da existência física do ser humano, ou seja, a mera expectativa de vida já é objeto de proteção da lei.

Neste sentido, temos a lição dos professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho.

“(...) teoria da personalidade condicional, pois sustentam que a personalidade nascituro conferiria aptidão apenas para a titularidade de direitos personalíssimos (sem conteúdo patrimonial), a exemplo do direito à vida ou a gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida (condição suspensiva)”¹⁰.

A partir desta transcrição, podemos entender que numa perspectiva muito genérica, os direitos da personalidade e o direito fundamental aos alimentos gravídicos dados ao nascituro são direitos impostos pela lei, mas que tutelam uma expectativa de vida, que poderá ou não ser uma vida completa ou ainda, ser um possuidor pleno de direitos. Mas o que a lei quis foi garantir o mínimo existencial, característica de um direito que existe pelo simples fato de haver uma expectativa de vida. Isso é jusnaturalismo: um direito inerente à existência humana!

Entretanto, tais renasceram com grandes adeptos, sobretudo nos grupos insurgentes/ revolucionários do século XVIII. Baluartes iluministas de liberdade, igualdade, fraternidade foram marcos que escreveram na História a

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, 2011, pg. 127.

necessidade de um Direito mais moral, baseado em valores; algo que justificasse principalmente a ascensão da burguesia ao poder e a queda do Antigo Regime, sobretudo na França.

De um lado, havia a corrente individualista, e aqui se destaca a identidade do ser humano com o capital e a possibilidade de ascensão social a partir do trabalho, que geraria o lucro e conseqüentemente, a riqueza; já do outro, as estruturas de um governo monárquico absolutista, com forte interferência da Igreja, que dava suporte ao rei e a estratificação social.

Assim, não fica difícil imaginarmos o jusnaturalismo em conflito com o novo positivismo que iria surgir no começo do século XX. A partir destas premissas básicas, podemos citar algumas dicotomias importantes entre ambas as escolas.

1) No que tange a eficácia, o direito natural tem eficácia em toda parte, em todo mundo e para todos os seres humanos ou expectativas de vida. Para o positivismo, a eficácia é para um povo, uma sociedade, uma população mais específica.

2) Quanto à origem, o Direito natural nasce com a mera expectativa de vida, a partir da concepção; era o Direito de Zeus, maneira pela qual os gregos denominavam. Já para os positivistas, o Direito é imposto pelo homem, por meio das leis e estas, diga-se de passagem, refletem as regras comportamentais de cada sociedade. Assim, é possível haver vários direitos positivos em várias sociedades distintas, o que diferencia do direito natural, que é único em qualquer lugar do planeta.

De maneira mais específica, Norberto Bobbio¹¹ traz quatro critérios para a diferenciação entre a escola positivista e a jusnaturalista. São eles:

A) Antítese de universalidade X particularidade: direito natural vale em todos os lugares, quanto o positivo, em lugares específicos.

B) Imutabilidade X Mutabilidade: o direito natural é imutável, o positivo é reflexo da sociedade e, portanto, extremamente mutável.

¹¹ Bobbio, Norberto, 1909, pág. 22/23.

C) Quanto aos destinatários, o direito positivo se manifesta a partir de uma declaração alheia manifestada pela lei. O direito natural, pelo contrário, se manifesta a partir de nossa própria razão.

D) Quanto aos objetos, o direito positivo traz um critério neutro indiferente, enquanto o direito positivo traz à norma uma análise moral, de validade, paradigma de bom ou ruim.

E) Quanto à valoração, o direito natural faz primazia para aquilo que é bom, diferentemente do positivo, que analisa aquilo que é útil.

3.3 Uma análise da Obra “Antígona”, de Sófocles

Escrita por volta dos anos 442 a.C, a tragédia Antígona é um dos grandes marcos do direito natural e das teorias filosóficas dos direitos fundamentais. Nesta, Antígona é irmã de Ismênia, Polinice, Etéocles e Édipo. Com a vacância do trono de Tebas, Polinice e Etéocles travam uma disputa entre irmãos para quem iria assumir o reinado. Nesta guerra, ambos morrem e Creonte assume o poder da cidade. O agora rei, Creonte, decreta impedimento ao enterro de Polinice, pela morte de seu irmão, e a Etéocles, o soberano concede-lhe o enterro. Para os gregos, o ato de sepultamento era visto como uma forma de respeito e aos transgressores da lei, este direito não era assegurado.

Foi a partir deste caso que Sófocles, ainda em tempos remotos antes de Cristo, começou a indagar a comunidade jurídica com a personagem Antígona: ela, muito sabiamente, indagou ao rei Creonte sobre a possibilidade de haver matérias que não seriam de sua competência para decidir, mas de Zeus, sendo reconhecido o direito fundamental de enterrar, inerente a existência humana. Logo, haveria direitos que são pétreos, intocáveis, respeitados e tuteláveis ao extremo; são os direitos naturais que nem mesmo o rei, enquanto soberano do trono de Tebas poderia tocar. Eis o transcurso de parte da obra:

“Creonte:(...) tiveste a ousadia de desobedecer a essa determinação?

Antígona: Sim, pois não foi decisão de Zeus e a Justiça (Diké) que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os

humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas (Themis), nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decreto como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a punição dos deuses”¹².

O destaque da obra de Sófocles está no fato de nos perguntarmos qual seria o real sentido (o espírito) da lei esculpida por regras, será que os escritos legais eles são bastante em si, digo, será que são suficientes para o aplicador da norma ou será que o juiz deve fazer uma aferição e ao aplicar a lei, levar em conta valores maiores? Neste sentido, esta obra grega inaugurou um dos temas mais polêmicas da disciplina jurídica: direito e moral se misturam ou o primeiro é autônomo ao segundo? É a partir desta problemática que nossos trabalhos serão desenvolvidos.

¹² SÓFOCLES, 2008, p. 96.

4 O POSITIVISMO JURÍDICO

Não se sabe ao certo qual a origem específica do positivismo jurídico, mas um fato é consenso: mandamentos escritos, traçando modelos de comportamentos já existem desde que o homem habita a Terra e principalmente, pós Cristianismo, em que as lições religiosas passaram a ser estudadas a partir de um livro sagrado.

Desde os tempos mais remotos o homem se comunica por símbolos, palavras, escritos - ainda que rudimentares - isto porque, tem-se a ideia de que a escrita gera uma prova, um contrato que vincularia as partes. No mundo jurídico, um dos primeiros escritos jurídicos foi a Bill of Rights de 1215, imposta pelo Povo inglês como forma de frear as atitudes do soberano João-sem-Terra.

Neste sentido, a necessidade de positivar direitos passou a ser vista como forma de afastar o historicismo jurídico, tentando tirar das leis o caráter histórico e um método não-científico e principalmente, o movimento de codificação passou a ser visto como forma de unificação de vários povos, formando os países que conhecemos hoje. Neste sentido, nos ensina Norberto Bobbio, ao analisar a perspectiva do clássico jurista alemão Anton Ffrindrich Justus Thibaut:

“Diante desta desoladora situação do direito alemão, Thibaut afirma a necessidade de um legislador geral, isto é, de uma codificação propriamente dita, e enuncia as vantagens desta seja para os juízes, seja para os estudiosos do direito, seja para os simples cidadãos; a codificação por outro lado traria também algumas vantagens políticas, visto que daria um impulso decisivo à unificação da Alemanha”¹³.

Logo, o movimento de codificação foi importante para unificar os povos bávaros e criar a identidade do Império Alemão que segundo as estratégias de Otto Von Bismarck, além da unificação de leis, era necessário também a promoção de incessantes guerras para criar a identidade nacionalista no então povo unificado.

¹³ BOBBIO, Norberto, 2006, pg.59.

Assim, o positivismo foi crucial para sedimentar a unificação e os interesses militares e expansionistas.

Seguindo a diante no curso da História, lá pros anos do século XX, uma das primeiras a defender o positivismo jurídico em um período moderno foi Hans Kelsen. Em sua obra, “Teoria Pura do Direito”, realizada então em sua primeira fase ainda na Alemanha, Kelsen defende o cientificismo no Direito, isso significa dizer que a disciplina deve ser interpretada de forma pura, sem a interferência de questões periféricas como, por exemplo, a sociologia, psicologia entre outras disciplinas que, de alguma forma, interferem diretamente no mundo do Direito, inclusive, no que se refere à moral.

Em meados de 1934, o referido autor propõe em sua Teoria a análise do direito a partir de um único objeto, a lei escrita e positivada, afastando a hipótese de se interpretar a disciplina jurídica a partir de pontos periféricos, como por exemplo, a moral.

“É contra ela que insurge a Teoria Pura do Direito, a qual apresenta o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualifica-lo como injusto. Nesse sentido, é uma Teoria do Direito Justo e também uma teoria do Direito radical-realista. Aproxima-se do direito positivo para avaliá-lo. Portase como ciência ,sem compromisso com nada(...)”¹⁴.

Portanto, a disciplina jurídica e conseqüentemente o ordenamento deve ser visto de maneira própria, independente. Nisso reside o verdadeiro direito enquanto ciência, o direito nada se confunde com a justiça, que é um baluarte da moral. Logo, direito e moral não se misturam.

Dentro deste contexto, também na Alemanha – já no fim do século XVIII e começo do XIX – Anton Friedrich Justus Thibaut (que assim como Gustav Hugo Savigny, pertenciam a Escola Histórica do Direito) já defendia a ideia do positivismo como forma de expurgar o movimento jusnaturalista iluminista, sendo que a codificação traria duas principais vantagens primordiais: a primeira, a dar mais segurança para o aplicador do direito e, conseqüentemente aos cidadãos e, a

¹⁴ KELSEN, Hans, 1994, p. 81.

segunda era a partir do positivismo, poder unificar a Alemanha¹⁵, como já elucidamos em parágrafos anteriores.

Assim, o direito positivo e seus efeitos davam à norma um caráter puro, afastado dos eventuais subjetivismos, como a justiça, moral; valores estes que encampam a ideia dos princípios. Aqui, torna-se mais aguçada a discussão entre positivismo versus jusnaturalismo e a relação dos princípios para estas correntes.

Entretanto, a distinção entre direito natural e direito positivo não é algo tão recente, nem uma discussão do século passado; vem muito antes de Kelsen e sua Teoria Pura e bem mais antes de Savigny e Thibaut...

Desde a filosofia grega, Platão e Aristóteles já se preocupavam em fazer tal distinção, segundo Bobbio em sua obra, o positivismo jurídico: lições de filosofia do direito:

“Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda em lei. Natural é aquela justiça quem mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que, não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada”¹⁶.

Neste mesmo sentido, o grande jurista italiano - em seu livro “O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito” - traz uma clara distinção entre direito positivo e direito natural; para ele, o primeiro é causa justificadora de se entender o Direito enquanto ciência, uma vez que ao cientista não cabe estudar aquilo que poderia ser, mas aquilo que é e realmente existe no mundo concreto, não cabendo a quem analisa a ciência valorar imensas hipóteses que fogem da concreta:

“Pois bem, o positivismo jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito real tal qual é, não tal qual deveria ser, o positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito enquanto fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O

¹⁵ BOBBIO, Norberto, 1909, p. 59.

¹⁶ BOBBIO, Norberto, 2006 p. 136.

direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe um direito real sem se perguntar se além deste existe um direito ideal (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; o romanista, por exemplo, considerará direito romano tudo o que a sociedade romana considerava como tal, sem fazer intervir em juízo de valor que distinga entre direito “justo” ou “verdadeiro” e o direito “injusto” ou “aparente”. Assim, a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa”¹⁷.

Assim, para os positivistas, a letra da lei, esculpida pelas regras, apontam para uma conduta que deve ou não ser praticada pelo destinatário, não apontando para um estado ideal de coisas que permite uma valoração, por contrário, a disciplina jurídica deve ser enxergada como um fato que causa repercussões ao ordenamento e não como um valor, pois se fosse analisada dessa forma, o Direito seria estudado não por aquilo que é, mas por aquilo que sempre deveria ser.

4.1 Uma análise preliminar acerca do direito e da moral

Ao estudarmos e aplicarmos o direito ao caso concreto, devemos nos perguntar: o direito deve ser visto como ciência, bastante em si ou esse mesmo direito ao ser aplicado deve ser visto a partir de baluartes como justiça, igualdade, devem ser relevados à aplicação, aspectos filosóficos, sociológicos, psicológicos, econômicos etc.? Esse é uma das grandes tramas dessa discussão interminável entre direito e moral. Nesse sentido, temos a lição de Ronald Dworkin:

“A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Mas a moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa, por isso, todo sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e em última instância, aos juízes da Suprema Corte”¹⁸.

¹⁷ Idem.

¹⁸ DWORKIN, Ronald, 2006, p.2.

Em primeiro aspecto, antes de adentrarmos a seara da dicotomia entre moral e direito, deixemos claro que o modelo jurisdicional norte-americano é completamente diferente do brasileiro, no que tange a sua essência. No primeiro, é consagrado o ativismo judicial, em que em diversos casos, a Suprema Corte foi invocada afim de não só dar a interpretação da Constituição americana, mas muitas vezes a de criar direitos.

Neste modelo, há uma intensa “participação legislativa” do Judiciário; isto é arraigado na cultura do ativismo estadunidense e uma das explicações lógicas deste fenômeno está no fato da Constituição dos Estados Unidos ser tipicamente – quanto ao conteúdo – material (versando de forma breve sobre o modelo estruturação do Estado e em poucos artigos, sobre alguns direitos fundamentais) sendo, então, enxuta, “simplória”; comparada à brasileira, que é uma Carta formal e extremamente complexa tanto nos aspectos de estruturação do Estado, quanto no rol dos direitos fundamentais.

Logo, percebemos que quanto mais simples for a Constituição, mais força deverá fazer o Judiciário para interpretá-la e, com isso, favorecerá o ativismo judicial e o efeito vinculante das decisões. Para ilustrar bem este fato da jurisprudência americana ter papel preponderante para a criação da interpretação jurídica, concentraremos nossos esforços no caso “Nancy Cruzan e a Eutanásia”, exemplificado pela obra de Dworkin¹⁹, que se trata de um *leading case* que marcou a história do direito constitucional americano, pois possibilitou à Suprema Corte dar a interpretação máxima ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A senhora Cruzan era uma mulher de pouco mais de 20 anos de idade, que embora nova, já era casada e constituiu família. Em meados da década de 80, ela sofreu um acidente automobilístico e teve diversos traumatismos; como resultado, ficou por vários minutos sem oxigenação no cérebro, propiciando o não funcionamento das atividades cerebrais e como consequência, o estado vegetativo desta senhora que tinha um futuro todo pela frente.

Durante muito tempo, a senhora Cruzan sobrevivia com a ajuda de aparelhos e seu quadro clínico era permanente, podendo ser sendo cessado apenas

¹⁹ *Idem*, p.215.

com uma futura morte - já que se encontrava em um estado vegetativo ao extremo. A partir da incapacidade da vítima, seus pais, comovidos com a situação da filha, decidiram pedir autorização judicial para a prática da eutanásia, uma vez que nunca mais a interna sairia do estado vegetativo.

Neste embate jurídico, a Constituição Americana nada falava a respeito do direito a morte digna e sua correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana e coube a jurisprudência interpretar e aplicar a Teoria do Direito a esta problemática. Em 1º grau, no juízo do Missouri, o Tribunal entendeu por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, haver a existência de um direito à morte digna. Ao apelar da decisão, no Supremo Tribunal do Missouri, a Corte Estadual entendeu não ser possível ordenar a morte legal da senhora Cruzan, uma vez que, enquanto estava consciente, ela nunca deixara clara sua intenção de morrer caso estivesse em estado vegetativo; logo, por se tratar de um direito personalíssimo, os pais da jovem não poderiam condená-la a morte sem a autorização expressa da futura vítima.

Pois bem, esta problemática chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos. Em uma decisão conturbada, polêmica, o Tribunal Constitucional entendeu que, de fato, embora não expresso na Constituição, existe o direito a morte digna, mas esta decisão não podia ser tomada pelos pais da senhora Cruzan, ou seja, a decisão de morte digna não pode ser tomada por um terceiro. Deve, ao tomar essa decisão, haver prova inequívoca de que a vítima realmente quer suprimir sua vida, gozando do direito de rejeitar o tratamento que não for adequado.

Ao negar o pedido de eutanásia, a Corte Constitucional americana abriu uma nova discussão: caso haja o consentimento, o direito a vida pode ser subtraído pelo próprio titular, por estar em situações de irreversibilidade? Havendo prova inequívoca de que o titular desejará retirar sua vida, caso esteja em estado vegetativo, existe a legalização da eutanásia? A essas questões, a Corte, em sua jurisprudência, respondeu positivamente.

É a partir deste emblemático caso que discutimos: será que a partir dos novos entendimentos e revolucionárias teses jurídicas e das crescentes dimensões e ampliações dos direitos fundamentais, é possível ainda hoje falarmos num direito sem princípios? Em uma teoria jurídica que não encampe a moral? Parece-nos forçada essa ideia de não admitir que o direito não sofre com os reflexos dos

princípios e das crescentes ondas de direitos fundamentais. Portanto, acreditamos que a moral, de forma indireta, é uma fonte da hermenêutica constitucional e uma importante ferramenta para a decisão judicial em casos complexos, sobretudo naqueles que há o choque de direitos fundamentais.

Neste sentido e seguindo o mesmo raciocínio, Robert Alexy, em sua obra “Conceito e validade do direito”, ao tratar de questões atinentes ao direito e a moral, vai mais além: ao propor a chamada conexão necessária entre direito e moral, o doutrinador enfatiza que não dá para se falar em direito sem moral, até porque esta conexão estabelece a chamada “tese de correção”, que nada mais é que a vinculação entre a tese jurídica com a tese moral.

Há que se destacar, segundo Alexy²⁰, seis princípios basilares que compõem a Lei Fundamental: dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, estado de direito, democracia e Estado social. A partir destes princípios máximos ou maiores, há subprincípios que decorrem destes, criando uma grande teia de axiomas. O que o ilustre jurista alemão quer dizer com sua tese de correção é o seguinte: se tratando de casos em que o direito positivo tem conteúdo moralmente aceito, ou seja, a lei exprime a vontade e o consenso dos jurisdicionados, não há que se falar nesta chamada tese de correção.

Entretanto, tratando-se de casos em que o direito positivo (lei) tem conteúdo não aceito moralmente, deverá o juiz aplicar esta tese, a fim de que, a partir de princípios, corrigir o dissenso do legislador. Neste sentido, segundo Alexy, “trata-se aqui de, de dar uma resposta a uma questão jurídica, que por seu conteúdo, também é uma questão de moral política”²¹.

Portanto, podemos concluir que para o jurista alemão, o juiz em suas sentenças deve – de alguma forma- prestar contas à sociedade: nisso reside a vinculação do juízo com a moral, pois se tratando de casos obscuros, duvidosos, a saída que o magistrado tem é a de aplicar a técnica da ponderação e valorar os princípios adequados. Logo, não dá para separar o direito da moral:

²⁰ ALEXY, Robert. 2009, p. 93.

²¹ Idem.

“Sendo esses princípios ou seus inúmeros subprincípios, pertinentes num caso duvidoso, o juiz estará juridicamente obrigado a proceder a uma utilização relacionada ao caso concreto(...). Ao menos uma parte dos argumentos que o juiz fundamenta a conclusão de sua ponderação tem, quanto a seu conteúdo, o caráter de argumentos morais. Disso resulta que à pretensão da correção jurídica necessariamente vinculada à decisão inclui uma pretensão a uma correção moral”²².

Nos parece, portanto, que esta discussão atinente ao direito e a moral já está superada: torna-se impossível separarmos a disciplina jurídica dos valores econômicos, sociais, culturais e uma vez retirada esta valoração que o direito sofre, tiraria do juiz a sua capacidade cognitiva, de aferição e estudo da essência da norma. No entanto, esta discussão doutrinária e filosófica dominou as páginas dos escritos jurídicos mais famosos- sobretudo na segunda metade do século XX.

²² Idem.

5 A TEORIA GERAL DOS PRINCÍPIOS: CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

A palavra princípio (do latim, *principium*), nos traz a conotação de “começo”, fonte, de onde algo nasce. Para a teoria geral do direito, os princípios possuem a função de bússola, norteando a interpretação daquele que aplica a norma a um caso concreto. Estes são vetores, são axiomas que nos levam a um estado ideal, a algo que se busca.

Dentre as características dos princípios, destacam-se: são **abstratos**, ou seja, servem para vários casos, encampam diversas possibilidades e por assim serem, são **universais**, transgredindo fronteiras do ordenamento jurídico. Mas, a principal característica dos princípios está no fato de conviverem **conflituosamente**. Logo, o princípio da soberania, por exemplo, pode estar em conflito o princípio pro-homini, embora estejam em conflitos, esses princípios existem e podem ser aplicados concomitantemente ao mesmo caso, mesmo que sendo opostos.

Por exemplo, se pensarmos numa decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como no caso Maria da Penha X Brasil: Há dois princípios em conflito, de um lado, o princípio da soberania e, do outro, a relativização do princípio do prévio exaurimento dos recursos internos e o princípio da celeridade processual.

“30. Segundo o artigo 46 (1) (a) da Convenção, é necessário o esgotamento dos recursos da jurisdição interna para que uma petição seja admissível perante a Comissão. Entretanto, a Convenção também estabelece em seu artigo 46 (2) (c) que, quando houver atraso injustificado na decisão dos recursos internos, a disposição não se aplicará. Conforme assinalou a Corte Interamericana, esta é uma norma a cuja invocação o Estado pode renunciar de maneira expressa ou tácita e, para que seja oportuna, deve ser suscitada nas primeiras etapas do procedimento, podendo-se na falta disso presumir a renúncia tácita do Estado interessado a valer-se da mesma.

31. O Estado brasileiro não respondeu às repetidas comunicações com as quais lhe foi transmitida a petição e, por conseguinte, tampouco invocou essa exceção. A Comissão considera que esse silêncio do Estado constitui, neste caso, uma renúncia tácita a invocar esse requisito que o isenta de levar avante a consideração de seu cumprimento”²³.

²³ AMERICANOS, Organização dos Estados. 2001.

Neste mesmo sentido, agora no plano constitucional, ao analisarmos a Carta de 1988, temos a interpretação do artigo 5º:

“5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII- É garantido o direito de propriedade;

XXIII- A propriedade atenderá sua função social”²⁴.

Sendo assim, no artigo 5º da Constituição, o rol dos direitos fundamentais, o legislador colocou como direito pético a propriedade, mas este, embora fundamental, é cerceado pela análise do princípio da função social da propriedade. Percebemos, portanto, que o mesmo legislador que concede um direito, é aquele que cerceia este; criando uma via de mão dupla.

Esse conflito é algo marcante nos princípios. Em contraposição, as regras apontam para um modelo de comportamento e não para um estado ideal a ser atingido, são imperativas, impõem ao destinatário uma atitude de fazer ou não aquilo que é proposto. É a partir desta contraposição entre princípios e regras que analisamos a lição do professor alemão Robert Alexy (2009 pg. 85):

“A base do argumento dos princípios é constituída pela distinção entre regras e princípios. Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescreve uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como “mandamentos definitivos”. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios”²⁵.

²⁴ BRASIL, 1988.

²⁵ ALEXY, Robert, 2009, p. 85.

Nesse mesmo sentido, para Ronald Dworkin, os princípios apresentam duas dimensões: a primeira, relacionada à questão da validade, já a segunda, no que tange ao peso, ou seja, a carga argumentativa que este traz consigo; diferentemente das regras, que são estudadas a partir da validade, aplicando-se a elas o critério do “tudo ou nada”.

Nesse sentido, vale ressaltar que as regras, não possuem como característica principal o convívio conflituoso, não podendo ser aplicáveis duas ou mais regras totalmente opostas a um determinado caso; pelo contrário, ou uma regra se aplica ou não se aplica a um fato determinado, assim, para a teoria de Dworkin, o traço marcante das regras é o fato de serem analisadas por uma dimensão de validade e por serem taxativas, aplicáveis - ou não - a certo caso.

Ao contrário do grande jurista americano, Robert Alexy traz a essa dicotomia, “princípios X regras” um novo prisma de observação. Para o alemão, os princípios são observados sob o aspecto qualitativo, ou seja, o operador do direito ao usar um princípio em um caso concreto se pauta na essência deste, em sua função teleológica. Para Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, podendo ou não ser colididos entre si.

Sendo assim, Humberto Ávila nos ensina:

“O dispositivo constitucional segundo o qual se houver instituição ou aumento de tributo, então a instituição ou aumento de tributo deve ser veiculado por lei, é aplicado como regra se o aplicador, visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entende-lo como mera exigência da lei em sentido formal para a validade da criação ou aumento de tributos; da mesma forma, pode ser o aplicado como princípio se o aplicador, desvinculando-se do comportamento a ser seguido no processo legislativo, focar o aspecto teleológico, e concretizá-lo como instrumento de realização do valor liberdade para permitir o planejamento tributário e para proibir a tributação por meio da analogia, e como meio de realização do valor segurança, para garantir a previsibilidade pela determinação legal dos elementos da obrigação tributária e proibir a edição de regulamentos que ultrapassem os limites legalmente traçados”²⁶.

Humberto Ávila vai, muito mais além em sua lição. Para ele, interpretar um dispositivo como princípio ou como regra fica a cargo do aplicador da norma. Se

²⁶ ÁVILA, Humberto, 2014, p. 45.

entender o dispositivo como princípio, a mensagem do dispositivo terá um enfoque teleológico, será analisado sob a óptica de valores, mas se entender como regra, a mensagem trazida no bojo do dispositivo legal trará um modelo de comportamento, um mandamento a ser praticado pelo intérprete.

A partir destas considerações iniciais, estudaremos a teoria geral dos princípios e seus desdobramentos a partir de alguns juristas importantes, de notável conhecimento jurídico- filosófico do tema.

5.1 A teoria dos princípios na visão de J.J Gomes Canotilho

O sentido da constituição e suas diversas teorias vem sendo um campo extremamente complexo e criterioso na moderna Teoria do Direito. Logo, à medida que a sociedade evolui (seja a partir de revoluções e mudanças político-ideológicas; seja pela quebra de paradigmas), a disciplina jurídica assim a acompanha; no entanto a Constituição é o principal e imediato alvo das transformações sociais.

Neste aspecto, a Carta Magna é o reflexo de sua sociedade e a partir disso que se introduz nos dispositivos constitucionais aquilo que o professor J.J Gomes Canotilho chama “multifuncionalidade das normas constitucionais”²⁷, que nada mais é que a necessidade dos dispositivos se especializarem cada vez mais, uma vez que a Constituição passou da Era de ser um documento que versava sobre questões organizacionais, e agora é uma Carta que versa sobre direitos e garantias fundamentais, sendo extremamente complexa e trazendo em seu bojo matérias desde o perfil organizacional do Estado, direitos fundamentais a questões sociais e econômicas, por exemplo.

É a partir destas considerações iniciais, que a Teoria do Direito viu a necessidade de se criar uma classificação extremamente complexa e que acompanha as tendências da Constituição.

Para o professor Gomes Canotilho, a complexidade da teoria geral dos princípios reside no fato de estarmos lidando com duas espécies de normas, logo,

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2002, p. 1145.

estamos lidando com duas espécies de uma mesma família. Mas antes de mais nada, nos fazemos a seguinte indagação: se princípios e regras compõe a família “norma” (gênero); o que seria esta chamada norma? Qual o conceito disto? Para o professor Humberto Ávila, um dos grandes estudiosos brasileiros da Teoria do Direito, “norma é o sentido construído a partir da interpretação sistemática de textos normativos”²⁸, e a diferença entre dispositivo e norma está no fato de que o primeiro está ligado ao objeto de interpretação, enquanto o segundo está ligado ao resultado. O professor Ávila, neste sentido comparativo das normas, vai mais além, ao traçar comparações destes conceitos:

“Em alguns casos há norma mas não há um dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico.

Em outros casos há dispositivo mas não há norma: Qual a norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.

Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma (...). Outro exemplo ilustrativo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: O Supremo Tribunal Federal, ao proceder o exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal.

Noutros casos, há mais de um dispositivo, mas a partir deles só construída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, pode haver mais de um dispositivo e ser construída uma só norma”²⁹.

A partir destes ensinamentos iniciais acerca do conceito de norma, é importante enfatizarmos- segundo o entendimento do ilustre constitucionalista português- que princípios e regras fazem parte de uma mesma família, ou seja, nasce de uma mesma fonte: a norma.

Entretanto, Canotilho traz uma série de diferenças entre regras e princípios, o que ele chama de graus/critérios. Neste sentido, temos:

²⁸ ÁVILA, Humberto, 2012, p. 33.

²⁹ Idem.

“a) Quanto ao grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz) enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de carácter estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico. (ex: princípio do Estado de Direito)

d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são “ standards “juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworking) ou na “ideia de direito”(Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante”³⁰.

Além desta classificação, o constitucionalista português classifica os princípios quanto a três aspectos: a qualidade, quanto ao peso e quanto a validade.

No que tange ao primeiro – a qualidade – os princípios são normas de optimização, consoante ao condicionalismo fáctico e jurídico. Já nas regras, há uma exigência imperativa, não havendo o que se falar em existência de antinomias - aplicando-se a regra do tudo ou nada de Ronald Dworkin.

No que tange a segunda classificação – quanto ao peso – os princípios permitem uma ponderação com outros, o que nos leva a crer que em uma mesma lide, podem ser aplicados dois vetores extremamente antagónicos. Para as regras, não há que se falar em peso, uma vez que não há uma ponderação entre duas ou mais regras; ou uma regra se aplica ou não a um caso concreto. Quanto a validade, não se discute o peso das regras, apenas sua validade; uma vez que não sendo corretas, serão alteradas.

Além destas características doutrinárias acerca do conceito jurídico de regras e princípios; em um âmbito mais prático, fica fácil notarmos que um sistema baseado tão somente em regras nos levaria a um positivismo exacerbado, principalmente porque o legislador não conseguiria – taxativamente - prever diversas situações do cotidiano e por outro lado, um sistema somente de princípios nos

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2002, p. 1146.

levaria a ter um sistema jurídico extremamente conflituoso (já que os princípios convivem conflituosamente), abstrato e chegamos até mesmo acreditar que a Constituição perderia sua força normativa, pois não teria regras imperativas e que traçasse diretrizes importantes ao Estado.

A essa necessidade de existência de regras e princípios em um mesmo ordenamento, Canotilho denomina de “sistema aberto de regras e princípios”, uma vez que o sistema perfeito e a consequente força normativa da Constituição advém da coexistência dos vetores de otimização quanto das regras imperativas.

É a partir do sistema aberto, segundo Canotilho, que a Constituição estaria mais próxima da perfeição; isto porque neste o legislador valorizaria e muito a força normativa dos princípios, que segundo o grande constitucionalista, tem diversos papéis fundantes para o estado Democrático de Direito. O primeiro deles está no fato dos princípios serem normas de função normogenética e de função sistêmica, ou seja, servem de base para outras normas (e aqui falamos também de regras) e possuem idoneidade radiante, servindo de base para o sistema constitucional.

Partindo destas características dos princípios, Canotilho enfatiza a mudança de paradigma, em que se tira a ideia de um direito meramente teórico (de livros) para um direito de ação, da prática. Os princípios têm este condão, uma vez que incorporam ao ordenamento jurídico referências sociológicas, consagram valores fundamentais como a liberdade, democracia, dignidade e a possibilidade do sistema “caminhar”, ou seja, os princípios dão suporte para a continuidade e desenvolvimento do aparelho constitucional. Neste sentido, temos o estudo do professor:

“Contudo, o sistema jurídico necessita de princípios (ou valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos(...) os princípios tem uma função normogenética e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional(...) o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para um *law in action* para uma *living* constitutivo

Esta perspectiva teórico-jurídica do sistema constitucional tendencialmente principialista, é de particular importância, não só porque fornece suportes

rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (colisão de direitos fundamentais); mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através da “textura aberta” dos princípios, a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreta-se na referência sociológica dos princípios e valores programa, funções e pessoas(...)³¹.

A partir das transcrições acima, nos parece superada a grande discussão que fomentou a Teoria do Direito e hermenêutica constitucional acerca da influência na moral e o Direito; fica evidente que as Cartas constitucionais de garantia dão primazia aos princípios, à influência da moral como forma de tutela dos seres humanos e conseqüentemente direitos destes. É a partir deste panorama que Canotilho classifica diversos princípios, de acordo com a razão/finalidade que este desempenha na Constituição.

Existem, portanto, **princípios jurídicos fundamentais** (*rechtgrundsatzte*), que são “os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. Dentre este grupo, fazem parte o princípio da publicidade dos atos jurídicos, o da proibição do excesso, o princípio do acesso a justiça, principalmente na tutela do direito fundamental de ação.

Há também, segundo a classificação de J.J Gomes Canotilho os **princípios políticos constitucionalmente conformadores**, que são aqueles que demonstram abertamente na Constituição qual a opção de regime, de formação do Estado que o legislador optou. Temos como exemplo o princípio da tripartição dos poderes, o princípio do Estado Democrático de Direito.

Ainda seguindo a classificação proposta, existem os **princípios constitucionais impositivos**, que são aqueles que “impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”³². Como exemplo ilustrativo desta classificação, podemos citar o artigo 4º, p.u. da Constituição Federal de 1988, que está no Título I, “dos princípios fundamentais”.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2002, p. 1149.

³² Idem, p. 1152/1153.

Dali, tiramos o princípio da cooperação e integração, na qual o legislador impõe ao Brasil a integração econômica, social, política e cultural da América Latina.

Por fim, na mesma toada, existem os **princípios-garantia**, que como o próprio nome diz, é aquele que institui e assegura garantias mínimas para o desenvolvimento de um direito. Temos aqui como exemplo o princípio do devido processo legal art. 5º LXVI, da ampla defesa e contraditório, etc.

Por outro lado, agora no campo das regras, Canotilho as classifica em dois grandes grupos: **as normas constitucionais organizatórias e as normas constitucionais materiais**. As primeiras, como o próprio nome nos revela, estão ligadas à organização do Estado, já as segundas, ligadas às matérias trazidas pela Constituição.

Neste sentido, temos as **regras jurídico-organizatórias as sub-espécies: as regras de competência, normas orgânicas ou de criação de órgãos, as regras de procedimentos**. Já no grupo **das regras jurídico- materiais, temos as regras de direitos fundamentais e as regras de garantias institucionais** (aqui, temos como exemplo clássico o direito de associação. A Constituição traz em seu artigo 5º XVII o direito à liberdade de associação e traz a garantia, no artigo 5º XX, que é a vedação à associação forçada).

5.2 A questão dos princípios e uma análise jurisprudencial

A partir destes ensinamentos do professor Canotilho e a partir das premissas básicas expostas no curso deste trabalho e antes mesmo adentrarmos à polêmica dos princípios na visão de Alexy e Dworkin, faremos uma análise acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e poderemos constatar que os próprios precedentes da Corte Constitucional brasileira adota a teoria de Canotilho, acerca da necessidade de primazia do “sistema aberto de regras e princípios”, de tal forma que a união de ambas normas é fundamental e equilibra o ordenamento jurídico, sobretudo quando falamos da importância essencial dos princípios para a solução de lides extremamente complexas, onde a falta de normas deve ser suprida pelos vetores interpretativos a fim de garantir a soberania da Constituição e sua respectiva força normativa.

O caso em tela é um dos mais emblemáticos julgados da história do Supremo Tribunal Federal e que originou a Súmula Vinculante de nº 13, a vedação ao nepotismo, que nada mais é que a nomeação de parentes consanguíneos ou por afinidade em linha reta ou colateral para cargos do Poder Público, seja na esfera dos três poderes. Eis a Súmula vinculante:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”³³.

Mas o grande alvo de nossa discussão no campo da força normativa dos princípios e a teoria de Canotilho não está propriamente na súmula vinculante, mas principalmente no precedente fundante que gerou a edição desta .

Em uma breve síntese, em meados de 2006 chega ao Pleno do Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 12, tendo como autora a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) que visava discutir no plano abstrato de constitucionalidade a Resolução de nº 7, de 14/11/2005 do Conselho Nacional de Justiça que regulamenta a não contratação de funcionários para o Poder Judiciário que possuíssem grau de parentesco (de forma direta ou não) com outros servidores do próprio Poder.

O que a Resolução queria era – acima de tudo – moralizar a contratação de funcionários e possibilitar que o ingresso nas carreiras fosse apenas mediante concurso público. O primeiro grande detalhe desta Resolução editada pelo CNJ e que teve uma grande discussão foi a seguinte premissa: o CNJ teria competência para “legislar” sobre formas de contratação nas carreiras públicas? E qual seria o interesse, a pertinência temática exigida pela CF, art.103 para a AMB propor essa ADECON como forma do Supremo entender a constitucionalidade deste ato jurídico e dar extensão aos demais Poderes?

³³ BRASIL, 2008.

A partir destas duas perguntas fundamentais, o STF entendeu que em primeiro lugar, o CNJ tem competência além de assegurar e defender a autonomia do Judiciário, mas também o dever de zelar pelos princípios esculpidos no artigo 37 “caput” da Constituição. O próprio artigo 103-B §4º, II reflete literalmente esta ideia, dando ao Conselho o dever de proteção da legalidade, moralidade e publicidade dos atos públicos do Judiciário. Em segundo aspecto, o Supremo entendeu que a Associação era competente para figurar no polo ativo da demanda e tinha pertinência temática - como reza o rol do art. 103, da Carta Magna - pelo fato de estar sendo discutido na referida ação, formas de desenvolvimento e aperfeiçoamento do Poder Judiciário; logo, seria de total importância e relevância uma associação de magistrados ter interesse na causa.

A partir deste contexto, como o Supremo poderia dar extensão aos efeitos desta demanda para os outros Poderes, já que a Constituição Federal e tampouco uma norma de infraconstitucional se quer versava sobre a contratação de parentes no serviço público? Em linhas gerais, só havia uma Resolução do CNJ que vedava a contratação sem concurso público e este ato normativo era passível de discussão em vários estados da Federação que entendiam ser esta Resolução do CNJ inconstitucional, seja pela incompetência do órgão, seja porque a lei não trouxe esta vedação.

A partir destas considerações, o STF julgou a Resolução do CNJ constitucional. Mas como pode a Corte Suprema julgar constitucional uma lide sendo que nem a própria Constituição Federal autoriza ou veda esta contratação? Não havia nenhuma regra que vedasse. A saída da Corte, cujo relato deste caso foi do Min. Carlos Ayres Britto, foi reconhecer a força dos princípios e que não havendo regras, deve-se aplicar também os princípios norteadores da Constituição - como forma de assegurar o espírito da norma.

Partindo destes pressupostos, os Ministros acordaram que a própria Constituição em seu artigo 37, traz o princípio da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência como axiomas para a interpretação do real sentido da administração pública. Portanto, o tribunal quis dizer que, embora não houvesse uma lei vedando o nepotismo, havia princípios. E estes, como firma a teoria de Canotilho, fazem parte de um sistema aberto; e aqui justifica o uso dos princípios para a solução de lides extremamente complexas.

Neste sentido, temos no voto no Ministro Menezes Direito uma grande lição acerca da teoria dos princípios:

“Mas eu tenho entendido, e creio que essa é a convergência do Supremo Tribunal Federal, que esses princípios que estão insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados. E eu diria até mais: sem um retorno às origens técnicas da diferenciação entre o princípio e a norma, que hoje, na perspectiva da Suprema Corte, esses princípios revestem-se da mesma força, tanto isso que, em precedente recentíssimo que julgamos aqui neste Pleno, nós aplicamos um desses princípios com a força efetiva de uma norma constitucional, e, portanto, esse princípio pode, sim, ser aplicado diretamente, independentemente da existência de uma lei formal”³⁴.

Em um caminho mais adiante, o Relator – Ministro Ayres Britto – enfatiza que o ato do CNJ não viola o princípio da Separação dos Poderes e como consequência, o pacto federativo:

“Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público

O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça”³⁵.

³⁴ BRASIL, 2008.

³⁵ Idem.

Este julgado se tornou marcante na jurisprudência do STF porque foi a primeira vez que a Corte julgou apenas com base em princípios, não levando em consideração uma norma positivada. Entretanto, surge outro grande questionamento: pode o juiz julgar com base em princípios e partir de uma construção jurídica fundamentada, decidir de forma contrária a uma regra escrita? E a segurança jurídica? E o ativismo judicial: o STF fazendo às vestes do legislativo, criando normas a partir de princípios? Não estaria ferindo a Tripartição dos Poderes pela conduta pró-ativa? Questionamentos que iremos discorrer nas laudas deste trabalho.

5.3 A Teoria dos princípios: uma análise da visão de Alexy e Dworkin:

De início, deixemos claro que este tópico visa trazer- em linhas gerais- quais as diferenças entre o posicionamento de Alexy e Dworkin acerca dos princípios. Logo, não é nosso objetivo esmiuçar a fundo estas diferenças teórico-filosóficas, até porque devido a complexidade do tema, gastaríamos laudas e laudas (e até mesmo escreveríamos um tratado!) para pôr em nuances as teses dos constitucionalistas. Assim, nosso objetivo é trazer um panorama genérico com os pontos principais das teorias de ambos.

Tanto Alexy quanto Dworkin vêm nos princípios um mecanismo eficaz para a proteção dos direitos fundamentais, e assim sendo, seria impossível- na visão de ambos- a existência de um ordenamento jurídico sem a presença dos vetores, principalmente porque são eles que garantem a força normativa das leis, sobretudo da Constituição. Neste sentido, Alexy vai mais além, enfatizando que a não aplicação e não reconhecimento da força dos princípios poderia gerar a chamada “injustiça legal”, ou seja, a existência de regras que claramente violam os direitos humanos, mas que estão em vigência pelo simples fato de estarem no ornamento.

Isto posto, pergunta-se: uma possível queda de um regime autoritário e conseqüentemente a de um sistema jurídico arbitrário e perseguidor aos direitos fundamentais, poderia uma norma “justa” nascida com um novo sistema jurídico e de princípios servir de base para julgar tiranos que se alicerçavam em uma norma injusta para praticar crimes atentatórios aos direitos humanos? Este questionamento

extremamente complexo esteve em pauta no Tribunal Constitucional Alemão, e para o ilustre professor alemão, a razão da discussão reside num único fator: estas normas tiranas eram ou não nulas *ab initio*?

O que Alexy quer trazer com essa nulidade *ab initio* foi a tese que o Tribunal Constitucional Federal Alemão encampou, nos diversos julgados pós Alemanha nazista. Em linhas gerais, para o autor, leis que estão em dissonância a princípios maiores (como por exemplo a justiça, igualdade) são legislações que nem sequer existiram no ordenamento, ou seja, são nulas de pleno direito. Essa ideia serviu de base para a jurisprudência alemã não se preocupar com a perseguição dos “longa manus” ou subordinados do governo nazista, mas principalmente com aqueles causadores diretos das chacinas, os do alto escalão. No que tange a hipótese a da nulidade *ab initio* de leis que ferem princípios maiores, temos a lição;

“Por motivos racistas, o § 2º do 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, de 25 de novembro de 1941 (...) privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados. O Tribunal Constitucional Federal tinha de decidir se um advogado judeu, que havia emigrado para Amsterdam pouco antes da Segunda Guerra Mundial, devia perder a cidadania alemã de acordo com esse dispositivo.

(...)

O Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão de que o advogado nunca havia perdido sua cidadania alemã, uma vez que o 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich era nulo *ab initio*”³⁶.

A partir desta premissa inicial, podemos constatar que a própria história da Alemanha possibilitou o nascimento de teorias críticas do Direito como forma de relativizar o positivismo, que devastou o então sistema jurídico vigente e favoreceu inúmeras atrocidades à ditadura de Hitler.

Por fim, é bom destacarmos que Alexy e Dworkin travaram – no plano teórico-doutrinário – um dos maiores e intermináveis debates da história do mundo do Direito, e esta interminável guerra jurídica reside na seguinte problematização: o que são princípios e qual a carga argumentativa estes carregam consigo? A partir deste panorama geral, iniciaremos o estudo de forma detalhada, a visão de Alexy e posteriormente, a de Dworkin.

³⁶ ALEXY, Robert, 2011, p. 6/7.

5.3.1 A problematização dos princípios para Robert Alexy

Em sua obra “Conceito e validade do Direito”, Alexy propõe algumas distinções e métodos importantes, para saber, em um caso concreto, se estamos lidando com um princípio ou com uma regra. Logo, para sabermos se estamos lidando com uma norma cuja natureza seja regra, devemos analisar qual o intuito final da disposição da lei; se tratando de mandamentos imperativos, definitivos, estaremos lidando com regras, uma vez que estas exprimem ao leitor um mandamento de fazer ou não fazer aquilo que está descrito em lei.

De lado contrário, os princípios – segundo Alexy – são vetores de otimização, que segundo Humberto Ávila, “são normas que estabelecem fundamento para que determinado mandamento seja encontrado”³⁷. Aqui, destaca-se pela própria denominação de Esser, o aspecto qualitativo dos princípios, uma vez que eles traçam um modelo de comportamento a ser seguido, diferentemente das regras, que são imperativas. Logo, quando Alexy se refere a “otimização”, significa dizer que os princípios traçam modelos para trazer melhoramentos, algo benéfico.

No que tange aos critérios de aplicação, Alexy desta que os princípios têm como base o conflito e a ponderação é o mecanismo pelo qual o aplicador do Direito se valerá para saber qual vetor será usado no caso concreto e principalmente, qual grau de utilização. Assim sendo, admite-se a ideia de se usar um princípio em grau máximo, ou mínimo, relativizando-o.

Diferentemente do critério da ponderação dos princípios, nas regras usa-se a ideia da subsunção: não se fala em conflito de regras, não há regras conflitantes aplicadas em um mesmo caso concreto, em síntese, ou aplica-se uma regra ou outra. Logo, o critério aqui não é mais o da ponderação, mas o da subsunção, que significa dizer que haverá uma regra que persevera sobre outra. Neste sentido, temos a lição do professor alemão:

³⁷ ÁVILA, Humberto, 2014, p. 38/39 apud Josef Esser.

“A base do argumento dos princípios é constituída pela distinção entre regras e princípios. Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso podem ser designadas de forma simplificada como “mandamentos definitivos”. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas, Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios”³⁸.

A partir desta problematização, Alexy enfatiza que o ordenamento jurídico ao reconhecer a força normativa dos princípios, estes vetores trazem consigo três teses importantes teses: a da incorporação, a correção e por fim, a tese da moral. Estes são os efeitos principais do reconhecimento dos princípios.

5.3.1.1 A tese da incorporação:

Um dos grandes efeitos da adoção do sistema de princípios pelo ordenamento jurídico, a tese da incorporação – segundo Alexy – é a consequência dos vetores incorporarem o ordenamento jurídico, sendo aplicados - guardadas proporções - (aqui vale as características de cada instituto) como as regras, ou seja, ambos recebem o mesmo tratamento pelo legislador.

Em uma primeira análise, parece-nos até redundante entendermos a incorporação, uma vez que com a existência dos princípios no ordenamento jurídico, sua vinculação ao sistema jurídico seria obvio

Embora em uma primeira perspectiva nos pareça singela esta interpretação, quando se trata de sistemas jurídicos em que os princípios estão expressos na Constituição (Constituição brasileira de 88, Lei Fundamental de

³⁸ ALEXY, Robert, 2009, p. 85.

Weimar, Constituição da República Portuguesa) esta tese/efeito perde um pouco de sentido, pois se os mandamentos de otimização existem expressamente, fica claro que o legislador os incorporou ao ordenamento.

Entretanto, se tratando ordenamentos que os princípios não estão expressos e o juiz está diante a um caso complexo, esta tese da incorporação começa a surtir efeitos. Vejamos a lição:

“Essa questão deve ser respondida a partir da perspectiva de um participante, mais precisamente de um juiz, que tenha um caso duvidoso a decidir, isto é, um caso que se encontra no âmbito de abertura do sistema jurídico, ou seja, que não possa ser solucionado unicamente com base no material dotado de autoridade e predeterminado. Um critério para averiguar se o juiz apoia-se em princípios é saber se ele procede a uma ponderação. Aplica-se o seguinte teorema: quando uma pessoa procede a uma ponderação, ela se apoia necessariamente em princípios. Isso porque uma ponderação é necessária justamente quando existem razões opostas que, tomadas individualmente, constituem boas razões para uma decisão e só não levam de imediato a uma decisão definitiva porque existe outra razão que exige outra decisão. Tais razões ou são princípios, ou se apoiam em princípios”³⁹.

Neste diapasão, a tese ou o efeito da incorporação fica mais evidente quando a lei não trazer expressamente aquele princípio e juiz, no caso concreto, tiver de julgar uma lide com argumentos opostos, mas que baseados em uma construção jurídica bem fundamentada e que cause ao magistrado a dúvida.

A partir do momento que o juiz aplica a ponderação como forma de solucionar o litígio, estará ele incorporando um princípio (ou relativizando outro) ao ordenamento jurídico, diante de sua sentença prolatada.

Assim sendo, lides que envolvam direitos fundantes ao Estado Democrático (direito de informação X direito de privacidade; direito à vida X direito à autodeterminação; ou ainda o princípio do devido processo e o princípio da vedação às provas ilícitas X o princípio da efetividade do processo, quando a prova ilícita gera uma condenação justa, etc.).

³⁹ ALEXY, Robert, 2009, p. 87/88.

5.3.1.2 A tese da moral

Para Alexy, a tese da moral também é um importante mecanismo de solução de litígios complexos, onde a lei não traz expressamente uma regra que possibilite a solução da lide, dando procedência ao pedido de uma ou outra parte. Como o juízo não pode se esquivar de sentenciar, deverá ele se amparar em subsídios subjetivos como forma de resolver o conflito. Assim sendo, nestas hipóteses em que a lei não traz objetivamente a solução, o juiz deverá aplicar os princípios a fim de se chegar o mais próximo possível daquilo que o doutrinador chama de moral.

Neste sentido, fica fácil identificarmos o caráter solucionador da moral, ou seja, lides complexas em que a lei não traz uma solução, aplica-se os princípios a fim de se chegar o mais próximo possível da moralidade comum. Mas, o que é moral? Sabemos que ela – segundo Alexy e Dworkin – se misturam ao Direito, mas qual a real essência da moralidade?

Talvez, esta seja umas das perguntas mais difíceis e complexas e chego até a dizer, sem resposta, em um contexto onde a teoria do direito não sabe definir objetivamente e taxativamente aquilo que se denomina de moral ou imoral. Mas, algo é certo: este conceito fica próximo de valores básicos como justiça, boa-fé, lealdade processual; proteção a direitos básicos como vida, liberdade; a moral deve ser vista a partir do prisma da coletividade, na perspectiva do homem médio. Assim sendo, temos a lição de Alexy:

“A tese da moral aplica-se quando, entre os princípios a serem considerados em casos duvidosos para satisfazer a pretensão à correção, encontra-se sempre aqueles que integram uma moral qualquer. Esse é o caso. Nos casos duvidosos, trata-se de encontrar uma resposta para uma questão prática, que não pode ser forçosamente deduzida do matéria dotado de autoridade e predeterminado. No âmbito do direito, solucionar uma questão prática significa dizer o que é devido. Quem pretende dizer o que é devido sem apoiar sua resposta exclusivamente em decisões de uma autoridade deverá considerar todos os princípios apropriados se quiser satisfazer a pretensão à correção. Porém, entre os princípios apropriados a solução de uma questão prática, estão sempre aqueles que integram uma moral qualquer(...). O que importa aqui é apenas que esses princípios sejam

sempre, ao mesmo tempo, princípios de uma moral qualquer, seja ela correta ou errada”⁴⁰.

A partir destas premissas, segundo o grande jurista alemão, o juiz que basear-se – nos casos complexos e omissos pelas regras – em princípios, tendo como parâmetro a tese da moral, dará à lide uma solução jurídica, uma vez que esta mesma moral está incorporada ao ordenamento jurídico (portanto, vincula!), e nas palavras de Alexy, “(...) quanto ao conteúdo, ele decide com base em razões morais, mas quanto à forma, decide com base nas razões jurídicas”⁴¹.

5.3.1.3 A tese da correção

A tese da correção está ligada à hipótese de aplicação de um princípio a fim de garantir uma moral correta, em outras palavras, os vetores servem como forma de consolidar a aplicação de uma decisão aos interesses do coletivo. Assim, a sentença judicial é vista como forma de preservação dos interesses da comunidade em geral:

“Como mandamentos de otimização, esses princípios exigem sua mais ampla realização possível. Juntos, exigem a realização aproximativa de um ideal jurídico, qual seja, o ideal do estado de direito democrático e social. Sendo esses princípios ou seus inúmeros subprincípios, pertinentes num caso duvidoso, o juiz estará juridicamente obrigado a proceder uma otimização relacionada ao caso concreto. Trata-se aqui de dar uma questão jurídica, que, por seu conteúdo, também é uma questão de moral política. Ao menos uma parte dos argumentos com os quais o juiz fundamenta a conclusão de sua ponderação tem, quanto a seu conteúdo, o caráter de argumentos morais. Disso resulta que a pretensão à correção jurídica necessariamente vinculada à decisão inclui uma pretensão à correção moral”⁴².

Veja, nobre leitor, destaco aqui que a tese (ou efeito, como assim chamo) da correção na aplicação dos princípios passa uma mudança de paradigma em que a decisão judicial baseada nos vetores de otimização não é mais vista como

⁴⁰ ALEXY, Robert, 2011, p. 91.

⁴¹ Idem, p. 92.

⁴² Idem, p. 93.

uma decisão entre as partes no processo, mas que gera efeitos no coletivo. Logo, naqueles tempos em que decisão judicial era vista como uma mera sentença que resolve o problema das partes passa a ser vista a partir de agora como uma decisão que possui uma função social, que nada mais é a de estar mais próxima possível da moral, seja da política, cidadã; da moral do Estado Democrático, etc.

Neste trecho, Alexy comunga a ideia de que em situações complexas- de que a própria lei não trate de forma específica e clara - deverá o juiz por meio da ponderação - aplicar princípios que busquem um estado ideal para o litígio, uma vez que desta forma, estaria a sentença de comum passo com a moral e portanto, teríamos aqui uma ideia de “sentença social”, na qual o juiz como destinatário imediato do processo, deve aplicar os vetores de otimização afim de dar primazia aos valores morais, ditando “caminhos” para que os cidadãos que batam nas portas do Judiciário possam trilhar.

Talvez seja desta interpretação- a qual o juiz não é um mero sentenciante, mas o sujeito que aplica a lei e busca valores maiores (os morais, que apontam para um estado ideal) seja o fator justificador para a base do ativismo judicial, que trataremos no decurso deste trabalho. Mas em uma primeira visão, destaco: a partir do momento que o juiz usa da moral para solucionar uma lide, esta dá ao julgador o direito - ainda que não tão claro - de legislar, criando “regras” próprias para um sistema que admite várias interpretações.

Isto está diretamente ligado ao ativismo judicial que desvirtuado esse ativismo, gera a chamada jurisprudência “banana boat”, que nada mais é a de se criar – a partir de princípios – teses diferentes das que são de práxis pelo Tribunal e conseqüentemente, derrubarem ao “mar das desilusões” e que converge para o rio da “insegurança jurídica” os jurisdicionados.

Em outras palavras, seria o Tribunal ter uma jurisprudência dominante/ entendimento consolidado e de uma hora pra outra, sem motivação alguma - no sentido de não haver uma onda provocatória, uma revolução - os magistrados mudam o entendimento, “derrubando” os jurisdicionados e deixando-os ao alento.

Destaco que existe uma grande diferença entre a tese da correção de Alexy com a tese da “banana boat” (assim denominada pelo Min. Humberto Gomes de Barros em seu voto no Agr. 382.736⁴³). Isso porque, pode muito bem uma decisão judicial ter um caráter de correção, trazendo à sentença e criando às partes um dever de moralidade (isso até vincula a decisão judicial à sociedade).

Ocorrerá, por exemplo, quando juiz condena a uma das partes por não observância do princípio da boa fé, este quer dizer para a sociedade e para todos que busquem o Judiciário que deverá haver entre os litigantes valores maiores, como a justiça, equidade, lealdade, vedação a própria torpeza- sem que tenha o efeito surpresa, ora denominado “banana boat”.

5.4 Os princípios na visão de Ronald Dworkin

Sem dúvida alguma, Ronald Dworkin foi um dos maiores estudiosos contemporâneos do Direito Constitucional e da teoria da hermenêutica da Constituição. Sua linguagem rebuscada, crítica, traz uma série de indagações a seus leitores, sobretudo no que tange ao estudo do papel da jurisprudência e qual o perfil do juiz norte- americano e sua atitude, diante dos casos difíceis - denominados pelo autor de “hard cases”.

Antes de adentrarmos a fundo nos estudos de Dworkin, torna-se necessário conhecermos qual a trajetória do referido autor. Até pouco tempo antes de seu falecimento (2013), Dworkin foi professor da University College of London e na New York University Scholl of Law, onde lecionou as disciplinas de Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito.

Em 1969, o autor foi indicado para ser professor titular na Universidade de Oxford, no departamento de Filosofia do Direito. Foi nesta Universidade que Dworkin tomou fama e seus ensinamentos chegaram na Suprema Corte americana. Ao assumir a cadeira de Filosofia jurídica, o autor foi sucessor de ninguém menos que Herbert Hart, grande expoente do juspositivismo moderno que, conjuntamente

⁴³ BRASIL, 2004.

com Norberto Bobbio na Itália e Kelsen, formaram a base do pensamento contemporâneo do direito positivo. No entanto, Dworkin, em seus estudos, fez severas críticas sobre o positivismo jurídico, sendo totalmente contrário aos ensinamentos de seu então antecessor em Oxford.

A partir destas ideias preliminares e em uma análise panorâmica, podemos perceber as severas críticas, feitas pelo autor, ao positivismo jurídico e à teoria do pragmatismo, que nascera nos Tribunais norte-americanos. É com base nessas premissas iniciais que nossos esforços serão concentrados.

5.4.1 Dworkin e os princípios: as falhas da teoria do positivismo

Como dito acima nas linhas introdutórias deste tópico, Dworkin construiu sua teoria no sentido de criticar o perfil dos positivistas frente aos casos difíceis: em linhas gerais, nos casos em que a própria lei escrita não traz a solução dos problemas, qual seria a atitude do juiz? É a partir desta problemática que o autor começa sua dissertação sobre a teoria dos princípios e sua funcionalidade. Desta forma, transcorremos parte dos ensinamentos:

“O defensor do texto poderia sair-se melhor recorrendo ao conceito de Direito, não à teoria política? Nenhuma das vigentes teorias filosóficas do Direito oferece os argumentos necessários. Nem mesmo as teorias positivistas, que parecem as mais prováveis. Nem a teoria do positivismo de Bentham nem a de Austin. Nem mesmo a de Kelsen. Cada uma delas tem como consequência que, se a decisão do Tribunal fosse aceita, isso demonstraria que o Tribunal é soberano. A versão do positivismo de Hart pode parecer mais promissora. Mas a teoria de Hart sugere que, como a Constituição foi imediatamente aceita como direito em virtude do processo de ratificação, deve existir uma regra de reconhecimento – uma teoria do processo, aceita geralmente, por meio da qual a legislação torna-se direito em virtude da qual a Constituição tornou-se direito. Mas essa regra é precisamente a ideia de um direito por trás do Direito, à qual recorreu à decisão mítica.

Mas estou me desviando do meu objetivo. Se o teórico preso ao texto recorre a algum conjunto de princípios políticos, como os princípios verdadeiramente incrustados na tradição norte-americana, para justificar sua confiança na limitação ao texto da Constituição, sua teoria torna-se explicitamente interpretativa, no sentido amplo agora usado. Mas isso também é verdade se ele recorre a uma teoria do Direito, porque qualquer teoria do Direito é uma interpretação, nesse sentido amplo, de uma prática social ainda mais complexa que a prática constitucional. Qualquer afirmação sobre o lugar que a Constituição ocupa em nossa estrutura jurídica deve, portanto, basear-se numa interpretação da prática jurídica em geral, não da

Constituição de alguma maneira isolada da prática geral. Os estudiosos que dizem partir da premissa de que a Constituição é direito subestimam a complexidade das suas próprias teorias.”⁴⁴ (2000, pág. 48/49)

Dworkin se tornou um ferrenho crítico às teorias positivistas pelo fato de acusar seus seguidores de tirarem do Direito seu principal objeto, a interpretação. Logo, a primeira premissa defendida pelo autor é a seguinte: a Constituição não é o direito, pelo contrário: é o objeto da interpretação- esta última que faz nascer o Direito. Portanto, podemos entender que em uma simples assertiva, diagnosticamos que Direito não é aquilo que está escrito, mas aquilo que se tem por trás do texto. Nisso reside a famosa frase do autor “regra é precisamente a ideia de um direito por trás do Direito”.

Neste sentido, para o referido autor, os princípios devem ser analisados sobre o prisma da “validade” e do “peso”; diferentemente das regras, aplicadas apenas ao critério do tudo ou nada (all or nothing); de tal sorte que ou uma regra é aplicada a um caso ou não é aplicada, não havendo a possibilidade de aplicação de regras antagônicas a uma mesma circunstância. Assim, nos socorremos à lição do professor Virgílio Afonso da Silva:

“Dworkin argumenta que, ao lado das regras jurídicas, há também os princípios. Estes, ao contrário daquelas, que possuem apenas a dimensão da validade, possuem também uma outra dimensão: o peso. Assim, as regras ou valem, e são, por isso, aplicáveis em sua inteireza, ou não valem, e portanto, não são aplicáveis. No caso dos princípios, essa indagação acerca da validade não faz sentido. No caso de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso. Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se”⁴⁵.

A partir deste recorte, dois critérios são importantes para classificarmos, na visão de Dworkin, o conceito de regras e princípios: o critério do peso e da validade. Os vetores (que aqui chamamos de princípios) são observados

⁴⁴ DWORKIN, Ronald, 2000, p. 48/49.

⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso, 2003, p. 607/630.

apenas pela ótica do peso, já que um princípio “mais pesado”- de maior carga argumentativa - pode flexibilizar, relativizar outro princípio aplicado no mesmo caso (como exemplo clássico, o princípio da dignidade da pessoa humana deve se sobressair sobre o princípio autodeterminação religiosa). Por outro lado, as regras são amparadas pelos dois critérios concomitantemente: para estas, tanto a validade quanto o peso influenciam.

Seguindo o raciocínio, é no critério da validade que se aplica a máxima do “tudo ou nada” (ou aplica-se uma regra em sua íntegra ou não) e quanto ao peso, pode-se aplicar uma regra de maior carga argumentativa ou mais específica ao invés de uma mais genérica ou “mais fraca”.

É importante salientar que Dworkin se utiliza de dois critérios (peso e validade) para amparar sua teoria de princípios, já Alexy traz aos princípios o que ele denomina de “vetores de otimização”, onde estes vetores apontam para um estado ideal de coisas, diferentemente das regras que, por seu caráter coercitivo, apontam para uma atitude de fazer ou não aquele mandamento esculpido. Destacamos assim a lição de Virgílio Afonso da Silva:

“Segundo Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização.¹² Importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser - e freqüentemente é - obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 - (P1 P P2) -, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C - (P1 P P2) C.1. (...)

A diferença entre princípios e regras fica ainda mais clara. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos.¹⁵ No caso dos princípios, o grau de realização pode, como visto, variar”⁴⁶

Por fim, há que se destacar que aos princípios, aplica-se a técnica da ponderação (no conflito de princípios opostos, deve o juiz ponderar qual a gradação

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso, 2003, p. 610/611.

de cada um); já as regras, aplica-se a técnica da subsunção que simplesmente é a adequação de um fato a uma norma, a famosa tipicidade do direito penal. A partir desta diferenciação entre princípios e regras, Dworkin vai mais além em relação aos primeiros.

Segundo ele, os vetores dão suportes às decisões judiciais para dois tipos de postura: a adoção pelo magistrado de princípios políticos ou a utilização de procedimentos políticos como forma de embasar as sentenças. Há que se tecer aqui algumas observações importantes. Em seu livro “Uma questão de princípio”, Dworkin dá como exemplo o famoso caso Shaw em que a “Câmara dos Lordes na Grã Bretanha confirmou uma condenação a do editor de guias de prostitutas” (p. 4/5) pelo crime adotado na jurisprudência de “conspiração para corromper a moralidade pública”.

Pois bem, neste caso, a crítica do autor se fundamenta no fato de que o Parlamento ratificou uma decisão política, de alguns segmentos da sociedade- o que se torna prejudicial ao direito. Neste sentido, temos:

“Griffiths acredita que em cada um desses casos (e em muitos outros que se discute) a Câmara agiu a partir de uma postura política particular, que defende valores ou estruturas sociais estabelecidas e se opõe à reforma. Ele não diz que os juízes que tomaram essas decisões tinham consciência de que, contrariamente à visão oficial de sua função, estavam impondo uma posição política. Mas crê que, não obstante, era isso que estavam fazendo”⁴⁷.

5.4.2 A teoria de Dworkin e a crítica ao pragmatismo

Como veremos adiante, o pragmatismo jurídico foi - muito sucintamente- uma teoria que nasceu dos próprios juízes norte- americanos no final do século XX, principalmente. Nesta, cabe ao juiz a busca de uma determinada norma a certo caso em específico e é por isso que por muito tempo, foi chamada de ciência dos resultados.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald, 2000, p.5.

É a partir deste panorama que Ronald Dworkin impõe ferrenhas críticas a este entendimento, sobretudo porque estariam os pragmáticos - segundo o autor - descompromissados com as decisões políticas do passado, já que ao juiz seria permitido a aplicação de uma norma específica ao caso concreto; mesmo que esta norma não fosse positivada. Vejamos bem. Dworkin vai a extremos: o mesmo autor que tece críticas ao positivismo jurídico é o mesmo que condena veementemente a aplicação de normas não positivadas. Eis o cerne da crítica do autor:

“O pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereça qualquer justificativa para o uso do poder coercitivo do Estado. Ele encontra justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual”⁴⁸.

Portanto, percebemos que o que Dworkin condena no pragmatismo é, na verdade, a forma cética que os juízes atuam ao criar normas e entendimentos não seguindo a lógica do passado, já que no sistema “common law”, a força dos precedentes e o historicismo das decisões é muito importante para a prevalência da segurança jurídica.

5.5 A teoria do direito dúctil de Zagrebelsky

A teoria do “direito dúctil” proposta por Gustavo Zagrebelsky, autor italiano e professor da Universidade de Turim foi proposta em seu livro “El derecho dúctil: ley, derechos, justicia”, que foi um grande marco para a história da hermenêutica constitucional e as modernas teorias da Constituição.

Antes de adentrarmos à essência desta teoria, devemos nos voltar à palavra dúctil: utilizada frequentemente em outros ramos do conhecimento, o

⁴⁸ DWORKIN, Ronald, 1999, p. 185.

substantivo aqui mencionado caracteriza aquilo que é flexível, alvo de ponderação. Noutras palavras, um material dúctil é aquele que alvo de elasticidade, etc.

Para a teoria jurídica do referido autor, a ductibilidade do direito leva a uma nova forma de se interpretar a Constituição, não olhando o estudioso do direito para a soberania do Estado, mas para a soberania e prevalência da Constituição. Assim, afasta-se a ideia do positivismo clássico e passa a se interpretar a Lei Fundamental com a maior “elasticidade” possível, ampliando-se ainda mais a incidência dos direitos.

Assim, a teoria de Zagrebelsky inaugura uma nova forma de interpretação constitucional – aquilo que já dizia, ainda que de forma sucinta, Konrad Hesse – é necessário a existência de princípios constitucionais que, aplicados mediante a subsunção – mitigando o conflito e oposição dos vetores – dão à Lei Fundamental a força vinculante no ordenamento, por meio da unidade e integração constitucional:

“Sí, mediante uma palavra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductibilidad.

La coexistência de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se assuma com carácter no absoluto, compatible com aquellos otros com los que debe convivir. Solamente assume carácter absoluto el metavalor que se expresa em el doble imperativo del pluralismo de los valores (em lo tocante al aspecto substancial) y la lealtad em su enfrentamiento (em lo referente as aspecto procedimental). Éstas son, al final, las supremas exigências constitucionales de toda sociedade pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Únicamente em este punto debe valer la intransigência y únicamente em él las antiguas razones de la soberania aún han de ser plenamente salvaguardadas”⁴⁹.

Neste sentido, ao propor a teoria da ductibilidade do direito, Zagrebelsky traça dois momentos importantes passados pelos Estados democráticos: a Era dos Estados de Direitos para os Estados Constitucionais.

Em um primeiro momento pós-revoluções, a disciplina jurídica se concentrou em garantir - por meio das Constituições - uma série de direitos

⁴⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, 1995, p. 14.

fundamentais emanados de baluartes clássicos como a liberdade, igualdade e fraternidade. Logo, nesta perspectiva, os Estados passaram de absolutistas para de direitos e garantias.

Em um momento posterior, segundo a lição do professor italiano, atualmente os Estados deixaram de ser entes de direitos e passaram a serem Estados Constitucionais, regidos pelo princípio da unidade constitucional e cuja função primordial seria a unificação da Constituição, como forma de redução da abstração e generalidade das leis. É neste segundo momento, conforme a classificação de Zagrebelsky, que vivemos hoje: não basta haver uma Constituição que dê direitos, a partir de princípios; tem-se a necessidade de uma Carta de garantias efetivas, como forma de reduzir a abstração da lei.

Logo, em síntese, não podemos vislumbrar um ordenamento- no Estado Constitucional- sem regras e princípios, haja vista que ambos possuem função de complementação.

6 O PRAGMATISMO DE POSNER: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O pragmatismo jurídico que conhecemos se ergue com a tentativa de renascer um dos grandes períodos da história da Suprema Corte Americana: na ocasião, em meados do início do século XX a Corte Constitucional estadunidense trouxe a sua jurisprudência emblemáticas teses do chamado “realismo jurídico”, que em outras palavras, é a teoria que tem como objeto principal o estudo do direito na perspectiva do juiz. Aqui, o objeto principal da problemática é o magistrado e os parâmetros que ele julgará o caso concreto, seja em consonância com a jurisprudência, seja aplicando o direito a casos inéditos.

A partir deste panorama inicial, nasce em meados da década de 80 as teorias pragmáticas do Direito, cujo principal expoente é Richard Posner e vários outros juizes americanos. A teoria do pragmatismo (como o próprio nome diz) analisa a disciplina jurídica no plano prático, noutras palavras, é uma espécie de “teoria de como se usar a teoria”. Logo, o pragmatismo não afasta a incidência da força normativa dos princípios nas decisões judiciais, sobretudo quando referidas a fundamentações jurídicas dos juizes.

Noutras palavras, esta teoria requer do juiz uma conduta pró-ativa, não daquele magistrado que aplica a lei no caso concreto (fazendo apenas um exame de tipicidade, em que se aplica o caso concreto no dispositivo da lei), pelo contrário: a teoria do direito ora denominada pragmática exige do julgador o raciocínio de fazer o direito, de não se limitar à lei propriamente dita e principalmente – como ocorre no sistema americano – do juiz se basear apenas nos precedentes.

O destaque aqui é dar ao juiz condições e liberdades de julgar conforme o caso concreto, não estando vinculado a precedentes, em regra. Portanto, a característica principal do pragmatismo é a possibilidade do juiz não se vincular à pura letra da lei: não é que o juiz não considera os dispositivos legais e a jurisprudência como fontes da lei- pelo contrário- o magistrado se pauta nessa, mas seu compromisso direto é com a construção jurídica feita e a aplicação/ solução dos problemas práticos.

Dessa forma, pode o magistrado invocar princípios diferentes, incompatíveis com a jurisprudência dominante para solucionar a lide e atender as necessidades dos jurisdicionados.

Antes de seguirmos adiante, peço vênua para destacarmos dois pontos importantes: o primeiro, no fato da teoria pragmática ser o cerne do ativismo judicial, dando ao magistrado uma conduta pró ativa, fazendo as vestes do legislador. Em uma segunda análise, destaco que o juiz pragmático embora reconheça e utilize os princípios, tenta se afastar ao máximo da incidência da moral, sobretudo das questões intrigantes que o Judiciário tende a resolver sobre o tema; isto porque, segundo Posner, a moral é relativa. Nisto, destacamos a passagem do juiz americano a respeito do tema:

“O que deveríamos dizer é que os códigos destas sociedades não eram bem adaptados às circunstâncias. Se um código moral estrangeiro é bem adaptado, as críticas que a ele dirigimos não se fundam em premissas que seriam aceitas pela sociedade à qual ele pertence; as críticas não passam de uma declaração de nossos valores”⁵⁰.

Logo, podemos perceber que todo julgamento amparado em parâmetros morais refletem a opinião e valores próprios do julgador e da sociedade que condena ou absolve o indivíduo e isso é muito perigoso. Segundo Habermas, um julgamento baseado tão somente em teses morais pode causar o que se chama de injustiça jurídica: uma condenação moral mesmo antes de uma jurídica, baseada em fatos, provas e violações ao direito propriamente dito e isso pode, em situações extremas, comprometer até mesmo o devido processo legal e a imparcialidade do juízo. Assim, temos a lição do grande professor:

“Decididamente a questão da moralização da política parte de uma falta de clareza conceitual, pois o almejado estabelecimento de uma situação de cidadania mundial significaria que violações aos Direitos Humanos não seriam imediatamente julgadas e combatidas sob pontos-de-vista morais, mas sim como procedimentos criminais no âmbito de um ordenamento estatal. Uma jurisdicização abrangente das relações internacionais não é possível sem o estabelecimento de um processo de solução de conflitos. É justamente a institucionalização desses processos que vai proteger as

⁵⁰ POSNER, Richard, 2012, p. 37.

formas juridicamente regulamentadas de lidar com agressões aos Direitos Humanos de uma “desdiferenciação” moral do Direito e impedir uma súbita e arbitrária discriminação moral de “inimigos”⁵¹.

Entretanto, a doutrina positivista critica com veemência esta postura anti-legalista do juiz pragmático, sobretudo no que se refere à criação de regras pelo Judiciário, não amparado no sistema legal e jurídico formulado pelo legislador.

Em outra ótica, é necessário detectarmos as diferenças do magistrado pragmático para o positivista, em linhas gerais, se dá sob a égide de dois pontos fundamentais: o primeiro, na capacidade do juiz pragmático criar, fazer o direito no caso concreto; a segunda, na função social da sentença. Essas duas considerações fundamentam a existência da corrente pragmática. Falaremos destes pontos a partir de agora:

a) A criação do direito: Como foi debatido acima, o juiz pragmático pode aplicar teses diferentes, não vinculados somente à norma ou aos precedentes como forma de solucionar a lide e o dar o direito no caso concreto. Destaca-se que, a Suprema Corte estadunidense em diversos casos de sua jurisprudência teve que criar princípios, fundamentos novos ou diferentes como forma de solucionar problemas que, a princípio, não teriam solução. Como dissemos acima, o caso “Nancy Cruzan e eutanásia” é um típico caso pragmático, em que a Suprema Corte admitiu- por meio do princípio da autodeterminação, que toda pessoa tem o direito a morte digna. Diante aos fatos, temos a lição de Richard Posner:

“Nessa interpretação, a diferença entre um juiz pragmático e um juiz positivista (no sentido forte, aquele que acredita que o direito é um sistema de normas estabelecidas pelo poder legislativo e meramente aplicadas pelos juízes) é que o último ocupa-se essencialmente de assegurar a coerência com as decisões passadas, ao passo que o primeiro só se ocupa de assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão de acordo com os precedentes seja o melhor método para a produção de melhores resultados para o futuro”⁵².

Valemos ressaltar, caro leitor, que para o autor há uma diferença muito grande entre o “comprometimento com decisões passadas” (positivistas) para

⁵¹ HABERMAS, Jürgen, 1999.

⁵² POSNER, Richard, 2012, p. 381.

“coerência com o passado” (defensores do pragmatismo). Os primeiros - quando se comprometem com decisões retrógradas - automaticamente vinculam a decisão da lide a outro julgado, o que nos leva a crer que haveria no sistema uma decisão predeterminada em que o jurisdicionado já sabe (mesmo antes de provocar o) qual será a resposta do Poder.

Pelo contrário, o pragmatismo veda a vinculação e subordinação com decisões passadas, o que necessariamente quer dizer que o juiz não está obrigado a julgar conforme vários outros já decidiram: o magistrado pragmático deve usar de seu convencimento próprio e se apegar apenas à coerência com o passado, não criando teses mirabolantes como forma de surpreender os jurisdicionados. Assim, para o pragmatismo, o juiz não se limite à aplicação daquilo que já foi decidido: ele deve julgar conforme seu convencimento, dando segurança jurídica.

Neste diapasão, o juiz quando aplica o direito na lide assim não faz de forma aleatória, desordenada: não pode o magistrado criar teorias esdrúxulas e simplesmente aplica-las ao caso concreto. Aqui, pelo contrário! Deve o juiz passar aos jurisdicionados a ideia de segurança jurídica. Neste sentido, temos a lição de Posner:

“O juiz pragmatista tem prioridades. Quer encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras. Não tem desinteresse pela jurisprudência, pela legislação etc. Muito pelo contrário. Em primeiro lugar, essas fontes são depósitos de conhecimento e até, às vezes, de sabedoria; por isso mesmo que não tenham valor dispositivo, seria loucura ignorá-las. Em segundo lugar, uma decisão que se afaste abruptamente dos precedentes e, assim, desestabilize o direito pode ter, no saldo, consequências ruins. Os juízes frequentemente têm de escolher entre fazer a justiça substantiva no caso sob sua apreciação, de um lado, e manter a segurança jurídica e a previsibilidade do direito, de outro”⁵³.

A partir desta premissa inicial, a teoria do pragmatismo jurídico reconhece a jurisprudência e a lei como fontes diretas do Direito. Entretanto, estas não são as únicas, uma vez que para esta corrente sociológica e filosófica da disciplina jurídica, o juiz não está “aprisionado” a estas fontes, pelo contrário, o magistrado tem uma participação direta em fazer o direito, podendo até mesmo

⁵³ Idem, p. 381/382.

trazer fundamentos novos, teorias novas que rompam a jurisprudência dominante. Mas cuidado! Há muita diferença entre o magistrado que é mero positivista aplicador da lei, do juiz jurista, que faz um raciocínio científico, a partir de uma reflexão e cria teses e entendimentos jurídicos plausíveis. Este segundo, sem dúvidas, está ligado a valores maiores, como a segurança jurídica e previsibilidade do direito.

À contrário sensu, valem destacar que não é porque uma jurisprudência é dominante que ela não pode ser mudada e este ato de ruptura põe fim a chamada segurança jurídica e previsibilidade dos atos judiciais. Pelo contrário: isso nada se confunde com a chama jurisprudência “banana boat”⁵⁴, que são as hipóteses de julgados (principalmente nos Tribunais Superiores) em que absolutamente do nada, sem motivo plausível algum, a Corte muda o entendimento (sem mesmo ter sido provocada com teses novas que possam favorecer a mudança) pegando de surpresa os jurisdicionados e causando grande insegurança jurídica.

Por fim então, em uma visão mais técnica, qual o conceito de pragmatismo? O próprio Posner reconhece a dificuldade de responder esta pergunta. Entretanto, na tentativa, Ronald Dworkin conceitua esta teoria jurídica da seguinte forma, corrigida pelo primeiro:

“Neste caso, o que é atividade judicial pragmática? Não aceito a definição de Dworkin: “o pragmatismo pensa que os juízes sempre devem fazer o melhor possível em vista do futuro, dadas as circunstâncias, irrefreados pela necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípios com o que as outras autoridades fizeram ou vão fazer”. Estas são as palavras do Dworkin polemista. Porém, se sua definição for reformulada desta maneira- “os juízes pragmatistas sempre tentam fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, irrefrados pelo sentido de terem o dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado”- ela serve como definição operativa da atividade judicial pragmática”⁵⁵.

⁵⁴ Julgado emblemático do Superior Tribunal de Justiça (AgRg nº 382.736), em que se tratando de questões tributárias, o Tribunal da Cidadania mudou seu entendimento acerca da natureza jurídica da Lei Complementar nº 70/91, entendendo-a como Lei Ordinária, o que causou grande insegurança na Corte, já que esta tinha sumulado este entendimento. Esta mudança de enquadramento teve repercussões práticas de impostos, sobretudo no que tange ao COFINS. Em seu voto, o Min. Humberto Gomes de Barros comparou esta atitude do Tribunal como uma “banana boat”, cujo principal objetivo do piloto é derrubar os turistas que estão em cima da boia. Aqui, para o Ministro, o STJ acabava de derrubar os jurisdicionados, deixando-os no mar da insegurança jurídica.

⁵⁵ POSNER, Richard, 2012, p. 380, apud Ronald Dworkin.

A partir do conceito dado por Posner, podemos extrair dele algumas considerações importantes. Em primeiro lugar, destaca-se a necessidade do julgador dar primazia à segurança jurídica; logo, quando o autor fala em presente e futuro, está ligando a ideia da sentença agregar valores e não propriamente em romper a opção política da segurança, pilar do Estado Democrático.

A segunda observação feita e não menos importante, é a de que o autor explicitamente entende que direito e moral andam lado a lado, um influenciando o outro, ou seja, quando se fala em princípios, autoriza-se o juiz a fazer juízos de valor por meio da ponderação e aplica-los com segurança ao caso concreto. Logo, a partir desta premissa, podemos entender que existe uma ligação muito forte entre pragmatismo, incidência da moral, força normativa dos princípios e ativismo judicial.

Por outro lado, objetivo desta teoria é o tentar quebrar o dogmatismo judicial existente no sistema jurisprudencial estadunidense e dar aos juízes subsídios para não só aplicar a norma no caso concreto, mas, sobretudo, a de forçar um movimento do pragmatismo jurídico, que nada mais é o de impor ao juiz ser um investigador e não mero transportador do texto positivado para o caso concreto. Assim, o magistrado teria condições suficientes para resolver problemas complexos, com a utilização coerente de princípios e regras.

Logo, aqui nesta teoria o magistrado deixa de ser um mero coadjuvante no teatro do processo e passa a ser um protagonista: para esta, o juiz estaria vinculado à sociedade, não no sentido político, mas-pelo contrário, obrigado a pensar e fazer o direito visando o coletivo e sua manifestação - por meio das sentenças judiciais - deve ser vista como um condão modificar os rumos da História de um povo.

Por ter um caráter coercitivo, deve o juiz buscar sempre o uso adequado dos princípios, de tal modo que garanta um compromisso com entendimentos passados, consolidando o baluarte da segurança jurídica, mas, sobretudo, protegendo a sociedade de possíveis violações a direitos fundamentais. No entanto, há uma diferença significativa entre o positivismo e o pragmatismo, de natureza eminentemente comportamental, exposta por Posner:

“Nessa interpretação, a diferença entre um juiz pragmático e juiz positivista “no sentido forte, ou seja, aquele que acredita que o direito é um sistema de normas estabelecidas pelo poder legislativo e meramente aplicadas pelos juízes” é que o último ocupa-se essencialmente de assegurar a coerência com as decisões passadas, ao passo que o primeiro só se ocupa de assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão de acordo com os precedentes seja o melhor método para a produção de melhores resultados para o futuro .

O juiz positivista começa e geralmente termina sua atividade com o exame da jurisprudência, da legislação, da regulamentação executiva e dos dispositivos constitucionais- as “fontes” diante das quais deve curvar-se quando segue o princípio de que os juízes tem o dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado. Se todas as fontes dizem a mesma coisa, o mais provável é que a decisão do caso em pauta já esteja predeterminada, uma vez que na ausência de fortes razões em contrário, contrapor-se às fontes seria uma violação do dever para com o passado (...)

O juiz pragmatista tem outras prioridades. Quer encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras. Não tem desinteresse pela jurisprudência, pela legislação, etc. Muito pelo contrário. Em primeiro lugar, essas fontes são depósito de conhecimento e até, às vezes, de sabedoria; por isso mesmo não tenha valor dispositivo, seria loucura ignorá-las. Em segundo lugar, uma decisão que se afaste abruptamente dos precedentes e, assim, desestabilize o direito pode ter, no saldo, consequências ruins. Os juízes frequentemente têm de escolher entre fazer a justiça substantiva no caso sob sua apreciação, de um lado, e manter a segurança jurídica e a previsibilidade do direito, de outro ponto. Essa contradição- que se opõe de maneira mais severa naquelas causas em que o *statute of limitations* é alegado como defesa- acarreta as vezes o sacrifício da justiça substantiva no caso individual em favor da jurisprudência ou a legislação, ou, em resumo, com as expectativas bem fundamentadas que são necessárias para a condução ordeira dos negócios sociais. Outra razão para não se ignorar o passado é que em geral é difícil determinar o objetivo e a amplitude de uma norma sem estudá-la em suas origens.

Isso significa que o juiz pragmatista encara a jurisprudência, a legislação e o texto constitucional sob dois aspectos: como fontes de informações potencialmente úteis sobre o provável melhor resultado no caso sob exame e como marcos que ele deve ter o cuidado de não obliterar nem obscurecer gratuitamente, pois as pessoas os tomam como pontos de referência”⁵⁶.

A principal diferença entre a postura do juiz positivista do pragmático está no fato do primeiro ser ligado a uma dogmática jurídica e sistemática, o segundo, ligado ao casuismo (enxergando cada caso de maneira isolada), não tendo tanto apego à manutenção da equidade e às fontes diretas do direito.

Por outro lado, o magistrado positivista se limita a aplicação do texto legal e tem como obrigação a manutenção dos entendimentos consolidados. Logo, destaca-se que a mutabilidade é algo crucial que distingue ambas as teorias: aos

⁵⁶ POSNER, Richard, 2012, p. 381/382.

pragmáticos, a mudança de um posicionamento é mais fácil, aceitável; já aos legalistas não, a mudança de entendimentos é lenta e gradual.

7 O NASCIMENTO DO DIREITO

Como vimos no curso deste trabalho, a problemática dos princípios e a incidência da moral no Direito é algo que está bem longe de ser pacificado seja pelos maiores doutrinadores, seja pelos votos históricos e emblemáticos da jurisprudência. Entretanto, demos boas razões para que nos convençamos que a moral e direito andam lado e a lado e deve o juiz sopesar e utilizar princípios críticos, se valer de aspectos periféricos à lide para a solução contumaz do caso. Chegamos até a dizer que, o juiz que se baseia na valoração do direito- deixando de lado o positivismo clássico- tende a proferir decisões mais justas, mais adequadas à realidade das partes.

Entretanto, não podemos nos calar no que tange a utilização da teoria do direito nas recentes jurisprudências. Aqui destaco que os juízes cada vez mais “patinam” na utilização das teses morais e, sobretudo, para a aplicação dos princípios no caso concreto. Resta saber: este mau uso dos princípios se dá por uma falta de conhecimento dos magistrados quanto à teoria do direito ou por que os juízes cada vez mais julgam mais, cumprem metas e se esquecem de estudar o caso? Ou ainda, vou mais além: o poder de julgar investido ao magistrado – que representa o Estado-Juiz – está sendo transformado em poder discricionário, regra geral do direito administrativo?

Por óbvio que cada vez mais, estamos diante da institucionalização do poder de escolha, em que o magistrado seleciona o ganhador e perdedor da lide e ali justifica sua decisão com base em princípios. Noutras palavras, digo e provarei que o princípio do livre convencimento motivado vem sendo usado de forma extrema, para situações que até mesmo desvirtuam a própria Constituição.

O mau uso dos princípios (cobertos pelo princípio do livre convencimento motivado) causa uma série de consequências drásticas ao ordenamento jurídico; a começar pela tão sonhada opção política da segurança jurídica. E aqui falo de forma lúdica, pois a segurança dos atos judiciais é uma das grandes conquistas históricas que as principais Cartas deram ao seu povo. Noutra perspectiva, a má utilização dos princípios gera insegurança e esta segunda é

fundamental, principalmente para as relações de direito privado, que dependendo do teor decisório, podem gerar consequências maiores e fatais às partes, sobretudo às pessoas de direito privado.

Noutro sentido, dou uma ênfase maior ao Supremo Tribunal Federal: este tem deixado muitas vezes de ser o guardião da Constituição e dos direitos fundamentais e vem sendo provocado constantemente a decidir questões meramente morais e em meu ponto de vista, são questões que devem ser solucionados mediante apenas o uso do bom senso. Adiante, explicarei melhor esta questão.

Mas, pelo contrário, o centro de nosso questionamento neste capítulo é acerca do uso prejudicado e vulgar dos princípios, e isso se dá principalmente pelo mau uso de conceitos básico e que fazem toda a diferença. O primeiro deles é: o que um texto e o que é uma norma? Precedentes e jurisprudência são as mesmas coisas? Qual a função do STF e do STJ? E por fim, responderemos a pergunta: o que é um princípio e qual sua ligação com o poder da consciência? A partir destes questionamentos iniciais, tentaremos responder estas observações.

7.1 O texto e a norma.

O sistema da Tripartição dos Poderes confere aos três pilares da República funções típicas e atípicas. Em uma primeira análise, pegaremos o exemplo do Executivo: este tem, de forma típica, a função de administração e gerenciamento da máquina pública, em contrapartida – se tratando do Poder em nível federal – o Presidente tem como função atípica a de legislar, por meio das medidas provisórias, mesmo que esta legislatura tenha um prazo pequeno de validade.

A partir destas considerações iniciais e básicas, podemos constatar que as funções típicas e atípicas dos Poderes servem como já dizia Montesquieu, na máxima dos freios e contrapesos: no fim, os três Poderes se entrelaçam, vigiando uns aos outros.

Neste diapasão, começo elucidando a função de cada Poder para dizer que o Judiciário tem a sua função típica e atípica: a primeira é a de aplicar a lei, solucionando lides e chamando pra si a responsabilidade de vigiar tanto o Legislativo quanto o Executivo. Por outro lado, o poder manifestado pela jurisdição tem sua veste atípica, que é, grosso modo, de ser “legislador”, criando normas e mandamentos comportamentais que influenciam diretamente as partes.

Logo, categoricamente, podemos dizer que o Judiciário também faz nascer o Direito, e isto, como tudo na vida, tem um lado bom e outro ruim. O bom, porque dá a possibilidade do juiz não se concentrar a aplicar estritamente o que a lei manda, noutras palavras, o ativismo afasta a ideia do juiz positivista que apenas cumpre a lei, numa atividade mecânica e sem se basear numa interpretação estudiosa e rebuscada, reflexiva sobre o caso. O lado ruim é a mecanização da justiça, que falaremos a frente.

Em estudo mais pragmático que teórico, é inconcebível aceitarmos um mundo sem leis. A própria legislação tem o condão de regradar, limitar a vida das pessoas para que haja uma melhor convivência entre as partes, garantindo o objetivo maior que é a paz social. Assim, nos valem da lição de Francesco Carnelutti:

“(…) a palavra direito suscita a ideia de lei; inclusive, a desses conjuntos de leis que se chamam códigos. É uma definição empírica, mas provisoriamente podemos aceita-la: um conjunto de leis que regula a conduta dos homens.

(…)

E os juristas? Dir-se-ia que são operadores do direito. Também isto cai bem. A comparação do direito como uma fábrica é cômoda e nada tem de casual: os juristas são aqueles que fabricam o direito. Operadores, está certo; mas operadores qualificados”⁵⁷.

Assim, podemos constatar que houve uma mudança de paradigma quanto à figura do magistrado: aquele juiz que transmitia aquilo que a lei dizia para o caso concreto, o típico juiz napoleônico⁵⁸ foi deixado de lado, para o surgimento do

⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco, 2007, p.7.

⁵⁸ Expressão utilizada para qualificar o magistrado positivista, que solucionava lides se prendendo estritamente à lei taxativa. Em uma terminologia mais clássica, “bouche de la loi” é a denominação dada pelos franceses aos juízes positivistas, oriundos sobretudo a partir do Código Civil Napoleônico.

juiz jurista, aquele que cria a jurisprudência, interpreta de forma a dar outra roupagem ao direito positivo.

Neste sentido, temos a incidência do texto e da norma. O primeiro é o dispositivo propriamente dito, são os escritos literais que vemos no dispositivo. Pelo contrário, as normas são o resultado da interpretação, o sentido dado àquele texto. Aqui vemos a lição de Humberto Ávila:

“Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não exista correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”⁵⁹.

Em igual ótica, Luiz Guilherme Marinoni comunga a mesma opinião que Ávila. Aqui temos a lição do professor:

“O texto legal ou a lei, como enunciado das fontes, não se confunde com o ditado judicial proveniente da atividade da interpretação. Esse ditado é o sentido atribuído pelo juiz ao enunciado legislativo. Prefere-se, assim, chamar o significado atribuído à lei de norma jurídica, deixando-se à lei, também costumeiramente assim designada, a designação de texto legislativo”⁶⁰.

Podemos concluir – a partir destas duas lições – que a atividade judicial recai sobre as normas. Saber ou não se um texto é constitucional ou não é dar a ele um sentido, seja a favor ou contrário ao conjunto de regras e princípios postulados pela Constituição Federal. Logo, é a primeira premissa que devemos ter em mente: embora a inconstitucionalidade seja um vício (de forma ou de matéria/conteúdo), ela se manifesta pela interpretação, ou seja, pode ela ser declarada inconstitucional e posteriormente, ser mudado seu entendimento, declarando-a constitucional.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto, 2013, p. 33.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, 2014, p. 110.

A subjetividade da constitucionalidade é algo que não tem como ser combatido pelo legislador, por um fato muito simples: direito não é matemática. Entretanto, o problema não reside na interpretação subjetiva, mas nas formas que o juiz usa para se chegar à conclusão sobre a (in) constitucionalidade de uma norma. Eis a grande problemática que, na maioria dos casos (para não dizer em todos), o magistrado se utiliza da teoria dos princípios para mudar seus entendimentos e realçar ainda mais o poder discricionário.

O caso em tela que chamo a atenção pela perspicácia do STF, é o HC 82.959/SP, o tão famoso remédio constitucional que a Corte, da noite para o dia, reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/90), que vedava a progressão de regime aos condenados por estes crimes definidos em lei especial.

Em uma análise histórica deste famigerado caso, temos que a Lei 8072/90 em sua redação original vedava a progressão de regime aos crimes tipificados como hediondo. Para o Supremo, o dispositivo da lei era constitucional, até mesmo por razões de política- criminal, como forma de coibir ainda mais e repreender os praticantes destes delitos.

Numa pesquisa na jurisprudência do Pretório Excelso, achamos o primeiro caso que provocou a Suprema Corte no sentido de declarar inconstitucional a regra do artigo 2º. Trata-se do HC 71.363/94 MG e na ocasião, o Tribunal foi categórico em vedar a progressão. Em seu voto, o Ministro Paulo Brossard deixa claro que o STF não tem competência para discutir as condições pessoais do acusado. Eis a ementa do caso:

"PACIENTE: BENEDITO GERONIMO DA COSTA
IMPETRANTE: FLAVIO PIRES DOS SANTOS
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
EMENTA: "HABEAS CORPUS". Crimes de latrocínio e de ocultação de cadáver. Pena. Indeferimento de pleito de progressão para o regime semi-aberto. Aplicação do artigo 2, par. 1. Da Lei n. 8.072/90, que veda aquele benefício nos casos de crimes hediondos. Impossibilidade de aplicação retroativa da lei. Ofensa ao artigo 5. XL, CF. A vedação da progressão do regime penal nos crimes hediondos constitui "lex gravior", que não pode ser aplicada aos fatos anteriores a sua edição. Precedentes: HC 71.009, HC 68.416. A norma que trata do modo de execução da pena e de direito material e não processual penal. Aplicabilidade dos princípios "tempus delicti commissi regit actum" e da irretroatividade da lei mais gravosa. Impossibilidade, em "habeas corpus", de discutir as condições pessoais do sentenciado, com vistas ao deferimento de progressão a regime semi-

aberto, pendente como se faz o "decisum" de exame de fatos e provas. Precedente do STF: HC 66.253. Pedido conhecido, mas indeferido, com apoio no segundo fundamento do Acórdão, pela falta de preenchimento dos requisitos subjetivos do benefício indeferido, matéria cuja indagação não cabe nos estreitos limites do remédio eleito"⁶¹.

Com base nestes votos, a jurisprudência do Supremo se ergueu e se solidificou até os anos 2000. Mais especificadamente em 2006, a Corte se deparou com o referido Habeas Corpus (HC 82.959/SP), cujo paciente- Oseas de Campos- praticara os crimes tipificados 214, cc. arts. 224, § 1º, I, 226, III, e 71 (todos do Código Penal vigente), e em sua defesa, foi alegada a inconstitucionalidade da regra do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, por violar o princípio da individualização da pena e conseqüentemente, o princípio da isonomia.

Em uma decisão histórica, digna de 6x5 dos votos, o Supremo acolheu esta tese de progressão e a partir daí declarou o dispositivo da lei inconstitucional. Destaca-se que em 12 anos a Corte entendia de uma forma e da noite para o dia, mudou seu posicionamento. Eis a prova do subjetivismo do controle de constitucionalidade!

Como se não bastasse esta decisão, no mesmo ano de 2006, bateu nas portas do Supremo, por meio do controle difuso, a Reclamação 4335/AC, que versava sobre a possibilidade de progressão do regime em crimes hediondos. Neste caso, o Juiz de Execuções do Acre negou a progressão de regime a 15 condenados por hediondos.

Como o Supremo não havia editado nenhuma súmula neste sentido, houve a possibilidade do controle difuso chegar ao Pretório Excelso. E aí eis a surpresa: o Supremo aceitou a progressão e deu efeito erga omnes ao controle difuso, com a tese de mutação constitucional e o princípio defendido, foi o da individualização da pena. Eis parte do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do então caso:

"(...)

Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar o RHC 86.951/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, deixou assentado que, em tema de

⁶¹ BRASIL, 1994.

progressão de regime nos crimes hediondos (ou nos delitos a estes equiparados), cabe, ao magistrado de primeira instância, proceder ao exame dos demais requisitos, inclusive aqueles de ordem subjetiva, para decidir, então, sobre a possibilidade, ou não, de o condenado vir a ser beneficiado com a progressão do regime de cumprimento de pena (HC no 88.231-SP, Rel. Min. Celso de Mello, decisão liminar, DJ de 20/03/2006). Em conclusão, a decisão do Plenário buscou tão-somente conferir máxima efetividade ao princípio da individualização das penas e ao dever constitucional-jurisdicional de fundamentação das decisões judiciais⁶².

Em uma análise preliminar, deixemos claro que mutação constitucional nada mais é de que a mudança de interpretação da norma, do sentido do texto legal. Noutra sentido, o texto continua o mesmo, mas a interpretação, de forma diversa. Tal tema, embora seja a princípio algo simples, é um dos tópicos mais polêmicos da moderna hermenêutica constitucional.

Tamanha a dificuldade deste tema e suas implicações e espécies práticas, Uadi Bulos traz com maestria – em seu livro “Mutação Constitucional” – o conceito e às implicações deste tema tão conturbado. Eis o transcurso da lição:

“(.)

Aliás, é a própria lei que define o que seja casa. O art. 150 § 4º do Código Penal a considera como qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva e compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Assim, casa é o lugar onde alguém vive ou trabalha, exercendo ou não a sua atividade a qualquer título. É o home, chez soi, a habitação particular, o local reservado a vida íntima do indivíduo ou à sua atividade privada, seja ou não coincidente com o domicílio civil.

Observemos que ao atribuir a palavra casa conteúdos de significação ampla, o ato interpretativo promoveu uma mudança informal no inciso XI, mas se qualquer violação a sua letra.

Trata-se da interpretação constitucional, que atua como processo de mutação constitucional, mudando o sentido, sem mudar a forma estatuída quando da feitura do Diploma Maior.

As próprias palavras da Constituição, enfeixadas em artigos, incisos e alíneas logram a índole esquemática, sintética, bem como genérica, abrigando variações de significados e sentidos⁶³.

A partir da lição acima, é possível falar em mutação constitucional tanto para expandir o objeto da interpretação, como também no sentido inverso, mutação para restringir o significado da norma. Agora vejamos: uma coisa é alterar a forma

⁶² BRASIL, 2006

⁶³ BULOS, Uadi Lammêgos, 1997, p.119/120.

de se interpretar um dispositivo, outra coisa é mudar as formas e trâmites legais que a Constituição ordena para o controle de constitucionalidade; e foi isso que o Supremo fez.

É sabido que as diferenças básicas entre o controle difuso e controle concentrado é o fato de que no primeiro, qualquer juiz pode declarar a (in) constitucionalidade de um dispositivo, em um caso concreto cuja decisão surta efeitos “inter -partes”. De forma oposta, o concentrado só pode ser arguido perante o Supremo Tribunal Federal, por legitimados que a própria Constituição ordena (rol dos legitimados universais e temáticos do art. 103 CF) e cujo efeito é erga omnes, ou seja, atinge a todos. Logo, a decisão proferida pelo Supremo na presente Reclamação foi uma afronta aos pilares e regras do controle de constitucionalidade, sobretudo porque foi aplicado um efeito típico do controle concentrado no controle difuso, e isto é um grande problema! .

Em primeira análise, permitir que o a Corte constitucional module efeitos que em regra eram do controle concentrado passam a ser aplicados no difuso, causa um grande caos jurídico, uma vez que pairando insegurança, os precedentes passam a ter status de súmulas e assim tendo esta qualificação, permite ao Supremo cada vez mais barrar possíveis recursos no controle difuso.

Em posterior análise, acredito que estes malabarismos jurídicos – denominados pela doutrina como “jurisprudência defensiva” – causa um grande desprestígio à classe dos advogados que, ao invés de terem de se preocupar somente com a defesa de seus clientes, passam a se incomodar e a conviverem com a insegurança jurídica e com a interpretação instável dos juízes, seja para julgarem a (im) procedência, seja para proferirem decisões de (não) conhecimento dos recursos.

Logo, aquele velho e batido exemplo de que dois jurisdicionados, com ações e elementos idênticos, mas que julgados por juízos diferentes, correm o risco de terem decisões diferentes é uma triste realidade do Judiciário brasileiro. E o pior é que os princípios estão sendo usados- devido a sua abstração- para justificarem esses erros gritantes e fundamentarem as decisões judiciais.

Comungamos, neste sentido, com a lição do professor Lênio Streck, no que tange aos “malabarismos jurídicos” das decisões, sobretudo daquelas proferidas pelos Tribunais Superiores:

“Na verdade, a chamada objetivação permite ao STF fazer o que ele quiser, inclusive afastar-se do texto constitucional.

A ideia de atuação do STF e STJ estaria reduzida apenas a uma função objetiva não encontrada respaldo no texto constitucional. Nem mesmo mediante emenda constitucional seria possível transformar o STF e o STJ em Tribunais que julgam questões exclusivamente de natureza objetiva, uma vez que, mesmo com a alteração dos arts. 102 e 105 da CF, ainda assim não estaria autorizado tal entendimento. Isso ocorre porque somente seria possível afirmar que o STF e o STJ são Tribunais de natureza jurisdicional exclusivamente objetiva se fossem suprimidos do texto constitucional todos os writs constitucionais previstos na CF 5º, tais como : mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus e habeas data.

(...)

Não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma”⁶⁴.

A necessidade de objetivação da interpretação faz com que os Tribunais Superiores decifrem questões extremamente complexas de forma objetiva, sem muitas vezes proferirem decisões que analisem de forma coerente, a partir de uma reflexão sistemática a lide em concreto.

Queria fazer uma complementação no que tange aos remédios constitucionais elencados pelo referido autor: acredito que as ações constitucionais - ADIN, ADECON e ADPF - também corroboram, favorecem o Supremo Tribunal Federal a também praticarem a objetivação das interpretações, dando também a possibilidade de malabarismos jurídicos, isto porque tais ações, de maneira direta ou não, atingem o subjetivismo da declaração de (in) constitucionalidade⁶⁵, podendo o STF modular os feitos desta decisão.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz, 2014, pág. 58.

⁶⁵ Como enfatizamos no curso deste trabalho, entendemos que a (in) constitucionalidade é uma decisão extremamente subjetiva: uma norma pode ser declarada inconstitucional e mudando a composição do STF, esta pode vir a ser declarada constitucional. No controle difuso isto é mais evidente: um entendimento já pacificado no Pretório Excelso, muitas vezes até sumulado, pode vir a ser declarado inconstitucional, causando desastrosos efeitos ao ordenamento jurídico e aos jurisdicionados.

É necessário entendermos que estes malabarismos jurídicos (como exemplo, vimos a Reclamação 4335/ AC) e a crescente jurisprudência defensiva e a utilização dos princípios (sejam eles constitucionais ou não) possuem um viés político e que deve ser considerado, qual seja, uma grande demanda para uma quantidade de juízes nos Tribunais Superiores inversamente proporcional. Isto é um sério problema que está tentando ser resolvido com aplicação destas teses jurídicas que desvirtuam o ordenamento e também a má utilização dos princípios.

Conjuntamente com a criação de “malabarismos jurídicos” e a má utilização dos princípios, temos também a criação das súmulas: criam-se cada vez mais súmulas, entendimentos predominantes pra não permitirem a subida de recursos aos Tribunais e conseqüentemente surge um novo problema: a mecanização da prestação jurisdicional; os órgãos que deveriam dar a interpretação suprema do direito constitucional (STF) e do direito federal infraconstitucional (STJ) estão produzindo em larga escala entendimentos, como se estes fossem mercadorias em uma linha de produção de uma grande empresa que possui uma grande demanda de consumidores. E como sabemos, como consequência, a quantidade é inversamente proporcional à qualidade.

Vale destacar que o crescente uso dos princípios jurídicos, a começar da Constituição Federal de 88 que elenca vários deles, fez surgir uma nova corrente de pensamento, o neoconstitucionalismo, que tenta afastar o positivismo jurídico em detrimento de uma nova interpretação da constituição, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Trabalharemos, sem muita extensão e aprofundamento, este assunto um tanto quanto polêmico e que causa divergências significativas na doutrina.

7.2 O “pós positivismo” e o “neoconstitucionalismo”: a era dos princípios

Importante para a temática escolhida algumas definições para fazer um recorte temático. Vale-nos ressaltar o conceito de neoconstitucionalismo, a começar pelo o prefixo “neo”, que nos traz a impressão de algo que é novo, surpreendente ou ainda, uma inovação, mudança de paradigma entre aquilo que foi superado e aquilo que é e será.

Pois bem, é nesse sentido que surge na doutrina um conceito de direito constitucional novo, amparado em princípios, valores e principalmente, no ativismo judicial em que muitas vezes o Judiciário faz as vestes do Legislativo. Ainda mais, é nesse sentido que essa hermenêutica constitucional se ampara ao dizer que foi superada a fase do positivismo e que agora, não vigora tão somente a lei, mas os princípios fundantes da Constituição Federal. Neste sentido, leciona Daniel Sarmento:

“As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àqueles do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis” do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa sem comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geométrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas”⁶⁶.

Em primeiro aspecto, vale lembrar que o fenômeno da força normativa dos princípios não é algo novo, não nasceu com o neoconstitucionalismo, pelo contrário. Desde o período greco-romano, já poderíamos falar em mandamentos maiores que norteavam decisões. Ademais, uma pequena obra, mais consistente, traz a importância dos princípios para a força normativa da Constituição. Assim, versa Konrad Hesse:

“Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condições. Abstráidas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características

⁶⁶ SARMENTO, DANIEL, 2009, p. 3.

novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido(...)⁶⁷.

Para grande parte dos estudiosos do direito constitucional, a Magna Carta Libertatum de 1215, foi a fonte, a “carta mãe” das constituições, pois bem, nela também encontramos princípios interpretativos. Eis aqui o transcurso do documento:

“1- Prometemos diante de Deus, em primeiro lugar, e por esta nossa presente carta confirmamos por nós e por nossos herdeiros, para sempre, que a igreja da Inglaterra será livre e gozará dos seus direitos na sua integridade e da inviolabilidade das suas liberdades; e é a nossa vontade que assim se cumpra; e isto está patenteado pelo facto de que nós, de nossa plena e espontânea vontade, antes que surgisse a discórdia entre nós e os nossos barões, concedemos, e por nossa carta confirmamos e solicitamos a sua confirmação pelo Papa Inocêncio III, a liberdade de eleições, que é a de maior importância e essencial para a Igreja da Inglaterra; é a isto observaremos e queremos que seja observado em boa-fé pelos nossos herdeiros para sempre. Nós também concedemos a todos os homens livres do nosso reino, por nós e por nossos herdeiros perpetuamente, todas as liberdades abaixo escritas, para que as tenham e as conservem para si e para seus herdeiros, de nós e dos nossos herdeiros”⁶⁸.

Num segundo plano, devemos quebrar outro mito ao dizermos que a Constituição de 1988, ou ainda a “Constituição Cidadã” por ser uma Carta extremamente protetiva a direitos, traz em seu bojo mais princípios ao invés de regras. É importante salientar que os princípios têm um papel marcante na hermenêutica, uma vez que eles atingem situações que muitas vezes as regras não atingiriam.

É impossível o legislador constituinte discorrer acerca de todos os direitos e garanti-los de forma positivada, é nesse sentido que os vetores trabalham, ou seja, chegando onde mesmo o direito positivo não pode chegar. Contudo, ao analisarmos a Constituição Federal, vemos que por mais que seja um documento extremamente protetivo aos direitos, ela é composta por mais regras que princípios, basta analisarmos os capítulos.

⁶⁷ HESSE, Konrad, (falta ano), (falta pagina).

⁶⁸ Comparato, Fábio Konder, 1999.

É inviável a imposição, por exemplo, de normas de natureza tributária e orçamentária (Título VI), utilizando-se somente de princípios. Uma Carta de Direitos sem regra é um documento sem força normativa. E na dicotomia entre princípios e regras, nem o primeiro, muito menos o segundo se tornam mais importantes. Eles coexistem, se completando. Nesse sentido, aliás, é a valorosa lição do professor Ávila:

“Com efeito, embora ela contenha no Título I, princípios, todo restante de seu texto é composto por alguns princípios e muitas, muitas regras: Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais); Título III (da organização do Estado); Título IV (Da Organização dos Poderes); Título V (Da Defesa do estado e das Instituições Democráticas); Título VI (Da Tributação e do Orçamento); Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira); Título VIII (Da Ordem Social); Título IX (das Disposições Constitucionais Gerais) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, são compostos, basicamente por normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e não de princípios. Tanto que a Constituição Brasileira de 1988 é qualificada de “analítica”, justamente por ser detalhista e pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios. Essa característica, aliás, compõe o diferencial da Constituição Brasileira de 1988 relativamente a outras constituições como a estadunidense e a alemã, para usar dois exemplos paradigmáticos, cada qual com suas particularidades. A leitura do ordenamento constitucional facilmente comprova essa constatação, a Constituição Brasileira de 1988 é uma constituição de regras”⁶⁹.

Consoante a este entendimento, está à jurisprudência do Pretório Excelso. No julgamento do RE. 633.703/MG em que o Min. Gilmar Mendes foi o Relator, o Min. Luiz Fux, em seu voto sobre a incidência e aplicação da “Lei da Ficha Limpa”, ao analisar a Teoria do Direito, proferiu seu voto no sentido de, ao analisar a dualidade entre princípios e regras, deve o aplicador optar pela segunda. Eis o voto:

“O art.16 da Constituição Federal, como decorre da moderna teoria geral do direito e, mais particularmente, da nova teoria da interpretação constitucional, consubstancia uma regra jurídica e não um princípio jurídico; constatação que impõe não seja possível simplesmente desconsiderar seu

⁶⁹ ÁVILA, Humberto, 2009, p. 4.

enunciado linguístico para buscar desde logo as razões que lhe são subjacentes”⁷⁰.

Ao citar a presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, (art. 5º LXII), o voto do Ministro – agora na ADI 4578 – deixa claro que o conteúdo do dispositivo constitucional é de natureza de regras e não de princípios.

“A presunção de inocência consagrada no art. 5º LXII da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de Humberto Ávila (Teoria dos Princípios, 4ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2005) como uma regra, ou seja, com o uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória. Concessa vênias, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo”⁷¹.

Nesse sentido, respeitamos posições em contrário, mas é impossível falarmos em superação do positivismo jurídico em detrimento de uma nova era do direito, fundada na moral e em baluartes subjetivistas. É sabido, com todo consenso, que a força normativa dos princípios é uma realidade positiva, desde que usada de forma responsável pelo aplicador do direito, pois, caso contrário, o uso deturpado dos princípios levam distorções à regra e a uma grande insegurança jurídica. Os princípios, de forma alguma podem revogar regras já estabelecidas, nisso, reside o grande problema do ativismo judicial.

Noutro ponto, Lenio Luiz Streck ao interpretar a possibilidade de superação do positivismo pela possível nova interpretação constitucional, traz dois parâmetros para que de fato, haja essa superação. Eis a lição:

“De Tudo o que foi dito, para se realizar uma efetiva teoria pós positivista dois elementos são, inexoravelmente, necessários:

- a) ter a compreensão do nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teórico efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode fazer uso de mixagens teóricas;
- b) enfrentar o problema do silopsismo epistemológico que unifica todas as formas de positivismo (aqui, como já se viu, o campo jurídico brasileiro é

⁷⁰ BRASIL, 2011.

⁷¹ BRASIL, 2012.

fértil nessa perspectiva, por seu excessivo arraigamento à epistemologia e à filosofia da consciência”⁷².

A partir desta análise, é claro entendermos que o pós-positivismo, ou a chamada “era dos princípios” não superou o positivismo clássico, pelo contrário, é impossível falarmos em um direito que não exista regras imperativas, que não exista uma carta de direitos escrita e positivada, até mesmo pela segurança jurídica é impossível falarmos em princípios sem falarmos em regras. Essa dicotomia é uma causa e consequência de uma mesma relação.

Noutro aspecto, falarmos que vigora hoje um Direito baseado tão somente nos princípios é não entender, na real essência, o significado dos princípios e a insegurança jurídica causada caso estes sejam usados de forma imprudente.

Neste sentido, valemos ressaltar que a emblemática obra de Adolf Hitler, “Mein Kampf”, faz alusão do ideário principiológico de justiça por mais de 30 vezes, ou seja, um mesmo princípio pode financiar catástrofes intermináveis à sociedade e ao ordenamento.

7.3 O lado obscuro dos princípios: o poder discricionário do magistrado e a consciência

Vem sendo muito comum na jurisprudência pátria, principalmente nos tribunais superiores, o julgamento/solução de grandes embates jurídicos a partir de princípios constitucionais, sem que haja o uso das regras. Aí nos perguntamos, será que esta decisão do magistrado é um poder natural de sua função, fazendo parte, portanto, de sua discricionariedade ou esse conceito está sendo deturpado e se tornando a partir do subjetivismo dessa onda principiológica, um poder de escolha? É óbvio que interpretar os princípios como uma válvula propulsora para a efetivação de um poder que o magistrado tenha de escolher quem ganha e quem perde a lide, é uma tese que deve ser abominada.

⁷² STRECK, Lenio Luiz, 2012, p.103.

A partir deste problema, entendemos ser necessária a delimitação de parâmetros de incidência para a aplicação dos princípios, pois caso contrário, o ordenamento jurídico está fadado à insegurança.

Noutro plano, impor parâmetros para interpretar os princípios é garantir o “acesso à Constituição”, que sem dúvida alguma, é um dos grandes problemas da de 1988. A Carta Magna por ser a identidade de um povo e um marco de uma geração, deve estar adequada aos seus interpretes, portanto, ao trazer uma visão lúdica do conceito de salário mínimo, por exemplo, a carta de direitos traz na quantificação da importância do quantum básico, a capacidade dele suprir necessidades como o lazer, a saúde, educação. É óbvio que isto não passa de uma visão platônica, não condizente com a realidade, e, nesse sentido, temos a lição de Peter Häberle:

“(…)

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com números *clausus* de intérpretes da Constituição”⁷³.

Os princípios sofrem este descompasso, uma vez que o juiz ao aplicá-los de forma equivocada em sua sentença, “resolvendo a lide”, traz um grande problema, o primeiro, é o de não resolver de fato a questão, o segundo, é o de não entrar na realidade do fato, efetivando não o poder discricionário, mas o poder de escolha e em terceiro, de forma indireta, o não efetivação do acesso à justiça.

No que pese a decisão de utilizar os princípios como mecanismo de escolha do magistrado e não como um poder discricionário, eis a lição de Lênio Streck em seu livro “O que é isto: decido conforme minha consciência?”:

“É preciso deixar claro que existe uma diferença entre Decisão e Escolha. Quero dizer que a decisão- no caso a decisão jurídica- não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando

⁷³ HÄBERLE, Peter, 1997, p. 13.

nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância⁷⁴.

É sabido que os princípios são fontes do direito e, portanto, podem ser utilizados como forma de solução de uma lide. No entanto, há uma linha muito tênue que separa a utilização dos princípios com base na discricionariedade, onde o magistrado, gozando da prerrogativa de sua função, fundamenta (com base na oportunidade, adequação, necessidade) seus atos decisórios utilizando-se das fontes que entender cabíveis, (e aqui inclui os princípios) ou com base na escolha em que o julgador, já sabendo que deva ou não ganhar a lide, fundamenta sua decisão com base nos princípios em prol de uma das partes. O uso desenfreado dos princípios possibilita o que é pior, a efetivação do direito de escolha.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz, 2012, (falta pagina).

8 DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO STJ E DO STF

Acompanhando a evolução histórica do Direito e da jurisprudência pátria, percebemos que de uns tempos pra cá o legislador vem fazendo primazia pelo sistema dos precedentes, ou chamado de “common law” - no direito norte-americano; tal prova disso está nas constantes reformas sofridas pelo até então vigente Código de Processo Civil de 1973: como exemplos clássicos desta mudança de “gosto” do legislador brasileiro e apreço para o sistema dos precedentes, estão os artigos 285-A e 557 do referido diploma legal.

Como destacado acima, em uma dessas grandes reformas do atual Código de Processo Civil está o artigo 285- A, introduzido ao ordenamento por meio da Lei 11.277/06. Vejamos o teor da lei:

“Art. 285-A Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”⁷⁵.

Vejamos que em uma análise prima facie deste dispositivo - recente no ordenamento - o legislador concede ao juiz a possibilidade de prolatar uma sentença antes mesmo da citação, ou seja, antes mesmo da triangulação da relação jurídica processual - um dos principais efeitos do ato citatório - desde que preenchidos os requisitos legais impostos pelo referido artigo: 1) a controvérsia; 2) questões unicamente de direito e não de fato; 3) total improcedência ou carga decisória negativa; 4) casos idênticos.

A partir destes elementos que compõem o tipo do referido dispositivo, percebemos que o legislador autoriza ao juízo de 1º grau criar sua própria jurisprudência, julgando casos semelhantes a demandas novas semelhantes, de

⁷⁵ BRASIL, 1973.

acordo com seu próprio entendimento. Destaco que isso, grosso modo, é uma forma de “sumular” o direito em 1º grau de jurisdição

Logo adiante, quando o Código traz o procedimento dos recursos, o legislador infraconstitucional também inovou no artigo 557, inserido com a lei 9.756/98. Vejamos o teor:

“Art. 557 O relator negará seguimento a recurso manifestadamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

§ 1º A - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º - Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento

§ 2º - Quando manifestadamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”⁷⁶.

Após a vigência do referido dispositivo que regulamenta o curso/procedimento dos recursos nos Tribunais Superiores, sobretudo no STF e STJ, houve imensas críticas na doutrina no que tange à vigência deste. Em primeiro aspecto, a primeira crítica era baseada no seguinte questionamento: pode o Desembargador ou Ministro relator, sozinho, julgar o mérito da lide em grau de recurso? E o julgamento da lide por um colegiado?

E a segunda grande pergunta era: desse pronunciamento monocrático, qual seria a natureza jurídica: trata-se de uma nova espécie recursal - que surge com a possibilidade do agravo regimental - ou uma delegação da função jurisdicional, que era de um grupo e passa para um único magistrado?

Esses dois questionamentos assombraram a doutrina processualista durante muito tempo, sobretudo porque há quem defenda que dar este tipo de poder ao relator seria de alguma forma suprimir a efetividade do princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que houve um recurso, uma reanálise por um Tribunal Superior,

⁷⁶ BRASIL, 1973.

mas não de forma efetiva, já que a decisão ficou baseada nas mãos de um único magistrado.

Atualmente, após um amadurecimento na doutrina, há o consenso de que a decisão do relator é uma delegação de função, até mesmo por razões de política no Tribunal. No que tange a possibilidade de recurso agravo regimental à decisão monocrática do relator, Luiz Guilherme Marinoni faz severas críticas à opção da lei, já que expressamente a Constituição não revela que o julgamento recursal deve ser por colegiado. Vejamos a lição do autor:

“Essa conclusão não resulta da constatação de que o colegiado seria o juízo natural para apreciar o recurso- o que, conforme já esclarecido no item anterior, não corresponde ao pensamento aqui defendido. Como dito acima, não há qualquer óbice constitucional a que se estabeleça, em lei, previsão no sentido de que o julgamento de certo recurso deve competir a determinado órgão do tribunal, ainda que esse órgão seja, exclusivamente, o relator”⁷⁷.

Nesta linha de pensamento, percebemos que o entendimento do referido autor faz sentido, já que a mesma lei que aventa a possibilidade do relator julgar monocraticamente é a mesma que o tira de suas mãos essa decisão e leva ao colegiado (com a análise dos votos do revisor e vogal), por meio do agravo regimental. Assim, pode até mesmo nos parecer uma incongruência do sistema, entretanto, a decisão política- jurídica do legislador é para a defesa de um processo de garantias. Desse modo, também adverte o autor acima citado:

“Fica clara, pois, a opção da lei por manter o juiz natural do recurso em mãos do colegiado, limitando-se a delegar a função decisória da insurgência ao relator (sem necessária cooperação dos demais membros da Corte) em casos em que a questão for de evidente solução. Não houve, portanto, uma cisão do antigo recurso em dois novos- um inicialmente dirigido ao relator, e outro posteriormente ao colegiado. Ocorreu, na voz de Barbosa Moreira, apenas a transformação do relator em porta- voz avançado” do colegiado, em situações excepcionais. O relator, nesses casos, não age em nome próprio, mas como representante do colegiado”⁷⁸.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, 2014, p. 588.

⁷⁸ Idem, p. 589.

Assim, nesta breve introdução, acredito que demos bons motivos para afirmarmos que de fato, o sistema dos precedentes vem sendo visto por bons olhos pelo legislador, e o projeto de novo Código de Processo Civil traz essa realidade, transportando estas ideias do direito norte americano para o direito brasileiro. Entretanto, ressalto que essa opção surge com um único propósito: a importação do *common law* é vista como forma de desafogar o Judiciário, já que existe a crença em que a vedação a recursos nos Tribunais Superiores – a chamada jurisprudência defensiva – soluciona em partes os problemas políticos enfrentados pelas Cortes, sobretudo o STF e STJ, com a enxurrada de recursos nestes.

Não é objeto de nosso estudo dizer que esta decisão é a mais acertada ou não, tampouco dizer se o sistema *common law* é melhor que o *civil law*. Pelo contrário: gastamos estas laudas introdutórias pra dizermos que hoje, houve uma mudança de paradigma quanto à essência dos Tribunais Superiores (em especial, STF e STJ): de Tribunais tipicamente judiciais, estes passaram a ser Tribunais também legislativos, funcionando como um braço ao poder Legislativo.

8.1 A inovação da constituição de 1988: o STJ

O Superior Tribunal de Justiça é uma Corte relativamente recente, criado com a Constituição de 1988 e instalado em 1989. Entretanto, a criação deste foi consequência da extinção de outro Tribunal, o antigo Tribunal Federal Recursal, que fora criado em meados de 1947, no governo do Presidente Dutra.

Embora seja novo, o “tribunal da cidadania” – denominado assim por muitos – foi palco de discussões riquíssimas e de decisões memoráveis na história da jurisprudência brasileira: talvez aí esteja a justificativa para a grande importância jurídica, social e política desempenhada por esta Corte.

Na Constituição Federal, a estrutura, composição e competência da referida Corte é disposta nos artigos 104 e 105. Além das competências originárias ou em sede de Recurso Especial, gostaria de chamar a atenção para o art.105, III, “c”:

“Art.105 (...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

(...)

c) der a lei federal interpretação divergente das que lhe haja atribuído outro tribunal”⁷⁹.

Neste referido artigo, a Constituição dá expressamente ao STJ a competência de interpretação e salvaguarda do direito federal infraconstitucional. Em outras palavras, havendo divergência na jurisprudência, terá o Tribunal da Cidadania a competência de pacificar as controvérsias, dando a interpretação final acerca da aplicação de uma norma. Destaco que a função do STJ é equiparada à função imposta pela Constituição ao STF, que dá a última interpretação às controvérsias e violações à Carta Magna.

Como consequência, os dois Tribunais têm uma função além da de julgar: eles guiam a interpretação e o entendimento do direito constitucional e federal infraconstitucional respectivamente e tal consequência é marcante porque – a cada vez mais- esses dois Tribunais estão deixando a função típica de serem Cortes judiciais e se tornando Tribunais- legisladores, sendo eles um braço do Poder Legislativo.

Tal mudança de paradigma tem diversos motivos, que já foram analisados no transcurso deste trabalho; mas o principal deles é a ineficiência do Estado e uma quantidade de processos inversamente proporcional à de magistrados, o que gera uma sobrecarga dos Tribunais de Brasília. Com esse intuito, o STF e STJ por meio de suas súmulas interpretativas (e aqui também destaco a peculiaridade do Pretório Excelso, em ter as súmulas vinculantes) dão sentido à lei, criando interpretações que, de alguma forma, vinculam os juízes de instâncias inferiores a decidirem da mesma maneira.

Isso na verdade é a criação do Direito, de interpretações próprias e que muitas vezes, estas são contrárias ao que até mesmo a lei ordena – como exemplo clássico deste fenômeno, temos a ADPF 178⁸⁰ e ADPF 132 c/c a ADIN 4277, que –

⁷⁹ BRASIL, 1988.

⁸⁰ Propostas pelo Procurador Geral da República, a Adin 4277 e ADPF 178 combinadas com a ADPF 132, proposta pelo Governador do estado do Rio de Janeiro.

julgadas pela Suprema Corte – possibilitaram a extensão do conceito de família imposto pelo artigo 1723 CC, reconhecendo a união de casais homossexuais.

Assim, com a constante participação dos Tribunais Superiores para a interpretação da lei, surge um novo entendimento do conceito de admissão de um recurso: aqui, não interessa mais ao STF e STJ qualquer tipo de reanálise de uma questão, pelo contrário: a admissão de um recurso está condicionada a um novo desenvolvimento de uma tese jurídica e não a mera correção de uma decisão. Assim, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni temos:

“Nesse contexto, o recurso tem um outro valor. Deixa não só de construir recurso contra a correção da legalidade das decisões, mas também deixa de corporificar um direito subjetivo à correção da decisão. O recurso só interessa à Corte quando lhe dá oportunidade de desenvolver o sentido do direito federal, não tendo mais importância para lhe permitir tutelar a lei, como outrora acontecia”⁸¹.

Fica evidente, portanto, que o magistrado ao admitir um recurso faz uma análise, um juízo de valor acerca da ação, no sentido de entender cabível ou não o julgamento pelo Tribunal. Destaco que a valoração feita pelo juiz é, muitas vezes, baseada em princípios e que fundamentam a admissibilidade ou não do recurso em instâncias superiores.

Neste diapasão, fica claro o entendimento de que nos dias de hoje, o STF e STJ tornaram-se braços do Poder Legislativo – uma vez que por meio de súmulas e precedentes – criam-se normas que regulamentam, regem a vida dos jurisdicionados. Enfatizo que a criação de “leis” pelo Judiciário se faz pela interpretação final destas Cortes que atuam como Tribunais de precedentes ou interpretativos; no sentido de dizer a última palavra do Direito, dando uma solução contumaz a um caso e estendendo a outros tantos que poderiam chegar em sede de recurso. Por fim, nos valem da lição de Marinoni:

“(…) O STJ é órgão que, dentro do Poder Judiciário, coloca-se ao lado do Legislativo para fazer frutificar o direito federal infraconstitucional ajustado

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme, 2014, p. 116.

às necessidades sociais. Vale dizer: o STJ é uma Corte incumbida de outorgar sentido ao direito, propiciando seu desenvolvimento. É uma Corte de atribuição de sentido ou de interpretação, compreendendo-se essa função como algo que está muito longe daquela que fora concebida para Corte de Cassação em seu modelo tradicional.

Recentemente, toca-se no cerne da questão quando se percebe que a Corte Suprema não mais serve para tutelar o legislador contra a jurisdição ordinária, mas, ao contrário, para auxiliar o legislador. Hoje, o STJ e o Legislativo realizam tarefa harmônica e coordenada para que o Estado possa se desincumbir do seu dever de dar à sociedade um direito em constante evolução e adequação às necessidades sociais. Tem-se, assim, (i) que a real função do STJ não é controlar a legalidade das decisões, mas definir o sentido atribuível ao texto da lei a partir de um método interpretativo, aberto a valorações e decisões racionalmente justificáveis; (ii) que a alteração da função da Suprema Corte preocupada com o direito federal infraconstitucional e consequência do impacto do constitucionalismo e da evolução das teorias da norma jurídica e da interpretação; (iii) que essa nova função coloca a Suprema Corte ao lado do Legislativo, retirando-a do lugar de tutela ao legislador, em que foi posta pelo direito inspirado nos valores da Revolução Francesa; (iv) que a Suprema Corte, diante da sua função contemporânea, agrega substância à ordem jurídica- que então passa ser composta pelos precedentes das Cortes Supremas”⁸².

No entanto, é necessário destacar que a mudança de papel dos Tribunais Superiores traz o chamado fenômeno da verticalização das decisões judiciais, onde torna-se função das Cortes Superiores traçarem o caminho, a interpretação de um referido dispositivo legal ou uma determinada causa e os juízos de grau inferior ficam vinculados a estes posicionamentos, extinguindo de uma vez por todas o princípio do livre convencimento motivado dado ao juiz. Mas, há que se destacar um ponto extremamente importante: precedentes não são sinônimos de súmula vinculante; trata-se de institutos diferentes! Assim, temos a lição de Lenio Streck e Georges Abboud:

“Assim, o precedente constitui-se como critério normativo a ser seguido(...). Isto é, os precedentes constituem as principais decisões de determinado ordenamento jurídico, cuja função primordial consiste em servir de modelo para decisões posteriores”⁸³.

Em sentido contrário, para os referidos autores, temos o conceito de súmula vinculante:

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, 2014, p. 115/116.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges, 2014, p.69.

“A súmula vinculante (...) se desvincula dos julgados que a formaram e adquire autonomia, isto é, vale seu enunciado por si somente, por consequência, passa a ter vigência sem ligação concreta com os casos que a originaram, impondo-se como um texto normativo com autonomia formal para seu conteúdo abstrato, a ser aplicados a casos futuros, não sendo passível de mutações históricas porque vale o que está prescrito na súmula, assim, sua autonomia objetivamente abstrata”⁸⁴.

Como característica básica, as súmulas vinculantes são enunciados abstratos, “imutáveis”⁸⁵, autônomos e em contrapartida, os precedentes são decisões casuísticas, extremamente mutáveis, que servem como base para outras decisões- sejam elas em consonância com o precedente analisado; seja em dissonância. Portanto, a atividade legislativa do STF e do STJ recai sobre suas súmulas e não sobre seus precedentes: destaco que, enquanto Cortes de precedentes jurisprudenciais, tais Tribunais atuam como função típica de órgão jurisdicional; quando atuam por meio de súmulas (e aqui faço uma observação quanto às vinculantes, típicas e exclusivas do Pretório Excelso), agem como Cortes legisladoras.

Pelo contrário, torna-se muito perigoso confundir precedentes com súmulas, já que os primeiros podem ou não serem entendimentos predominantes nas turmas ou câmaras dos Tribunais; já o segundo, é um posicionamento já incontroverso, consolidado na jurisprudência e utilizar os princípios como única forma de embasar uma mudança de precedente- por exemplo- causa uma tremenda insegurança jurídica aos jurisdicionados e favorece o poder de escolha do magistrado.

⁸⁴ Idem, p. 77/78.

9 CONCLUSÃO

Diante tudo que foi exposto no decurso desta lauda, um dos objetivos deste trabalho foi mostrar a evolução histórica dos princípios e dar de forma detalhada, o entendimento dos principais autores que tratam com maestria sobre este tema.

Na evolução histórica, foi comprovado que desde as Sagradas Escrituras já haviam os princípios como forma de apontamento de uma conduta ideal.

Durante o período greco-romano, concluímos que os princípios já existiam também e aqui diferentemente, havia o reconhecimento da normatividade destes vetores; já que desde a obra de Sófocles, desde análise do principal princípio contratual do “pacta sunt servanda” e os outros “pactas” que regiam o direito romano- notamos que há, na essência destes, um mandamento abstrato, genérico e que impõe obrigações às partes.

Logo, aqui reside nossa discordância com a teoria do “neoconstitucionalismo”. Concordamos plenamente com esta teoria no que se refere à importância dos princípios após a Constituição de 88: de fato, a Carta Cidadã trouxe uma infinidade de princípios e deu ao juiz a obrigação de tutelá-los; no entanto, mostramos que em nível global, a Constituição americana de 1777, a Carta do Bom Povo da Virgínia; principalmente a Lei Fundamental de Weimar já traziam princípios expressamente e sua normatividade também. Logo, a Constituição Federal de 88 é baseada nestes precedentes.

Além dos conceitos teóricos de vários autores, mostramos também o outro lado dos princípios: a interpretação errada e desenfreada deste leva o julgador a efetivar o poder de escolha; que deve ser abominado. Ao analisar as teorias da Constituição, percebemos que a doutrina- sobretudo Konrad Hesse e Gomes Canotilho - defendem a necessidade de um sistema jurídico misto, composto de regras e princípios.

Um sistema somente de regras seria um ordenamento extremamente positivista; um sistema somente de princípios seria extremamente abstrato, tirando a

força normativa da Constituição. Logo, interpretar os princípios e aplica-los de maneira reflexiva, responsável, é tarefa fundamental para o juiz: por serem abstratos, os princípios podem justificar qualquer linha de pensamento e a teoria crítica estabelecida neste trabalho reside no fato de que os vetores de otimização estão sendo usados na jurisprudência como fundamentos para decisões políticas e não jurídicas e isto é muito perigoso, uma vez que a decisão conforme a consciência do magistrado é deixada de lado, sendo colocado o poder discricionário- a escolha.

Por fim, concluímos que a utilização dos princípios está intimamente ligada ao papel que os Tribunais Superiores - STF e STJ - estão desempenhando: hoje, tais Cortes (sobretudo por meio das súmulas e precedentes, que na maioria dos casos estão fundamentados em princípios) não estão sendo mais Tribunais jurisdicionais; pelo contrário, estão se tornando “casas” legislativas, uma vez que estão comprometidos com a função de dizer a interpretação do direito constitucional e federal infraconstitucional.

Logo, mostramos que como requisito de admissibilidade de um recurso nestes Tribunais, não basta que haja o inconformismo e o possível equívoco do magistrado de grau inferior; é necessário a parte mostrar ao Supremo e ao STJ que a admissibilidade deste recurso dará um novo sentido à matéria questionada; trará uma nova polêmica consistente para ser discutida; caso contrário acontecerá o que ocorre na imensa maioria dos casos: a utilização de regras regimentais, princípios jurídicos para o não conhecimento do recurso e o conseqüentemente, o distanciamento cada vez maior do Poder Judiciário e os jurisdicionados.

BIBLIOGRAFIA

ALEMANHA, **Lei Federal da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. 2009, São Paulo. WMF MARTINS FONTES

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Convenção Americana dos Direitos Humanos**, 1969, República da Costa Rica.

_____. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Maria da Penha (12.051). 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência**. 2009, Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 17.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2013, São Paulo. Editora Malheiros.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2006, Rio de Janeiro. 2ª ed. RENOVAR.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito, compiladas por Nello Morra**. Tradução e notas Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. 2006, São Paulo. ÍCONE.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 1973, Brasília.

_____. **Constituição Federal**. 1998, Brasília.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRG em REsp nº 382.736 – SC. 2004, Brasília. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/voto-banana-boat-humberto-gomes-barros.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

_____, **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 87.585-TO. 2008, Brasília. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/376_HC%202087585%20Voto%20Ministro%20Celso%20de%20Mello.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2014.

_____, **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 71.363/94-MG. 1994, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.S>

CLA.+E+71363.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+71363.ACMS.%29&base=b
aseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ovd3xsh. Acesso em 10 de outubro de 2014.

_____, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 466.343. 2009,
Brasília. Disponível em:
http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444. Acesso
em 10 de outubro de 2014.

_____, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 633.703-MG. 2011,
Brasília. Disponível em:
http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.S
CLA.+E+633703.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+633703.ACMS.%29&base
=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cyh3hbe. Acesso em 10 de outubro de 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578.
2012, Brasília. Disponível em
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_
4578.pdf. Acesso em 08 de out. 2014

_____, **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação nº 4335-AC. 2006, Brasília.
Disponível em:
http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24.S
CLA.+E+4335.NUME.%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/c4z34zg.
Acesso em 10 de outubro de 2014.

BULOS, Uadi Lammego. **Mutação Constitucional**. 1997, São Paulo. SARAIVA.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da
Constituição**. 2002, Portugal. 6ª ed. ALMEDINA.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução de Hiltomar Martins de
Oliveira. 2007, Belo Horizonte. LÍDER.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**.
1999, São Paulo. SARAIVA. Disponível em
http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/068.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2014.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-
americana**. Tradução de Marcelo Brandão 2006, São Paulo. 1ª ed. MARTINS
FONTES.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2000, São
Paulo, 1ª ed, 2ª tiragem. MARTINS FONTES

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito
Civil**. 2011, São Paulo. SARAIVA.

GOMES, Luiz Flávio. **Controle de Convencionalidade: STF Revolucionou Nossa
Pirâmide Jurídica**. 2009. Disponível em

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242742038174218181901.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 1997, Porto Alegre. SÉRGIO FABRIS.

HABERMAS, Jürgen. **Bestialidade e humanidade: uma guerra na fronteira entre o direito e a moral.** 1999, Die Zeit 54.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Mendes. 1991, Porto Alegre. SERGIO ANTONIO FABRIS.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 1994, São Paulo. 7ª ed. RT.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema.** 2014, São Paulo. 2ª ed. RT.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de Processo Civil, v.2.** 2014, São Paulo. 12ª ed. RT.

POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica.** Tradução de Marcelo Brandão. 2012, São Paulo. 1ª ed. WMF MARTINS FONTES.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a JJ Gomes Canotilho.** 2009, São Paulo. RT.

SILVA, Virgílio Afonso (organizador). **Interpretação Constitucional.** 2010, São Paulo. 1ª ed. MALHEIROS.

_____. **Mitos e equívocos acerca de uma distinção.** 2003, Fortaleza. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 1.

SÓFOCLES. Édipo rei. **Antígona.** 2008, São Paulo. Coleção a obra-prima de cada autor; v. 99: MARTIN CLARET.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?.** 2014, Porto Alegre. 2ª ed. LIVRARIA DO ADVOGADO.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?.** 2010, Porto Alegre. 3ª ed. LIVRARIA DO ADVOGADO.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** Tradução de Marina Gascón. 1995, Torino. EDITORIAL TROTTA.