

A HIERARQUIA NO BRASIL ENTRE LEI COMPLEMENTAR E ORDINÁRIA E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Wilton Boigues Corbalan **TEBAR**¹
Sérgio Tibiriçá do **AMARAL**²

RESUMO: o trabalho, inicialmente, procura traçar linhas gerais acerca dos posicionamentos existentes na doutrina a respeito da existência ou não de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, analisando institutos como quorum de aprovação e a permissão da Constituição do Brasil da regulação de determinadas matérias somente por lei complementar. Em um segundo momento, procura-se demonstrar a superação desta discussão e, principalmente dos dois requisitos analisados, utilizando, agora, a hierarquia das espécies normativas em questão, por meio do neoconstitucionalismo. São levados em conta como requisitos de legitimação teórica o Princípio da Proibição do Retrocesso Social e do Progresso Moral de Humanidade no que tange aos direitos fundamentais no Brasil.

Palavras-chave: Hierarquia Normativa. Lei Ordinária. Lei Complementar. Neoconstitucionalismo. Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Princípio do Progresso Moral da Humanidade. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

A questão da hierarquia normativa entre Lei Complementar e Lei Ordinária mostra-se, hodiernamente, deveras pacificada entre os doutrinadores brasileiros, no sentido de afirmar que a Lei Complementar é hierarquicamente

¹ Advogado. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo Presidente Prudente. Foi 1º (primeiro) colocado no concurso de estagiários da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional de Presidente Prudente no ano de 2009. Recebeu menção honrosa à publicação do artigo intitulado como: **"BRASIL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS: ALUSÃO ÀS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL E DE DIREITO INTERNO"** no Encontro Toledo de Iniciação Científica de Presidente Prudente no ano de 2011.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente da Associação Educacional Toledo, Professor titular da cadeira de Teoria Geral do Estado da FDDPP e da disciplina de Direito Internacional Público, especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Mestre e Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela Faculdade de Direito de Bauru-ITE. Membro do Grupo de Pesquisa do Programa de Doutorado da ITE, liderado pelo Dr. Vidal Serrano Nunes Júnior, para estudos em direito de informação e liberdade de expressão. E-mail: sergio@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

superior à Lei Ordinária. No entanto, é uma discussão importante sobre o tema no Brasil.

Para sustentar tal superioridade hierárquica, os doutrinadores utilizam dois critérios: a) um critério formal, correspondente ao quórum de aprovação das duas espécies normativas no processo legislativo pátrio e; b) um critério material, correspondente à matéria reservada a cada espécie normativa no texto constitucional. Foi isso que se abordou no segundo capítulo, demonstrando que os dois são insuficientes.

Cumpra salientar, no entanto, que, hodiernamente, o critério material é residual, como ficou demonstrado na análise feita entre as duas espécies normativas.

Demonstrou-se que o critério formal é a principal fonte de legitimação teórica desta distinção hierárquica. Assim o é, vez que não é na criação destas espécies normativas que podemos avaliar a vantagem da escolha deste critério como legitimação de uma distinção hierárquica.

No entanto, quando estivermos diante de um conflito normativo, os princípios de solução de conflito aparente de normas devem nortear a análise do hermeneuta, surgindo como um dos principais, o Princípio de que a Lei hierarquicamente superior (Lei Complementar) revoga a lei hierarquicamente inferior (Lei Ordinária). O cerne deste princípio, portanto, está pautado no critério formal de hierarquia entre as espécies normativas, restando prejudicado o critério material.

O que se propõe, através do presente trabalho, é romper com este paradigma firmado pela doutrina que estabeleceu o critério formal como definidor da hierarquia normativa, provando teoricamente, que o critério material é aquele que, frente ao caso concreto, vai nos dar a melhor solução na busca por Justiça.

Neste contexto, o primeiro capítulo prestou-se a delinear o conceito das duas teorias legitimadoras da aplicação de critérios utilizados no que tange ao conflito entre as espécies normativas abordadas no presente trabalho. Foram então conceituados o modelo do constitucionalismo clássico e o modelo do neoconstitucionalismo com a finalidade de fornecer subsídios mínimos para que, no decorrer do trabalho, ficasse demonstrada a supremacia deste em relação aquele na solução de conflitos normativos entre lei complementar e lei ordinária.

No terceiro capítulo do trabalho, portanto, buscou-se demonstrar que o critério material é aquele capaz de determinar precisamente qual norma deve prevalecer em relação à outra. Restando ao uso do critério formal apenas a

residualmente, quando o critério material for insuficiente para determinar a solução diante do caso.

A construção da legitimidade teórica do critério material, apresentou nos estudos dois pilares fundamentais: a) análise do Princípio da Proibição do Retrocesso Social e; b) análise do Princípio do Progresso Moral da Humanidade, quanto aos direitos fundamentais.

Foram utilizados no presente trabalho os métodos histórico, comparativo e hipotético dialético. O método histórico foi utilizado na abordagem da teoria de Norberto Bobbio concernente ao Progresso Moral da Humanidade. Posteriormente, usou-se o método comparativo no que tange ao confronto do constitucionalismo clássico e o neoconstitucionalismo. Finalmente foi utilizado o método hipotético dialético na tentativa de integração da Teoria do Neoconstitucionalismo com a doutrina do Progresso Moral da Humanidade desenvolvida por Norberto Bobbio e a doutrina do Princípio da Proibição do Retrocesso Social desenvolvida por Mário de Conto.

2 A DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE O CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Com a finalidade de fornecer elementos suficientes para a legitimação teórica do presente trabalho, cumpre, nesta primeira aproximação, delimitar a exata compreensão da teoria do Constitucionalismo Clássico e do Neoconstitucionalismo.

Esta delimitação é necessária, uma vez que, como será demonstrado, na solução do conflito entre espécies normativas existem soluções dispares na adoção de um dos mencionados institutos, mormente quando estamos diante de conflitos normativos que tratam de direitos fundamentais.

Sendo assim, a adoção de um dos institutos de interpretação constitucional será determinante para a concretização ou não dos direitos fundamentais.

O Constitucionalismo clássico, em termos gerais, é pautado na atuação negativa do Estado, no que tange aos direitos fundamentais, ou seja, o Estado tem o dever constitucional de não interferir nos direitos fundamentais dos cidadãos. Em

outras palavras, o Estado tem o dever constitucional de não violar os direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Note os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 51):

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do Século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mas especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”

Neste diapasão, podemos afirmar que na teoria do Constitucionalismo Clássico, o Estado, considerava todos igualmente perante a lei, independentemente de suas reais desigualdades, no sentido de que, quanto menor fosse a intervenção do Estado na vida social, maior seria o respeito ao cumprimento do texto constitucional, no que diz respeito à observância dos direitos fundamentais (direito de liberdade).

Já o Neoconstitucionalismo vai um pouco além desta teoria clássica de legitimação constitucional. A partir da teoria neoconstitucional, o Estado, deveria assumir uma postura intervencionista, no que pertine à realização de direitos fundamentais. Sendo assim, o Estado assume uma feição positiva frente aos direitos positivados constitucionalmente, mais precisamente no que tange à concretização destes direitos fundamentais.

Note as palavras de Eduardo Cambi (2009, p. 87): “As Constituições atuais não apenas constituem limites para o legislador, mas também preveem um programa positivo de valores que devem ser por eles concretizados”.

Delimitados os institutos de legitimação constitucional, é possível, doravante, analisar as implicações práticas e teóricas na aplicação destes institutos na solução dos conflitos entre espécies normativas, demonstrando a superação dos critérios adotados pelo constitucionalismo clássico, frente ao neoconstitucionalismo, concernente a concretização dos direitos fundamentais.

3 A HERARQUIA NORMATIVA NO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO

Neste segundo momento, é importante analisar os critérios adotados pela doutrina do constitucionalismo clássico para definir se há hierarquia normativa entre Lei Complementar e Lei Ordinária no ordenamento brasileiro.

Os critérios analisados são: a) o critério formal que diz respeito ao quorum de aprovação de determinada espécie normativa e; b) o critério material que diz respeito à matéria.

Essa análise de critérios é fundamental para compreensão dos fundamentos adotados pela doutrina clássica para, então, posteriormente, demonstrarmos sua insuficiência nos dias atuais, criando um novo sistema com base no chamado o neoconstitucionalismo.

3.1 O Critério Formal de hierarquia normativa no Constitucionalismo Clássico

O critério formal consiste em atribuir hierarquia normativa conforme o quorum de aprovação durante o processo legislativo brasileiro. Em outras palavras, o critério formal é que nos dirá se determinada espécie normativa é Lei Complementar, Lei Ordinária ou até mesmo Emenda Constitucional.

Sendo assim, o quorum de votação define a espécie normativa primária conforme no ensina Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano: “assim, em rigor, o processo legislativo sofre variações segundo a espécie normativa que se pretenda introduzir no sistema” (2010, p. 388).

O texto constitucional do Brasil deu tratamento diferenciado às espécies normativas que tenham quorum de aprovação diferenciado. Salvo a Lei Complementar, que possui matérias específicas previstas na Carta Constitucional de 1988, as demais espécies normativas, ganham seu “status” normativo por meio do critério formal. A Lei Complementar só recebe esta nomenclatura, depois de duas votações de maioria absoluta, uma na Câmara e outra no Senado.

Discorrendo sobre o formalismo jurídico como característica marcante do Constitucionalismo Clássico, Eduardo Cambi salienta com propriedade (2009, p. 82):

Pelo formalismo jurídico, a validade da norma decorre do procedimento anterior à sua elaboração e independe de seu conteúdo. Está assentado no método dedutivo e na crença de que ele é capaz de oferecer soluções determinadas para problemas variáveis

A afirmação de que existe hierarquia formal entre as espécies se torna claro, quando de um conflito entre tais espécies normativas, pois a solução será dada pelo Princípio Geral do Direito de que a Lei Hierarquicamente Superior revoga a Lei Hierarquicamente Inferior.

Note os ensinamentos de Miguel Reale (1962, p. 110):

As Leis Complementares são um *tertium genus* de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda da vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente

No constitucionalismo clássico, nenhuma lei ordinária tem o condão de revogar uma lei complementar, uma vez sedimentada a idéia de hierarquia formal. A hierarquia entre elas reside no fato da lei complementar exigir maioria absoluta nas votações legislativas e a lei ordinária exigir maioria simples para suas aprovações.

3.2 O Critério Material

O critério material consiste na afirmação de que o Legislador Originário quis conferir maior proteção a determinados conteúdos que julgou de maior importância, exigindo um quorum de aprovação mais difícil.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes (2007, p. 642):

São duas as diferenças entre lei complementar e lei ordinária. A primeira é material, uma vez que somente poderá ser objeto de lei complementar a matéria taxativamente prevista na Constituição Federal, enquanto todas as demais matérias deverão ser objeto de lei ordinária

Portanto, uma Lei Ordinária que disciplina matéria afeta ao campo normativo da Lei Complementar, poderá ser livremente revogada por esta, uma vez que, teoricamente, seria o instrumento idôneo e legal para tanto.

Outro entendimento doutrinário é que uma Lei Ordinária sempre será revogada por Lei Complementar, pelo critério formal, se admitir-se que as matérias concernentes à Lei Ordinária não podem ter aprovação de Lei Complementar, que tem conteúdos específicos ditos pela Constituição.

Conferindo ao critério formal a missão de dirimir o conflito normativo, não se pode utilizar o constitucionalismo clássico, num primeiro momento, na aplicação do artigo 60, §4º combinado com o artigo 5º, §2º, ambos da Constituição do Brasil.

Na teoria clássica, o critério material somente será utilizado quando o critério formal não for suficiente para a solução do conflito normativo. Isso implica em proteger mais a forma de ingresso da espécie normativa no ordenamento do que o seu conteúdo.

Por esse constitucionalismo clássico, o núcleo imodificável da Constituição, os direitos fundamentais estão indefesos quando analisados sob o ponto de vista do critério formal, quando se admite haver hierarquia entre as espécies normativas, uma vez que o critério material só será analisado se o critério formal não for capaz de solucionar o conflito entre as espécies normativas.

O critério material, em última análise, só será utilizado quando houver mesma hierarquia entre as espécies normativas, e mais, quando esgotados todas as demais vias de solução de conflitos, como o Princípio da Lei Especial revoga da Lei Geral ou a Lei mais nova revoga da Lei mais antiga que com ela seja incompatível.

Todos os princípios mencionados para a solução de conflitos entre espécies normativas regidos pelo critério formal, especial e temporal, respectivamente, devem ser aplicados quando o critério material não for capaz de solucionar o conflito normativo posto em destaque.

Posto isto, defende-se que o critério material é o único meio idôneo para a solução do conflito normativo, na era do neoconstitucionalismo, uma vez que respeita o texto constitucional brasileiro em sua essência, ou seja, os direitos constitucionais que devem ser tutelados pelo Estado.

4 NEOCONSTITUCIONALISMO: LEGITIMAÇÃO DO CRITÉRIO MATERIAL

O neoconstitucionalismo preocupa-se com a tutela efetiva dos direitos fundamentais e sociais previstos no texto constitucional, ou seja, preocupa-se com a tutela substancial dos comandos constitucionais.

São as brilhantes palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 46):

Ao se dizer que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais

A Constituição brasileira não ostenta mais a característica de mera diretriz da sociedade no que tange aos seus direitos. Hodiernamente, a Constituição dita como dirigente, obriga que os “poderes” ou funções: Executivo, Legislativo e Judiciário zelem pela efetividade dos direitos humanos nela contidos, sob pena de se romper com a dignidade da pessoa humana.

Com propriedade assevera José Joaquim Gomes Canotilho (1994, p. 365):

A força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos

Se o enfoque do neoconstitucionalismo passa a ser a concretização dos direitos humanos constitucionais, mais precisamente os direitos fundamentais e os direitos sociais, nos parece claro que o paradigma para a solução de conflitos normativos deixa de ser a utilização do critério formal. É necessário a adoção do critério material como meio de garantir a dignidade do ser humano.

Para a legitimação teórica deste novo paradigma, fundado na adoção do critério material para a solução de conflitos normativos, analisaremos, ainda que brevemente, dois pilares de sustentação, quais sejam: a) o Princípio da Proibição do Retrocesso Social desenvolvido por Mário de Conto na obra O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e; b) Princípio do Progresso Moral da Humanidade desenvolvido por Norberto Bobbio na obra A Era dos Direitos.

4.1 O Princípio do Progresso Moral da Humanidade

É necessário discorrer sobre o Princípio do Progresso Moral da Humanidade, idealizado e defendido pelo italiano Norberto Bobbio, que se faz presente na “Lei Maior” brasileira. Referido princípio atua proibindo o retrocesso nas conquistas humanísticas.

Conforme nos ensina Bobbio (2004, p. 45):

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados

A análise do referido princípio tem a função de legitimar o arcabouço teórico que será despendido, no sentido de legitimar a adoção do critério material na solução de conflitos normativos, quando analisados sob o ponto de vista do neoconstitucionalismo, conferindo normatividade ao texto constitucional no que tange aos direitos fundamentais e sociais bem como ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

As proposições filosóficas trazidas pelo eminente autor servirão de suporte para a defesa do Princípio da Proibição do Retrocesso Social como meio idôneo à observância do Progresso Moral da Humanidade.

Em outras palavras, o Progresso Moral da Humanidade somente se manifestará, ainda que de forma tímida, através do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, impedindo que sejam tolhidos dos cidadãos os direitos já conquistados no Estado Democrático de Direito, adotando o critério material como forma de concretização destes direitos, seja exigindo do Estado uma ação positiva ou negativa em relação a eles.

De início cumpre salientar que a comunidade internacional está marcada por uma história de direitos fundamentais, tendo como primeira manifestação a Magna Carta Libertatum, de 1215, do Rei João Sem-Terra. Bobbio acreditava que os direitos são frutos de uma evolução histórica, o que fica patente com as várias versões do documento assinado pelos monarcas britânicos.

Ainda pode-se citar entre os vários “bills” da Inglaterra, o Bill of Rights, de 1688, como documento de grande relevância internacional na busca pelos Direitos do Homem. Os convântes e os contratos de colonização nas 13 colônias inglesas também serão antecedentes importantes.

Na esteira dos ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 20):

"Muitos observam – e com razão – não ser ela a primeira das declarações de direitos, historicamente falando. De fato, não foi a que mais cedo veio à luz: foi a Declaração dos Direitos editada pela Virgínia em 12 de junho de 1776, antes mesmo da independência das treze colônias inglesas da América do Norte [...]"

Bobbio em sua aclamada obra Era dos Direitos afirma que as Constituições modernas são estruturadas normativamente na busca da proteção dos direitos do homem. Sendo assim, os direitos do homem e a democracia formam os critérios de análise do progresso moral da humanidade.

Nas palavras de Norberto Bobbio (2004, p.100):

Definindo o entusiasmo (se referindo a Kant) como a participação no bem com paixão, explicava logo após que o verdadeiro entusiasmo se refere só e sempre ao que é ideal, ao que é puramente moral, e que a causa moral desse entusiasmo era o direito que o tem um povo de não ser impedido por outras forças de dar a si mesmo uma Constituição civil que ele crê boa

A problemática do reconhecimento dos direitos do homem, num primeiro momento, exige do autor profundas reflexões sobre o tema, constatando que, somente após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais da pessoa humana passaram a abranger todos os povos.

No entanto, é na Revolução Francesa que referido autor, enxerga o início do chamado progresso moral da humanidade, isto é, direitos fundamentais que foram reconhecidos, ainda que de maneira tímida, mas com características internacionais e permanentes.

Superada a análise do reconhecimento dos direitos fundamentais do Homem, Bobbio volta-se agora, para a problemática da concretização do progresso moral, ou seja, da materialização dos direitos fundamentais.

Assim o é, vez que no estágio atual da sociedade, é evidente os avanços tecnológicos e científicos obtidos de maneira satisfatória, exigindo em contrapartida uma ação estatal para regular os direitos dos cidadãos.

Com inspiração em Kant, diz Bobbio (2000a, p. 669):

[] entendo no sentido kantiano do “contínuo progresso em direção ao melhor”, onde o “melhor” deve ser interpretado não em sentido moral, mas em sentido puramente cognitivo, ou seja, de um melhor conhecimento do mundo e do nosso estar no mundo, ou mesmo como criação de instrumentos cada vez mais eficazes para atingir os objetivos desejados e prefixados: maior velocidade nos transportes, maior amplitude e maior difusão das comunicações, maior segurança e eficácia nos cuidados com a saúde, ou, ao contrário, maior capacidade destrutiva na esfera do agir político em cuja base está a relação amigo inimigo, e portanto a necessidade de ofender e se defender

A idéia de Bobbio no tocante ao Progresso Moral da Humanidade nos denota dois aspectos relevantes: a) a busca incessante do progresso no que tange aos Direitos do Homem e; b) a proibição do Estado em mitigá-los ou de alguma forma atenuá-los.

Note-se, portanto, que é nesta última faceta do pensamento de Bobbio, reside o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, entendido como uma teoria mais qualificada de um dos pilares da grande teoria do Progresso Moral da Humanidade.

Sendo assim, discorre-se sobre o Princípio da Proibição do Retrocesso Social no tocante à concepção do neoconstitucionalismo, pautado na defesa do critério material como meio de concretização dos direitos humanos frente aos conflitos entre as espécies normativas.

4.2 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social

O Princípio da Proibição do Retrocesso Social tem como seu grande teórico o filósofo Mário de Conto tendo desenvolvido o tema na obra O Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Preocupado com as implicações do constitucionalismo clássico na interpretação da Constituição, Conto desenvolveu importante estudo da nova concepção de Constituição no Estado Moderno, produzindo bases teóricas utilizadas neste trabalho, que tem a finalidade de

demonstrar a superação do critério formal na solução de conflitos normativos. Fica claro, que o bom hermeneuta deve utilizar-se do critério material, atentando-se, portanto, ao conteúdo veiculados pelas espécies normativas e não pela forma que se introduzem no ordenamento jurídico do Brasil.

O constitucionalismo clássico afirmava a existência de direitos fundamentais e direitos sociais, todavia, não possuía uma teoria legitimadora destes direitos no que tange a sua efetivação concreta.

Neste sentido preleciona Mário de Conto (2008, p. 53):

Do ponto de vista do reconhecimento e da proteção dos Direitos Fundamentais, houve significativo desenvolvimento a partir das teorizações do Estado Social. se, por um lado, havia a preocupação de tornar efetivos os Direitos Fundamentais de primeira dimensão, conquistados no paradigma do Estado Liberal, por outro lado, visando suprir as deficiências do modelo anterior, o Estado Social buscou proporcionar, através de medidas interventivas, políticas de alcance social

Preleciona o artigo 3º da Constituição Federal que constitui dever do Estado “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Ainda podemos mencionar o disposto no artigo 1º da Carta Magna onde afirma que o Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana”.

Ao afirmar que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, a Constituição traz um novo patamar e concepção de Estado, bem como a uma nova forma de interpretação de seu texto.

Com propriedade afirma Lenio Luiz Streck (2004, p. 56-57):

Há uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como afiançados da qualidade de vida do indivíduo. Todavia, algumas situações históricas produziram um novo conceito. O Estado Democrático de Direito emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro o Welfare State. Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como que a sua qualificação pela questão da igualdade. Assim, o conteúdo deste se aprimora e se complexifica, posto que impõe a ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do status quo

Neste contexto, frente às desigualdades sociais existentes no Brasil, bem como inúmeras promessas modernizantes não efetivadas, tem-se a preocupação de conferir um tratamento substancial aos Direitos Fundamentais.

Continua o festejado autor Mário de Conto (2008, p.68):

A atribuição de sentido ao Estado Democrático de Direito no Brasil perpassa, nesse sentido, pelo histórico de ineficiência dos poderes estatais em realizar os Direitos Fundamentais. Nesse sentido, as disposições constitucionais, devem indicar um vir-a-ser, um compromisso do Estado. Disso se demonstra o primeiro aspecto de uma Teoria da Constituição adequada ao modelo brasileiro. Uma Teoria da Constituição Compromissária, Dirigente, e Vinculante dos poderes estatais

Para que os direitos fundamentais previstos na Carta Magna de 1988 sejam materializáveis, isto é, sejam efetivamente praticados pelo Estado, é de suma importância a quebra de paradigma do constitucionalismo clássico.

Na lição do eminente jurista Joaquim José Gomes Canotilho (2003, p. 339):

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra revolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo

Assim o é, vez que o critério que tem o condão de conferir concretude ao sistema jurídico é justamente o critério material. É por meio da análise do critério material que se determinará, verdadeiramente, a proteção aos direitos fundamentais e sociais que assistem aos cidadãos brasileiros.

Conforme preleciona Mário de Conto (2008, p.57):

(..) a crise do paradigma liberal-individualista, relacionado com uma hermenêutica de bloqueio que traz como consequência a diminuição de eficácia dos dispositivos constitucionais. Em face de não estar presente no Estado Liberal a modificação do status quo, mas, somente a manutenção de condições favoráveis ao desenvolvimento da economia, tal paradigma demonstra-se inadequado às finalidades do Estado Democrático de Direito, de índole intervencionista. Um dos graves problemas gerados por tal concepção é que se deixa à Constituição e aos princípios a ela inerentes a tarefa de suprir lacunas, ou seja, uma posição de (mera) acessoriedade no ordenamento jurídico. Todavia, como no Estado Democrático de Direito a Constituição é o *locus* privilegiado da interpretação e seu modo-de-ser vincula o Estado, a dogmática jurídica acaba por inverter a ordem de interpretação, velando o sentido da Constituição

Diante do exposto, pode-se afirmar, sem medo de errar, que a Constituição Federal tem força normativa vinculante a todos os Poderes Estatais, no que tange aos direitos fundamentais e sociais, e não se pode, sob pena de retroceder socialmente (inconstitucionalidade), abolir ou impor qualquer tipo de restrição a um direito já conquistado pelos cidadãos.

4.2.1 O conflito entre espécies normativas distintas e as diferentes soluções

Apresenta-se a seguinte indagação hipotética para análise: é criada uma Lei Ordinária que veicula direitos fundamentais, todavia, consiste em matéria reservada à Lei Complementar. Posteriormente, percebendo o equívoco, o legislador ordinário cria uma Lei Complementar disciplinando a mesma matéria, porém, com ressalvas aos direitos fundamentais que eram tratados pela Lei Ordinária.

Deste enunciado pode-se extrair diferentes conseqüências se analisarmos a questão sob o aspecto dogmático da hermenêutica neoconstitucionalista e do modelo clássico.

Primeiramente, analisando a questão sob o aspecto do constitucionalismo clássico, podemos visualizar:

1ª conseqüência: inconstitucionalidade da Lei Ordinária, vez que tratou de matéria reservada à Lei Complementar. Note-se que, por mais esdrúxulo que possa parecer, a inconstitucionalidade não se dá pelo critério material, ou seja, se os direitos veiculados ali são ou não constitucionais, mas sim, há declaração de inconstitucionalidade em razão do critério formal, porque para aquela determinada matéria é necessário uma espécie normativo de quorum diferenciado de aprovação para sua constitucionalidade (Lei Complementar – maioria absoluta).

2ª conseqüência: ainda que não houvesse pedido de inconstitucionalidade da Lei Ordinária, pela adoção do critério formal (Princípio da Lei Hierarquicamente Superior revoga a Lei Hierarquicamente Inferior), haveria um **impedimento à análise dos direitos materiais** nela constantes, **impedindo a incidência** da regra prevista no artigo 5º, §2º combinado com o artigo 60, §4º, ambos da Constituição Federal.

Sendo assim, restando prejudicada a análise do conflito normativo pelo critério material, pode o Legislador, num segundo momento (criação da Lei Complementar com ressalvas), prejudicar os direitos fundamentais conquistados quando da criação da Lei Ordinária, ferindo de morte o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Analisando a questão sob o enfoque neoconstitucionalista (adoção do critério material), extraímos as seguintes conseqüências:

1ª conseqüência: o que realmente importa, em sede de direitos fundamentais, é a concretização destes direitos, sendo irrelevante para tanto a técnica ou a forma pela qual, tais direitos são veiculados pelo Poder Legislativo.

Sendo assim, analisando a questão pelo critério material, constatando que a matéria é afeta aos direitos fundamentais e está de acordo com a Constituição Federal, a Lei Ordinária deveria prevalecer em relação à Lei Complementar.

E mais, tendo sido analisado o critério material no conflito normativo, esta análise implica em dizer que os direitos fundamentais ali veiculados têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, conforme artigo 5º, §2º, bem como são garantidos, desde já, sob o manto de núcleo imodificável da Constituição Federal, conforme artigo 60, §4º da Carta Magna de 1988.

A importância da adoção do critério material no conflito das espécies normativas é evidente, no sentido de possibilitar que os direitos fundamentais ali conquistados não sejam modificados, ainda que por espécie normativa superior do ponto de vista do critério formal, restando, prejudicado, neste caso, o Princípio da Lei Hierarquicamente Superior revoga da Lei Hierarquicamente Inferior.

2ª conseqüência: ao admitir a constitucionalidade da Lei Ordinária com fulcro no critério material, a Lei Complementar superveniente que tenta abolir ou restringir direitos fundamentais pode ser declarada inconstitucional, ainda que pelo critério formal seja hierarquicamente superior, por ferir o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, bem como a proibição constante no artigo 60, §4º da Constituição Federal de 1988.

4.2.2 As diferentes soluções

Apresenta-se seguinte indagação hipotética para análise teórica: é criada uma Lei Complementar que veicula direitos fundamentais. Posteriormente, o

Legislador cria outra Lei Complementar disciplinando a mesma matéria, porém, com ressalvas aos direitos fundamentais que eram tratados pela Lei Complementar inicial.

Deste enunciado podemos extrair diferentes conseqüências se analisarmos a questão sob o aspecto dogmático do constitucionalismo clássico ou sob o aspecto da hermenêutica neoconstitucionalista.

Primeiramente, analisando a questão sob o aspecto do constitucionalismo clássico, pode-se visualizar:

1ª conseqüência: adotando-se o critério formal, num primeiro momento, não se chegaria a uma solução imediata de qual Lei deve prevalecer em relação à outra, uma vez que são hierarquicamente equivalentes. Desta situação, se retira o fato de que o hermenêuta necessita de outro critério para a solução do caso concreto, qual seja, o critério material.

2ª conseqüência: levando em consideração que no constitucionalismo clássico a Constituição não é vista como modelos de transformação da realidade através da concretização dos direitos fundamentais, poder-se-ia admitir a relativização de direitos que, neste tipo de concepção não são fundamentais. O que haveria aqui seria a simples manutenção dos direitos antigos às pessoas que estavam sob a égide da lei antiga, sob o **instituto jurídico do direito adquirido**.

Note-se, no entanto, que este instituto é deveras restritivo, vez que o restante da população não estaria sob seu manto, importando em redução dos direitos já conquistados.

Analisando a questão sob o enfoque neoconstitucionalista (adoção do critério material), extraímos as seguintes conseqüências:

1ª conseqüência: analisando a questão, **prima facie**, através do critério material, já teríamos logo de cara a solução. Partindo da premissa de que no constitucionalismo moderno os direitos previstos na Constituição não são meras diretrizes, e sim concretizáveis e dotados de eficácia normativa, a Lei Complementar primitiva deverá prevalecer em relação à Lei Complementar posterior.

Assim o é, vez que ao conferir eficácia normativa ao texto constitucional, não é preciso muito esforço para considerar um direito previsto constitucionalmente como fundamental, ainda mais em sede de direitos sociais, que visam a dirimir a desigualdade na sociedade brasileira.

Sendo assim, a primitiva Lei Complementar está amparada pela Segurança Jurídica, possuindo a característica de núcleo imodificável da Constituição, por veicular genuínos direitos fundamentais.

Note-se que, a diferença é clarividente em relação ao constitucionalismo clássico. Lá, invoca-se o instituto do direito adquirido para manter a situação consolidada no tempo aos cidadãos alcançados pela vigência e eficácia de determinada lei, desprotegendo os demais no que tange a alteração legislativa. Aqui, invoca-se o princípio da Segurança Jurídica, da Imodificabilidade das Cláusulas Pétreas, bem como do Princípio da Proibição do Retrocesso Social que da guarida, para o futuro, a todos os cidadãos de que, seus direitos fundamentais, uma vez conquistados não sofrerão retrocessos.

Cumprе salientar, conforme demonstrado através das situações postas em análise que, somente através do critério material é possível alcançar a verdadeira concepção da Constituição Brasileira, traduzida pelo neoconstitucionalismo no Estado Democrático de Direito, estruturado através do Princípio do Progresso Moral da Humanidade e da Proibição do Retrocesso Social.

5 CONCLUSÃO

[1] Na concepção do constitucionalismo clássico é possível afirmar que existe hierarquia normativa em razão da análise do critério formal de solução de conflitos normativos. A Lei Complementar, portanto, é hierarquicamente superior à Lei Ordinária por exigir quorum de aprovação qualificado para sua criação e por isso deve prevalecer aquela em detrimento desta.

[2] Ainda na concepção do constitucionalismo clássico, no conflito de espécies normativas de hierarquias distintas, a adoção do critério formal privilegia a espécie normativa que teve sua criação fruto de um quorum qualificado de aprovação, impedindo a questão de ser analisada pelo critério material de solução de conflitos das espécies normativas em questão.

[3] O impedimento da utilização do critério material fulmina os direitos fundamentais, a pretensão dos direitos presentes na espécie normativa serem

abarcados sob o manto do núcleo imodificável da Constituição e ainda sofrer a incidência do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

[4] O constitucionalismo clássico privilegia a técnica de produção legislativa à efetivação dos direitos materiais que seriam alcançados pela adoção do critério material.

[5] O Neoconstitucionalismo, como técnica de efetivação e concretização dos direitos previstos constitucionalmente, conferindo-lhes eficácia normativa, soluciona, num primeiro momento, de maneira justa e eficaz os conflitos entre as espécies normativas.

[6] O Neoconstitucionalismo legitima o Princípio da Proibição do Retrocesso Social como instrumento de concretização e manutenção dos direitos já conquistados pelos cidadãos e mais, confere força vinculante a estes direitos.

[7] O Progresso Moral da Humanidade é a idéia fundante de toda a teoria legitimadora da adoção do critério material para a solução de conflitos entre as espécies normativas, tendo como principal vertente o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 10º.

_____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Org. por Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Baccaccia Versiani. – Rio de Janeiro: Campus, 2000ª, p. 669.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra, 1994.

CONTO, Mário de. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 53, 57, 68.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 642.

REALE, Miguel. **Parlamentarismo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 110.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56-57.