



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

RODRIGO SILVEIRA RABELLO DE AZEVEDO

PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E O PRINCÍPIO DA ANUALIDADE ELEITORAL.

Campina Grande
2010

RODRIGO SILVEIRA RABELLO DE AZEVEDO

PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO: O PRINCÍPIO DA ANUALIDADE ELEITORAL.

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado à coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Valfredo de Andrade Aguiar Filho.

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

A994p Azevedo, Rodrigo Silveira Rabello de.
 Pós-positivismo jurídico [manuscrito]: o princípio da
 anualidade eleitoral / Rodrigo Silveira Rabello de Azevedo.
 – 2010.
 56 f.
 Digitado.
 Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito)
 – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências
 Jurídicas, 2010.
 “Orientação: Prof. Esp. Valfredo de Andrade Aguiar
 Filho, Departamento de Direito Público”.

1. Direito eleitoral I. Título.

21. ed. CDD 342.07

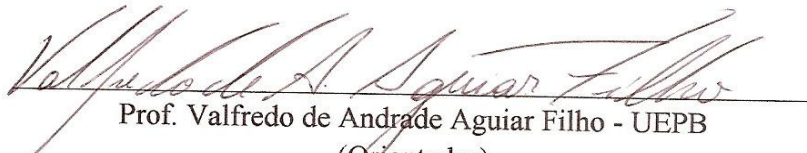
RODRIGO SILVEIRA RABELLO DE AZEVEDO

PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO: O PRINCÍPIO DA ANUALIDADE ELEITORAL.

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado pelo aluno Rodrigo Silveira Rabello de Azevedo, do Curso de Bacharelado em Direito, tendo obtido o conceito de DEZ (10,0), conforme a apreciação da Banca Examinadora.


Aprovado em 07 / 12 /2010

BANCA EXAMINADORA


Prof. Valfredo de Andrade Aguiar Filho - UEPB
(Orientador)



Prof. Msc. Harrison Alexandre Targino - UEPB
(Membro)


Prof. Rodrigo Araújo Reul – Cesrei Faculdades
(Membro)

Dedico o presente trabalho ao meu pai, Waldermir Fernandes de Azevedo, e ao meu avô, Fernando de Carvalho Rabello, por me fazerem acreditar que super-heróis são reais.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por cada segundo de vida e por tudo que tem me proporcionado nesta efêmera existência.

Aos meus familiares, por todos os momentos tristes e felizes compartilhados e pelo estímulo e eterno apoio.

Aos amigos e colegas, pelos sorrisos proporcionados e abraços fraternos.

Ao professor e amigo Valfredo de Andrade Aguiar Filho, pelas discussões acadêmicas e orientação para desenvolvimento do presente trabalho.

Aos professores e amigos André Motta de Almeida, Harrison Alexandre Targino e Rodrigo Araujo Reul, pelo exemplo de profissionalismo e paixão pelo Direito.

A todos os mestres que nos guiaram por estes anos, pela dedicação e empenho

Ao Centro Acadêmico Sobral Pinto por ser, também, parte desta história.

E a todos que comigo dividem este momento de alegria.

“Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, musa de gerações: o Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade. Ou talvez não seja bem assim.”

Luis Roberto Barroso

RESUMO

O presente estudo aborda inicialmente a queda do positivismo jurídico, tratando suas peculiaridades e diferenças frente ao jusnaturalismo, seu precursor. Faz-se, deste modo, uma contraposição entre o direito natural, onde o homem seria dotado de direitos intrínsecos à sua condição, corrente influenciada pela fé e misticismo preponderantes na idade média, frente aos ideais positivistas donde o direito é visto como uma ciência pura, isenta de interferências extrínsecas, e estaria apenas vinculado à legalidade. Posteriormente, desenvolve-se ao analisar as circunstâncias que proporcionaram o surgimento e desenvolvimento dos ideais pós-positivistas. Observe-se que foi a partir da Lei fundamental de 1949 na Alemanha que deu-se início ao processo de reconstitucionalização em vários países do ocidente, chegando ao Brasil em 1988, com a promulgação da Constituição Federal. Juntamente com a Lei Maior estavam atrelados os valores vigentes à época, como a dotação de carga normativa aos princípios, positivados como normas abertas, também, os direitos fundamentais e a proteção a dignidade da pessoa humana como princípio norteador do ordenamento jurídico. Questão relevante da Constituição Federal de 1988 diz respeito ao excesso de normas jurídicas referentes ao direito infraconstitucional, o que resultou em um movimento chamado constitucionalização do direito. Movimento que, também, teve como marca a queda da antiga divisão doutrinária entre direito público e privado, onde a Constituição seria o principal documento jurídico normativo para os ramos do direito público e o Código Civil, para os ramos do direito privado. Passou, então, a Constituição ao seu lugar de centro do ordenamento jurídico. Neste sentido, o direito eleitoral, também apreciado na Constituição, passou a ser considerado ramo essencial ao desenvolvimento da Democracia. Assim, dentre os princípios do direito eleitoral, restou substanciado o princípio da anualidade que estabelece que a lei que alterar processo eleitoral não se aplica a eleição que ocorra até um ano após sua vigência. Este princípio proíbe que um grupo de forças políticas com maioria no legislativo possa manipular o processo eleitoral e permite, também, aos concorrentes que conheçam previamente as regras as quais irão se submeter. O problema aqui levantado tem relação com a violação do princípio da anualidade frente aos rumos do direito pós-moderno, sob uma questão central de ponderação da validade dos princípios nos casos concretos. Para chegar às conclusões práticas foi desenvolvido um estudo com base na doutrina nacional e estrangeira, utilizando os métodos interpretativo, comparativo e dedutivo objetivando, assim, a junção dos conceitos estudados, como um todo, em busca de uma solução para a problemática aqui levantada.

Palavras chave: positivismo; pós-positivismo; pós-moderno; hermenêutica; neoconstitucionalismo; princípios; constitucionalização; eleitoral; anualidade.

ABSTRACT

This paper pretends to study, at a first time, the decline of legal positivism, treating its peculiarities and differences using a comparison with the natural law, its precursor. It is thus a contrast between natural law, where the man is endowed with inherent rights to it condition, current influenced by faith and mysticism prevalent in middle age, compared to positivist ideas where the law is seen as a pure science , free from extraneous interference. For positivists the law would be bound only to the process of it production. In addition, is developed to analyze the circumstances that led to the emergence and development of post-positivist ideals. Note that it was from the Fundamental Law of 1949 in Germany which has begun the process of the new constitutional law in several Western countries, occurring in Brazil in 1988 with the enactment of the Federal Constitution. Along with the highest law were linked values prevailing at the time, as the appropriation load normative principles, positivized as open standards, too, the fundamental rights and the protection of human dignity as the guiding principle of the legal system. Relevant question of the Constitution of 1988 is the excess of legal standards concerning the other law areas, which resulted in a movement called constitutionalization of the law. Movement where happened the fall of the former doctrinal division between public and private law, where the Constitution is the principal legal document for the legislative branches of public law and the Civil Code, for the branches of private law. The Constitution it's placed on the center of the legal system now. In this sense, the electoral law, also appreciated by the Constitution, is now considered essential to the development of Democracy. Thus, among the principles of electoral law, remained substantiated an annual principle which states that the law that alters the electoral process does not apply to elections that take place within one year of its operation. This principle tries to forbid that a group of political forces with a majority in the legislature tries to manipulate the electoral process and also allows competitors to know in advance the rules which will be submitted. The problem raised here is related to the violation of the principle of annuality opposite to the direction of the post-modern law, in a central weighing the validity of the principles in specific cases. To arrive at practical conclusions a study was developed based on national and foreign doctrine, using the methods of interpretation, comparative and deductive aiming thus to merge the concepts studied as a whole, searching for a solution to the issues raised here.

Keywords: positivism; post-positivism; post-modern; hermeneutics; neoconstitutionalism; principles; constitutionalization; electoral law; annuality.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1 O POSITIVISMO JURÍDICO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SEU SURGIMENTO, DECADÊNCIA E A REALIDADE JURÍDICA NO PÓS-GUERRA..... | 13 |
| 1.1 POSITIVISMO: BREVE RELATO HISTÓRICO SOBRE SEU SURGIMENTO E DECADÊNCIA..... | 13 |
| 1.2 O PÓS-GUERRA E O DIREITO CONSTITUCIONAL..... | 17 |
| 2 A GRADATIVA CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO..... | 21 |
| 2.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES..... | 21 |
| 2.2 A ATRIBUIÇÃO DE NORMATIVIDADE AOS PRINCÍPIOS..... | 23 |
| 2.3 HERMENÊUTICA NO PÓS-POSITIVISMO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL..... | 32 |
| 3 OS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... | 40 |
| 3.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO..... | 40 |
| 3.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO..... | 43 |
| 3.3 O DIREITO ELEITORAL E O PRINCÍPIO DA ANUALIDADE..... | 46 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 51 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 54 |

INTRODUÇÃO

O constante processo de evolução intelectual do ser humano, em termos sócio-culturais ou científicos, se vê refletido, também, no mundo jurídico de maneira indissociável desde o surgimento do conceito de lei e do próprio Direito. As concepções jurídico-filosóficas cambiaram progressivamente conforme o passar do tempo e onde antes imperava a lei natural do homem como ser dotado de direitos intrínsecos à sua condição, conforme pregavam os jusnaturalistas, passou-se a conceber a lei e o Direito como objetos científicos dotados de métodos e hermenêutica de fundação racional, semelhantes à metódica inerente às ciências naturais, na escola denominada positivismo. Revelou-se, então, uma total ruptura com os ideais clássicos, no que restou convencionado como Estado moderno.

Nos últimos anos e mais precisamente no período pós-guerra, iniciou-se um processo de remodelagem das concepções positivistas tão cegamente defesas pelos tradicionalistas. Fazia-se necessária uma reaproximação entre o Direito e os valores, vestidos na roupagem da ética e da moral. Neste sentido, então, com base na experiência da reconstitucionalização e redemocratização de países cujo sentimento democrático havia sido devastado por regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da própria legalidade, surgiram os conceitos e ideários difusos do pós-positivismo jurídico. Marcado pela vinculação, também, aos termos neoconstitucionalismo e pós-modernismo.

Sob a influência das mudanças ocorridas nos países retro mencionados, onde o processo de reconstitucionalização obtivera pleno êxito, iniciou-se, pois, um movimento semelhante em grande parte do mundo ocidental. O pós-positivismo, marca uma reaproximação entre o Direito e a realidade da sociedade, tido por muitos como um terceiro caminho que cingia o positivismo de características sociais, revestidas da moral predominante no ordenamento ao qual se destinava a lei, sob um prisma interpretativo marcado e caracterizado por normas de conteúdo aberto passíveis de mudanças em sua aplicação a depender do caso concreto.

Eis que surgem, também, os princípios revestidos de caráter normativo em par de igualdade com as regras, sob a proteção do princípio da unidade da constituição. O Estado de Direito Pós-moderno, ou simplesmente Estado social, eleva a dignidade da pessoa humana, e todos os seus reflexos, à condição de bem jurídico maior a ser observado, tutelado e preservado.

No Brasil, o movimento de reconstitucionalização tem iniciado em 1988, com a chamada Constituição Social, cujo texto mostra-se marcado pelo clamor de um povo,

marcado por um longo período de ditadura, que necessitava de urgente proteção aos núcleos de seus direitos fundamentais. Neste cenário, impende externar que a Carta Magna de 1988, caracteriza-se, inclusive pela inflação de dispositivos tratando de matérias infraconstitucionais, dotando os demais ramos do direito, também, de caráter constitucional. O que se passou a denominar como constitucionalização do Direito.

Sob este prisma, dentre os inúmeros ramos estudados pelo direito pátrio, encontramos o Direito Eleitoral, cujos princípios se fazem essenciais para a manutenção da condição democrática por nós vivida. É, então, que nos aparece o princípio da anualidade eleitoral, positivado no art. 16 da Constituição Federal de 1988, que em suma prescreve que lei que modificar o processo eleitoral, só poderá vigorar um ano após sua publicação. Este princípio considerado cláusula pétrea pelo Tribunal constitucional brasileiro, visa manter a lisura do processo eleitoral resguardado frente a quaisquer interesses políticos refletidos em alguma possível lei.

O presente trabalho visa, então, estabelecer um paralelo filosófico entre a validade dos ideários pós-positivistas no ordenamento jurídico brasileiro utilizando para isso o princípio eleitoral consubstanciado no art. 16 da Lei Maior, de maneira a ponderar o real valor dos princípios constitucionais e sua aplicabilidade no contexto real da sociedade.

Em um contexto em que a discussão acerca do princípio ora trabalhado toma suas maiores proporções, a proposição do presente tema se faz justificar por sua enorme contribuição científica e prática na conjuntura atual do nosso ordenamento jurídico e sistema político. Restando-nos a incumbência desta ponderação filosófica acerca dos conceitos já mencionados, de maneira a clarificar o movimento que se faz real nas sociedades democráticas.

Para a realização do presente trabalho, foi realizada uma pesquisa teórica, com o emprego do método dedutivo de abordagem, partindo de uma apreciação geral do tema, para uma particular, com o objetivo de fornecer um embasamento teórico sobre a relevância dos princípios constitucionais em nosso ordenamento. Também, estabelecer os rumos da nova hermenêutica constitucional e sua relevância para a sociedade brasileira, adentrando especificamente na temática tocante aos princípios gerais do direito e específicos do Direito Eleitoral para, assim, ter uma melhor compreensão das peculiaridades inerentes a este tipo de norma. Ainda, utilizando-se do método de interpretação, foi feita uma análise dos aspectos específicos do pós-positivismo, seu histórico, validade e base teórica.

Resto-nos, portanto, memorar que dada à situação jurídica que vivenciamos cheia de turbulências conceituais, instabilidade jurídico-filosófica e um futuro repleto de incertezas,

nos parece deveras válida a matéria aqui trabalhada, na eterna busca pelo discernimento e fomento do conhecimento, não sendo, pois, menos extasiante adentrar-se pelos caminhos da filosofia jurídica, do direito constitucional e do direito eleitoral, analisando os valores e bens que dotam em comum.

1 O POSITIVISMO JURÍDICO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SEU SURGIMENTO, DECADÊNCIA E A REALIDADE JURÍDICA NO PÓS-GUERRA.

1.1 POSITIVISMO: BREVE RELATO HISTÓRICO SOBRE SEU SURGIMENTO E DECADÊNCIA

Inicialmente, com a finalidade de construir o entendimento racional acerca do pós-positivismo, cumpre-nos expor os motivos da queda do seu precursor e ponto de desenvolvimento, o positivismo jurídico. Escola jurídico-filosófica que marcou o condicionamento do Direito à posição de ciência, opondo-se aos ideais do jusnaturalismo, escola que pregava o direito como resultado de um conjunto de valores e princípios que seriam, por si, independentes da norma emanada pelo Estado e inerentes ao “ser social” e à sociedade. A fé sustentava os pilares da sociedade e a influência do misticismo e dos dogmas religiosos se viam impregnadas na ciência.

O Positivismo jurídico tem sua concretização na Europa ocidental do século XIX, quando, sob influência da escola filosófica homônima, tem seu desenvolvimento vinculado ao racionalismo científico pregado pelo iluminismo, com a defesa à objetividade científica (distinção entre sujeito e objeto), ao método descritivo, e as demais características das ciências naturais, que, para os adeptos da escola, deveriam ser aplicados aos demais campos de conhecimento, refletindo, então, o posicionamento de que conhecimento científico seria o único dotado de validade, plenitude e realidade. O Professor Luis Roberto Barroso se refere ao sentimento vivido pelos pensadores da época como “maioridade racional¹”. Assevera, ainda, que com o advento dos ideais positivistas:

A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e autossuficiente.²

Se o jusnaturalismo clássico confundia o direito com a condição do homem e da sociedade, o positivismo passa a confundir o Estado à norma, este por ser controlador do Direito, concepção característica do modelo do modernismo. A visão de que o direito seria proveniente de um juízo de fato e não de juízos de valor, refletira em uma íntima relação com

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.239.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.229.

o formalismo em que o direito, segundo Mayra de Sousa Scremin, “é definido em função de sua estrutura formal, sem levar em consideração o conteúdo que [...] estabelece³”, a validade da norma estaria vinculada apenas ao seu procedimento de criação, independentemente do conteúdo. Sendo esta a principal premissa ideológica do jurista austríaco *Hans Kelsen* que, já no século XX, mais precisamente no ano de 1934, faz com que o positivismo jurídico atinja sua mais alta expressão com a publicação da obra “Teoria Pura do Direito”. Em que o jurista defende a pureza científica do direito, restando para a ciência jurídica estudar apenas o universo normativo, baseada apenas na legalidade e independente da influência de outras ciências e conceitos como moral e ética. Conforme complementa o professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy:

A teoria pura do Direito, como teoria, procura descrever seu objeto, tratando o Direito como ele efetivamente é, e não como ele deve ser, isto é, afasta-se de paradigmas políticos. Tem como base metodológica o projeto de eliminar do Direito seus elementos estranhos, de cunho político e sociológico. [...] A teoria pura do direito dirige-se a normas, e não a fatos. Trata-se de percepção teórica radicalmente realista do Direito, da mais elaborada teoria do positivismo jurídico.⁴

Restaram consolidados, então, a partir deste momento, todos os princípios do pensamento moderno positivista, onde o direito seria dotado de, como pontuado sinteticamente por Barroso: “a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete”. Ainda, é válido mencionar, o caráter coercitivo do direito, onde conforme lembra Scremin, “a sanção passa a ser entendida como elemento da norma, e o Direito é definido como um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força numa sociedade⁵”. Os conceitos e instrumentos suficientes para a solução de qualquer caso estariam inseridos no próprio sistema do ordenamento jurídico.

Até a primeira metade do século XX, o positivismo jurídico é reconhecido como sistema de validade indubitável e se espalha pelo ocidente com as premissas basilares. O sentimento de segurança jurídica causado pela noção de força imperativa e coatora de leis, baseadas em juízos de fato, independentes de quaisquer ponderações de valor é necessário ao

³ SCREMIN, Mayra de Sousa. *Do positivismo jurídico à teoria crítica do direito*. [artigo científico]. Disponível em <http://www.scribd.com/doc/19327512/DO-POSITIVISMO-JURIDICO-A-TEORIA-CRITICA-DO-DIREITO>.

⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O positivismo jurídico* [artigo científico]. 2007. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10060>>. Acesso em 10 nov. 2010.

⁵ SCREMIN, Mayra de Sousa. *Do positivismo jurídico à teoria crítica do direito*. [artigo científico]. Disponível em <http://www.scribd.com/doc/19327512/DO-POSITIVISMO-JURIDICO-A-TEORIA-CRITICA-DO-DIREITO>.

Estado moderno. Segundo *Müller*, para os adeptos do positivismo legalista “[...]o direito é idêntico às leis provenientes do Estado, elaboradas de modo correto. Questões de conteúdo não podem desempenhar nenhum papel para esse conceito de direito positivo, normas naturais ou éticas não tem nenhum interesse para ele⁶”.

Notoriamente que a ciência jurídica moldada pelo positivismo demonstrou-se, com o passar do tempo, um sistema ineficaz e falho frente à perfeição científica longinquamente almejada. Evidenciado restou que é impossível, pois, transpor à ciência jurídica os métodos das ciências naturais de forma satisfatória, tendo como primeiro óbice, para tal, a diferença lógica entre os objetos de estudo. Ora, ilógico pensar a ciência jurídica como um estudo plenamente descritivo da realidade quando o direito tem o viés de escrever um juízo de dever ser e fazê-lo adequar-se às situações fáticas e concretas que vierem a incidir sobre sua regência. Frise-se, também, a intensa relação entre a norma, seu criador e a quem se destinam, sendo, com base nesta relação, a objetividade científica, a neutralidade e o desapego às questões de moral e ética incabíveis no plano de eficácia do direito. Sob estes argumentos, em um futuro não muito distante, que viera a ocorrer a queda (ou renovação) do positivismo, tópico à ser tratado posteriormente.

Thomas Kuhn, físico norte-americano estudioso da revolução das ciências, escreveu:

[...]se um dia o positivismo jurídico mostrou-se como arsenal imprescindível na luta contra o autoritarismo, o absolutismo e a intransigência clerical, o desdobramento das relações econômicas e sociais na tradição ocidental fez com que a tradição positivista se esgotasse na própria seiva⁷.

A ponderação do retro mencionado cientista tem seu embasamento nos fatos que levaram ao início da decadência do positivismo: a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, movimentos políticos e militares que, conforme Barroso:

[...]ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas leis *raciais*, regularmente editadas e publicadas.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico marcado pela indiferença e desapego do ordenamento às questões morais e éticas da sociedade, cujo reflexo

⁶ MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p.155.

⁷ KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996. APUD GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O positivismo jurídico* [artigo científico]. 2007. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10060>>. Acesso em 10 nov. 2010.

seria a lei tomada como uma premissa genérica válida em qualquer que fosse o caso concreto, quedou-se deveras fragilizado, havendo, então, aos poucos desencadeado os movimentos que resultariam em uma nova concepção difusa do ordenamento jurídico, ciência jurídica e uma nova conceituação do próprio Direito. Ilustra o professor Luis Roberto Barroso:

O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.

Seriam essas as premissas utilizadas alguns anos depois para a elaboração e embasamento da chamada Teoria Crítica do Direito. Esta, consistente em um conjunto de idéias e movimentos questionadores à teoria jurídica tradicionalmente positivista. Sob forte influência Marxista, os adeptos desta corrente tratavam o Direito como instrumento político de controle social, conclamando os juristas a reconstruir o direito de maneira que objetivassem valores humanos e de bem comum. O movimento teve como principais defensores, conforme memora Barroso, a *Critique Du Droit* da França, os *Critical Legal Studies* dos Estados Unidos e a Escola de Frankfurt na Alemanha, tendo sido esta última responsável pelo lançamento das bases da teoria citada. Ainda sobre a teoria crítica, conforme o doutrinador retro citado:

Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bênção estatal, da positivação, do reconhecimento, expresso pela estrutura do poder.[...]A teoria crítica resiste, também, à idéia de completude, de autossuficiência e de pureza, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos.[...] A interdisciplinaridade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios como a psicanálise ou a lingüística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico.⁸

Inegável, pois, o valor da teoria crítica na renovação do direito ocorrida no período pós-guerra. A construção de uma ciência jurídica menos dogmática e mais próxima à realidade e contexto social ao qual visa incidir, bem como sua aproximação com outras ciências sem o temor de perda de sua força como ciência autônoma, mostrou-se progressivamente mais evidentes.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.231.

1.2 O PÓS-GUERRA E O DIREITO CONSTITUCIONAL

Inúmeras foram as transformações vividas pelo conceito de Estado de Direito desde a antiguidade, passando pela modernidade, chegando até o período contemporâneo. Mudanças estas que afetaram e afetam diretamente o indivíduo submetido à sua tutela, esteja o mesmo ciente ou não de tais câmbios. Barroso⁹ teoriza que nos últimos quinhentos anos foram vividos três tipos distintos de Estado de Direito. Um primeiro Estado ao qual o doutrinador classifica como pré-moderno, onde vigorava a noção e filosofia do direito natural em um sistema de notória pluralidade de fontes normativas, como doutrina e jurisprudência, desempenhando papéis e funções normativas, um modelo imediatamente posterior denominado Estado legislativo do direito, em que já restaria consolidada a valoração da legalidade, sob influência do racionalismo iluminista e do positivismo jurídico, como já abordado, e por fim, o modelo do Estado Constitucional de Direito cujo advento teve início no período pós-guerra e intensificou-se no último quarto do século XX.

O Estado Constitucional de Direito, como dito supra, teve seu início com o fim da Segunda Guerra, havendo sido marcado pela vinculação entre a legalidade e a estrutura rígida do texto normativo da Constituição. As leis não seriam válidas levando-se em consideração apenas a forma e procedimento de sua produção, mas deveriam estar de acordo com as normas previstas na Carta Magna em vigor no território de sua aplicação. O legislador passa a ter seus limites impostos por uma Lei Maior e o administrador vê-se com imperativos de deveres de atuação. Foi a reconstitucionalização da Europa, neste último período, que, conforme o professor retro citado, “[...]redefiniu o lugar da constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política[...]”¹⁰.

Seguindo o caminho inverso à queda do positivismo jurídico, o modelo de Estado Constitucional de Direito teve como seu primeiro referencial teórico de aplicabilidade na Lei Federal de *Bohn* (Constituição alemã) promulgada em 1949, bem como na posterior instalação do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1951, inovações que deram início ao processo de ascensão científica do direito constitucional nos países do ocidente influenciados pela tradição do direito romanístico. Como um segundo referencial teórico, por

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.244.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.245.

sua vez, a Itália teve sua *Lex Mater* promulgada em 1947 e a instalação da sua Corte Constitucional que ocorrera em 1956. De acordo com Barroso, os posteriores movimentos de:

[...] redemocratização e reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de forma normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tomar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração.¹¹

Tem-se, então, o início do Estado chamado pós-moderno, modelo onde a constituição se faz imperativa, a proteção dos direitos fundamentais do homem é objetivo positivado, intenta-se preservar e manter os sistemas político e econômico, além do modelo de Estado. O Constitucionalismo da segunda metade do século XX inicia seu processo de expansão pelo ocidente com a incumbência de assegurar princípios e garantias há muito esquecidos. Além disso, pontua Andre Ramos Tavares, caracteriza-se:

a) Pela publicidade, permitindo o amplo conhecimento da estrutura do poder e garantia de direitos; b) pela clareza, por ser um documento unificado, que afasta as incertezas e dúvidas sobre os direitos e os limites do poder; c) pela segurança, justamente por proporcionar a clareza necessária à compreensão do poder¹²

Contudo, ainda acerca da validade da Constituição frente ao Estado, imperioso ressaltar que tal ponderação fora objeto de longas ponderações científicas durante os últimos anos. Memorável, então, a discussão “atemporal” entre *Ferdinand Lassale* e *Konrad Hesse* acerca do tema. O primeiro tivera publicado em 1863, com base em uma conferência que proferira em Berlim, a obra - *O que é uma Constituição?*¹³ - em que tratava as questões constitucionais como questões políticas, que refletiam as relações de poder existentes em um determinado Estado. Para o nobre jurista, as referidas relações seriam os fatores reais do poder ou a Constituição Real do País, que por sua vez seria, também, dotado de uma Constituição Jurídica tida como mero documento limitado à sua compatibilidade com a Constituição Real. *Lassale* estabelece ao final de sua obra:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as constituições escritas não têm valor nem são

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.245.

¹² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

¹³ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. 3ª ed. Campinas: Russel Editores. 2009.

duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.¹⁴

Contrapondo-se aos ideais acima expostos, por sua vez, o jurista alemão *Konrad Hesse*, publica sua marcante obra do direito constitucional pós-moderno, embasada em uma aula inaugural proferida em 1959 na Universidade de *Freiburg* – Alemanha, intitulada: *A Força Normativa da Constituição*¹⁵. O aclamado jurista estabelece que a Constituição não deva ser tida como o lado mais fraco da relação político-jurídica do Estado para com o povo, como defendia seu par retro mencionado, mas, sim, considerada força ativa para orientar as condutas do povo a quem se direciona, existindo uma relação de coordenação entre os conceitos de *Lassale* de Constituição Real e a Constituição Jurídica. Assevera, também, tomando a força normativa por vontade da Constituição que se baseia:

[...] na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso de vontade humana.[...] **Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição.**¹⁶ (grifo nosso)

Para o renomado jurista, seria função do direito constitucional “realçar, despertar e preservar essa vontade da Constituição¹⁷” resultando, assim, em uma maior garantia da sua força normativa. Os ideais de *Hesse* são, indubitavelmente, reflexos do pensamento jurídico predominante e vanguardista de seu tempo. A alusão freqüente, durante o decorrer da obra, ao trabalho do *Lassale* demonstra o caráter crítico e inovador das idéias ali contidas, rompendo com as conceituações e pré-conceituações clássicas acerca do valor da Constituição, do Direito Constitucional e do próprio Estado de direito.

Notório, que a auto-afirmação do Estado constitucional de direito foi lenta e gradual. No Brasil, apenas na década de 80 que surgiram os primeiros movimentos a este respeito. Frisando a semelhança com a reconstitucionalização na Europa, o País estava chegando ao final de uma longa ditadura e clamava pelos “novos” conceitos de liberdade e dignidade inerentes ao pensamento constitucional da época. Em 1988, após as inúmeras discussões

¹⁴ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. 3ª ed. Campinas: Russel Editores. 2009. p.50.

¹⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

¹⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. p.19.21.

¹⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. p.27.

prévias, convocação de uma constituinte e elaboração do texto legal, fora promulgada a Constituição de República Federativa do Brasil. Também conhecida por Constituição Cidadã, a Carta Magna de 1988 viera com o condão de criar uma estabilidade institucional em um País devastado por um regime autoritário e, passados 22 anos de sua promulgação, evidenciava-se o êxito.

Além do mais, pontua *Barroso* que “[...]a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado Democrático de Direito¹⁸”. Por fim, ainda acerca dos avanços do direito constitucional no Brasil, completa, com maestria, poeticamente:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento, ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se mantinha em relação à Constituição. E para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.¹⁹

A nova expressão do direito constitucional e da força normativa da Constituição, também chamada de *neoconstitucionalismo*, notoriamente, não fora influenciada apenas por eventos históricos e sentimentos inflados pelo clamor popular, despidos de estudo e conotação científica. O marco filosófico da reconstitucionalização que aqui tratamos foi a construção de uma “doutrina” que, parafraseando *Hesse*, tivesse por objetivo “[...] encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro²⁰” ou, ainda, nas palavras do ilustre professor Willis Santiago Guerra Filho, “a possibilidade de lidar com valores no direito de forma racional e intersubjetivamente controlável, que é própria da ciência[...]”²¹. Encaramos, neste sentido, a construção de um conjunto de conceitos jus-filosóficos difusos que adotara a denominação de pós-positivismo. Sendo então, objeto de estudo do próximo capítulo.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.247.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.247.

²⁰ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. p.14.

²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.138.

2 A GRADATIVA CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO

2.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Nas palavras do professor Luís Roberto Barroso, doutrinador tido como maior expressão do neoconstitucionalismo no Brasil, o conceito de pós-positivismo é resumido como sendo uma “[...]designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais²²”. Em outra obra de sua autoria, completa afirmando que “o pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e naturalista²³”, para ele, não haveria como olvidar-se das demandas de clareza, certeza e objetividade, também inerentes ao Direito, contudo é incogitável e inconcebível a separação do direito de uma filosofia moral e de uma filosofia política.

O retorno do conceito de ética e dos valores ao Direito são, então, as principais marcas do pós-positivismo jurídico, desenvolvido, como já dito em outro capítulo, a partir da segunda metade do século XX. Peça importante para este marco filosófico foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que surgiu no cenário internacional logo após o final da segunda-guerra, na expectativa gerada pela reconstrução da ordem mundial, estabelecendo de maneira consensual entre os povos as noções de direitos e liberdades básicas a serem perseguidos e assegurados a todos os seres humanos. As idéias contidas na difusão destes ideais repercutiram, também, na filosofia e cultura jurídica de vários países que passavam pelo processo de redemocratização, resultando na concepção de que a dignidade da pessoa humana seria princípio basilar do Direito, norteador do ordenamento jurídico, o que trataremos a tempo. Além disso, restou fortalecido o conceito de direitos fundamentais, estes, há tempos existentes, todavia, agora sob um novo prisma, tendo sido revestidos, por assim dizer, de maior caráter de “fundamentalidade”, e, sob a figura dos Tribunais Constitucionais, tendo a proteção a seus núcleos e o vislumbre à eficácia e efetividade dos mesmos.

Surge, então, a partir daí a figura da nova hermenêutica constitucional, onde encontramos grandes juristas como nomeadamente *Friedrich Muller*, *Peter Haberle*, *Konrad Hesse*, entre outros, que sob a ótica do pós-positivismo creditam à Constituição a posição de

²² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.327.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.248.

documento normativo composto de regras e princípios, que, seriam duas categorias diversas onde, pondera Barroso, “as regras contêm relato mais objetivo, com a incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema²⁴”. Frise-se que inexistente hierarquia entre ambos (princípio da unidade da Constituição), contudo, os papéis desempenhados por cada categoria dentro do ordenamento são e devem ser notadamente distintos. Ainda, é válido o comentário do Professor Willis Santiago Guerra Filho, acerca da diferença estrutural básica entre regras e princípios, esta que se daria:

[...]quanto à sua estrutura *lógica e deontológica*, pela circunstância de as primeiras vincularem-se a fatos hipotéticos (*Tatbestande*) específicos, um determinado funtor ou operador normativo (“proibido”, “obrigatório”, “permitido”), enquanto aqueles outros – os princípios – não se reportam a qualquer fato particular, e transmitem uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do jurídico e faticamente possível.²⁵

Ainda, segundo o doutrinador, seria a partir desta diferenciação que resultariam inúmeras outras, a exemplo, a técnica de aplicação, já que os princípios geralmente colidem entre si, o que leva o intérprete a ponderar qual o mais adequado para aplicação ao caso concreto, quando, por sua vez, em se tratando das regras, caso o fato se encaixe a descrição legal, decorrem, então, as conseqüências previstas também em lei. Por hora, limitemo-nos à simples menção acerca desta diferenciação, tendo em vista que serão, estas questões, tratadas a tempo.

“[...]O pós-positivismo não surge com o ímpeto de desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional²⁶”, pondera Barroso. Por sua vez, leciona Guerra Filho, complementando que:

Não se pretende, portanto, refutar globalmente, *in totum*, a chamada Teoria Pura do Direito. A insuficiência da teoria de Kelsen estaria no seu apego excessivo à perspectiva normativa, sendo a norma, segundo ele, o “prisma explicativo” (*Deutungschema*) da realidade jurídica, quando a conduta é que instaura as significações cristalizadas nas normas, e é ela que se deve tomar em consideração para compreender, adequadamente, as modificações por que passa um sistema normativo, sem por isso deixar de ser o mesmo sistema²⁷

Percebe-se, então, que o pós-positivismo não surgira com o intuito de modificar radicalmente os preceitos filosófico-jurídicos positivistas. O objetivo dos teóricos desta

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.329.

²⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.149.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.328.

²⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 162.

corrente difusa reside na ruptura com a pureza científica *kelseniana*, valorizada excessivamente pelos adeptos da corrente retro, refletindo o ideário, muito bem lembrado por Eros Roberto Grau ao citar *Von Ihering*²⁸, de que o direito existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele, ainda, complementa, o respeitado jurista brasileiro, que “a aplicação do direito não é mera dedução dele, mas, sim, processo de contínua adaptação de suas normas à realidade dos fatos²⁹”. Vejamos, pois, cada uma das mudanças paradigmáticas sobrepostas com o advento do direito pós-moderno.

2.2 A ATRIBUIÇÃO DE NORMATIVIDADE AOS PRINCÍPIOS

Inicialmente, urge memorarmos o contexto geral em que se embasara o desenvolvimento do pós-positivismo, este, que se viu influenciado diretamente pelos ideais filosóficos do período que ficou conhecido, também, como pós-modernidade. A escola de maior influência neste período foi o estruturalismo, formulado pelo lingüista suíço *Ferdinand de Saussure* e, posteriormente, desenvolvido pelo antropólogo francês *Claude Lévi-Strauss*. Segundo o Professor Danilo Marcondes, acerca da referida teoria:

O estruturalismo se define por tomar a noção de estrutura como central em seu desenvolvimento teórico e metodológico. Uma estrutura é um sistema, um conjunto de relações definidas por regras, um todo organizado segundo princípios básicos, de tal forma que os elementos que constituem este todo só podem ser entendidos como partes do todo, a partir das relações em que se encontram com os outros elementos que compõem o todo.³⁰

Conforme ensina o professor retro citado, apesar da forte influência estruturalista, o pensamento filosófico pós-moderno não se caracterizaria apenas por esta escola, tendo sido salutar a influência de filósofos como Foucault, Deleuze, Nietzsche e, o introdutor do termo pós-modernidade, Jean-François Lyotard. Da mesma maneira como ocorrera no positivismo, a pós-modernidade filosófica não pretendia romper com os ideais tradicionais da modernidade, mas, sim, almejava “[...] uma superação da metodologia, dos pressupostos epistemológicos e das categorias de pensamento da modernidade [...]”³¹. Conclui Marcondes:

²⁸ APUD GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição* de 1988. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 166.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição* de 1988. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 166.

³⁰ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: Dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 271.

³¹ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: Dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 274.

O pensamento pós-moderno não se caracteriza como uma corrente ou doutrina nem possui propriamente uma unidade teórica, metodológica ou sistemática, já que em grande parte visa romper exatamente com isso. Na verdade, o ponto comum entre esses autores parece ser mais a necessidade de encontrar novos rumos para o pensamento, concebendo a filosofia de forma ampla e não-linear, mas próxima das artes do que da ciência, não se pretendendo mais como um saber ou um ponto de vista privilegiado, mas como uma prática discursiva, uma forma de reflexão, um entendimento de nossa época e de nossa experiência que dê conta de suas rápidas transformações, de sua especificidade e de sua complexidade.³²

A idéia de prática discursiva frise-se, também, servira de forte influência nas bases para o desenvolvimento da nova hermenêutica constitucional, a ser tratada posteriormente.

O Pós-positivismo se baseia como já abordado, na reaproximação do Direito a outras ciências, como filosofia e política, além de atribuição de carga valorativa aos princípios éticos e morais existentes em uma determinada sociedade. Necessário, pois, alguns comentários acerca da noção de ética e moral. É sabido que todo ser humano, em sua condição individual, é dotado de valores morais e éticos próprios. De mesma forma, toda sociedade, na condição de conjunto de indivíduos, é dotada de valores morais e éticos comuns, difundidos na cultura dos que a integram. A professora Marilena Chauí, nos presenteia com a seguinte conceituação:

O senso e a consciência moral dizem respeito a valores, sentimentos, intenções, decisões e ações referidos ao bem e ao mal e ao desejo de felicidade. Dizem respeito às relações que mantemos com os outros e, portanto, nascem e existem como parte de nossa vida intersubjetiva.³³

Estabelece, ainda, que:

Os juízos éticos são também normativos, isto é, enunciam normas que determinam o dever ser de nossos sentimentos, nossos atos, nossos comportamentos. São juízos que enunciam obrigações e avaliam intenções e ações segundo o critério do correto e do incorreto.³⁴

O conceito retro transcrito de que a moral seria detém valor normativo nos serve de base para a compreensão dos ideais pós-positivistas da necessidade de se estabelecer a volta do vislumbre moral e ético, como prismas para criação e interpretação da lei, rompendo com o

³² MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: Dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 275.

³³ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. P. 335.

³⁴ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. P. 336.

puro legalismo positivista. O professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, afirma, acerca da relação entre direito e moral:

Primeiramente, é preciso reconhecer certa similaridade entre normas jurídicas e preceitos morais. Ambos têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual. Ambos são elementos inextirpáveis da convivência, pois, se não há sociedade sem direito, também não há sociedade sem moral.³⁵

É, então, com base no entendimento do professor retro citado de que “o direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido [...]” que reside a maior importância legada ao pós-positivismo jurídico. Onde, de maneira norteadora, salutar, pois, transcrever a síntese dada por Barroso, introduzindo uma abordagem mais específica dos princípios basilares da corrente jurídico-filosófica em questão:

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre direito e ética. [...] os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.³⁶

Percebe-se que a maior mudança ocorrida no Direito pós-moderno não fora um eventual surgimento de princípios, nem seu reconhecimento na ordem jurídica. Os mesmos existem há tempos e apresentam-se ao longo da história em diversos contextos, vinculados, principalmente, a textos religiosos, filosóficos e jusnaturalistas, e estão relacionados à realidade do Direito direta ou indiretamente. Contudo, a grande inovação advinda dos ideais aqui explicitados foi o reconhecimento de caráter *normativo* aos princípios. Passando a ser a síntese dos valores de um determinado ordenamento jurídico, levando-se em consideração o grau de subjetividade e abstração de seu conteúdo.

³⁵ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 356.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.249.

Interessante lembrar a obra “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional³⁷”, do respeitado jurista alemão *Friedrich Müller*, já citado no presente trabalho. No desenvolvimento de sua teoria, denominada “Metódica Estruturante” (*Juristische methodik*), a ser lembrada mais a frente, o professor alemão expõe que há uma diferença crucial entre a norma e o texto da norma, e que, por vezes, a normatividade almejada no âmbito da norma não se faz produzir pelo texto escrito da mesma. O âmbito da norma seria, então, “fator co-constitutivo da normatividade³⁸”. Para *Müller*, o texto da norma não carrega sua normatividade e a sua estrutura material concreta. “Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito de seu quadro³⁹”. Condensa sua crítica ao teorizar que “uma regra jurídica produz o esboço vinculante de uma ordem materialmente caracterizada, que, no entanto não se dissolve no fato dela ser materialmente determinada⁴⁰”.

A introdução do professor alemão nos serve de ilustração para a base do pensamento pós-positivista onde o Direito é dotado de carga valorativa necessária à sua efetivação. Como já dito, os princípios refletem esta valoração sob condição de normatividade, presentes nos textos legais e na Constituição. Neste cenário insurge o princípio da dignidade humana, mencionado por Barroso na citação retro, que se encontra em sua condição máxima de potencialidade, frente aos clamores jurídicos da atualidade, o desenvolvimento do Direito Constitucional pós-moderno, da nova hermenêutica e dos direitos fundamentais, constituindo núcleo essencial destes últimos, além dos modernos e recentes direitos sociais e políticos.

Antes de iniciar uma exposição mais específica acerca do princípio da dignidade humana, parece-nos válido trabalhar a diferenciação entre princípios e valores escrita pelo doutrinador alemão *Robert Alexy*. Na concepção estabelecida pelo aclamado jurista, os princípios consistiriam em “[...] mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos pertencem eles ao campo deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico⁴¹”. Neste sentido, defende que a norma apresenta-se dividida, como já exposto, em norma deontológica e norma axiológica e, por sua vez, a primeira categoria seria composta por regras e princípios, ao passo que a segunda categoria se faria presente por regras de valoração e critérios de valoração, ou o próprio valor. Estabelece, então, que a diferença entre princípios e valores resume-se em um ponto que, em suas

³⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

³⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. p.44.

³⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. p.44.

⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. p.45.

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 146.

palavras, “[...] aquilo que no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é no modelo de valores definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido⁴²”. Conclui que, levando em conta a importância dada pelo Direito ao *dever ser*:

[...] o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente. A isso soma-se o fato de que o conceito de princípio suscita menos interpretações equivocadas que o conceito de valor. Ambos os aspectos são importantes o suficiente para que se dê preferência ao modelo de princípios.⁴³

Alexy desenha em sua obra toda a lógica da teoria dos princípios e teoria dos valores, contrapondo os dois critérios para a solução de qual representaria melhor o âmbito normativo necessário para aplicação prática do Direito. Restando, então, explicitada a importância dos princípios no ordenamento jurídico do modelo de Estado Constitucional resta-nos, pois, retornar à exposição acerca de dois princípios que ganharam especial destaque nos últimos anos: O princípio da dignidade da pessoa humana, vinculado aos direitos fundamentais, e o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, vinculado à nova hermenêutica jurídica.

Desde a metade do século XX, o ideário de dignidade da pessoa humana é difundido como objetivo maior de qualquer ordenamento jurídico. Como já comentado no presente trabalho, o princípio tornou-se a chave para compreender o Direito pós-moderno, isto posto, em virtude do fato de que o mesmo carece de maior elaboração doutrinária e densidade jurídica, requisitos necessários para compreensão da extensão e eficácia do mesmo. Barroso explica que “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo⁴⁴”. Relaciona, então, o princípio às condições de integridade moral, de espírito, e às condições materiais, relacionadas à subsistência da pessoa.

O princípio em questão apresenta em sua extensão, vinculação direta com os direitos fundamentais, em seus aspectos individuais, sociais e políticos. Sendo trabalhado sob a condição de núcleo estrutural de tais. Conforme brilhantemente assevera Barroso:

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 146.

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 153.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 336.

igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.⁴⁵

A doutrina civilista, também, vincula a dignidade da pessoa humana aos direitos de personalidade, estes, “[...] reconhecidos a todos os seres humanos e oponíveis aos demais indivíduos e ao Estado”⁴⁶. Apesar da ramificação privatista, a base constitucional se mostra claramente em dois grupos: Os direitos à integridade física (direito à vida, direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver) e os direitos à integridade moral (a honra, a imagem, a privacidade, o direito moral ao autor). Este movimento de constitucionalização de direitos será tratado mais a frente, em tópico específico.

Urge destacar as ponderações do aclamado constitucionalista brasileiro, Professor *Ingo Wolfgang Sarlet*, acerca dos princípios fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, com uma atenção especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua obra “A eficácia dos Direitos Fundamentais”. Inicialmente, cumpre-nos abordar uma distinção extremamente válida feita pela referida doutrina residente em uma distinção da nomenclatura utilizada para referenciar o princípio ora abordado.

Pois bem, à luz dos ensinamentos do professor *Sarlet*⁴⁷, existe uma diferença terminológica à ser observada quando da aplicação do princípio que se chama princípio da dignidade da *pessoa* humana, contudo, muitas vezes é referido como princípio da dignidade humana. Conforme explica, ao falarmos em dignidade humana, estaríamos nos referindo a um coletivo de pessoas, à condição social do sentido de humanidade, quando, por sua vez, o princípio em questão trata da pessoa humana, na condição de indivíduo único, dotado de direitos, deveres e necessidades de caráter pessoal. Frisa, também, o doutrinador, que a concepção de homem-objeto trata-se de uma antítese da noção de dignidade da pessoa humana, pois seria esta, verdadeira condição da democracia, que dela (a dignidade) não pode livremente dispor. Em outras palavras, o Estado, tem o dever de proteger a dignidade da pessoa humana, sendo este o principal objetivo do Estado constitucional pós-moderno. Todavia, a dignidade é indisponível à pessoa humana, que não pode aliená-la.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.253.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 253.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.2006.

Sarlet, ainda, menciona *Gunter Dürig*, para quem “[...]a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos⁴⁸”. E cita *Perez Luño*, que afirma que “[...]a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo⁴⁹”.

Por fim, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Guerra Filho memora:

É fácil perceber como a perspectiva material de respeito à dignidade humana, à qual se reporta a idéia democrática, requer uma concepção diferenciada do que seja “segurança”, “igualdade”, “justiça”, “liberdade”, etc., onde o ser humano jamais pode ser tratado como o “objeto” e o “meio” de realização de qualquer desses valores, mas sim como o sujeito a que eles se referem e à promoção de quem essa realização tem por finalidade⁵⁰.

Delimitada a importância do princípio retro para o Direito, nos resta delimitar outro princípio de fundamental importância na pós-modernidade: o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Nas palavras de Barroso, a título de introdução, consiste o referido princípio em “[...]um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Trata-se de um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça⁵¹”.

Considerável parte da doutrina constitucionalista brasileira estabelece que o princípio da razoabilidade nos moldes avençados e adotados no Brasil, resultam dos ideais vindos de dois sistemas distintos: A doutrina do devido processo legal substantivo, do direito norte-americano, e o princípio da proporcionalidade do direito alemão. Neste sentido, faz-se necessária uma rápida distinção acerca de ambos para a compreensão do modelo adotado em nosso País.

⁴⁸ DÜRIG, Gunter. AOR nº81. 1956 APUD SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.2006.

⁴⁹ LUÑO, Pérez. *Derechos Humanos*, p.318. APUD SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.2006.

⁵⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.156.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.259.

Lembra Barroso⁵², que a garantia do devido processo legal no direito anglo-saxão, remonta à cláusula *law of the land*, presente na *Magna Charta*, de 1215, documento tido como grandes antecedente do constitucionalismo. Todavia, o seu estabelecimento no direito positivo se deu em duas fases. A primeira, de caráter processual (*procedural due process*) que abrigava garantias voltadas, inicialmente, para o processo penal (direito a citação, ampla defesa, contraditório e recursos). E, posteriormente, o devido processo legal revestiu-se de subjetividade (*substantive due process*), quando o Judiciário passou a desempenhar “[...] determinados controles de mérito sobre o exercício da discricionariedade pelo legislador, tornando-se importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais [...] em face do poder público⁵³”. O fundamento utilizado para justificar tais controles, residia em uma análise da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins pretendidos, além da observação da legitimidade dos fins. Devido à cláusula do devido processo legal passou-se a proceder, então, um “[...] exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das leis e atos normativos em geral no direito norte-americano⁵⁴”.

Conforme explicitado, vê-se que o princípio da razoabilidade no direito norte-americano nos remete a idéia e serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade (*judicial review*). Por sua vez, na Alemanha, desenvolve-se com base no princípio da proporcionalidade no âmbito do direito administrativo, atuando como limitador da discricionariedade administrativa. Barroso assevera:

É natural que lá não tenha surgido como princípio constitucional de controle da legislação. É que até a segunda metade do século XX [...] vigorava na Europa continental a idéia de que a soberania popular se exercia por via da supremacia do Parlamento, sendo o poder do legislador juridicamente ilimitado.⁵⁵

Notoriamente, dado o contexto supra exposto, que o controle só poderia ser feito sob atos administrativos, tendo sido apenas com a Lei Fundamental de 1949 que ocorrera uma mudança nesse quadro. Neste momento, a idéia contida na proporcionalidade quedou-se dotada de fundamentação constitucional, sob o princípio do Estado de direito. Frise-se que, de maneira similar ao ocorrido nos Estados Unidos, o princípio da proporcionalidade na

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255-258.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.256.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 256.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 256.

concepção alemã revestiu-se, pois, também, na idéia de uma relação necessária e racional entre meios e fins, fosse sua aplicação na esfera legislativa ou administrativa.

Foi, então, na jurisprudência alemã que o princípio da proporcionalidade restou dividido em três subprincípios, a saber: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro se refere à necessidade de uma adequação entre o meio utilizado e a finalidade almejada e perseguida. O segundo trata a necessidade de determinada medida frente a verificação de existência ou inexistência de meios menos gravosos para a realização dos fins visados. Por fim, o terceiro, ou a proporcionalidade em sentido estrito que, conforme Barroso, “[...] consiste na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima⁵⁶”. Depreende-se, então, que “[...] são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os *motivos* (circunstâncias de fato), os fins e os meios⁵⁷”.

Por fim, valemo-nos, pois, visando concluir o presente tópico, de trecho da obra do Professor Willis Santiago Guerra Filho, que sintetiza o aqui exposto:

O modelo desse sistema que se pretendia esboçar aqui, com vistas à orientação daqueles que se deparam com a tarefa de interpretar a atual Constituição brasileira, é formado por dois tipos básicos de normas, Isto é, *regras e princípios*, a serem aplicados mediante uma ordenação, em que as primeiras são entendidas e validadas pela sua referência aos últimos, os quais, por sua vez, possuem graus diversos de relevância para o atingimento da finalidade do sistema (legalidade, com respeito à dignidade humana), o que requer uma aplicação baseada na proporcionalidade, a fim de que haja o maior atendimento possível de certos princípios, com a mínima desatenção dos demais.⁵⁸

Com base no exposto, observa-se que o princípio da razoabilidade se encontra em um conjunto de proposições de uma dimensão deveras subjetiva, conforme memora o doutrinador mencionado, “é razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar⁵⁹”. A busca por uma justiça eficaz e efetiva está intimamente ligada ao princípio da razoabilidade e, este, vincula-se diretamente com o que se pode chamar de uma nova hermenêutica constitucional, a ser tratada no tópico seguinte.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.260.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 260.

⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 158

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 259.

2.3 HERMENÊUTICA NO PÓS-POSITIVISMO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

O Direito brasileiro, como já abordado neste estudo, vivencia profundas mudanças sentidas e vividas em todos os âmbitos de sua aplicação. Vivemos em uma realidade em que se faz necessário o rompimento com as premissas metodológicas tradicionais, remanescentes dos ideais positivistas, onde a interpretação era compreendida, segundo Barroso, “[...] como uma atividade que lidava com os significados possíveis das normas em abstrato; e a aplicação, como uma função de concretização daqueles significados⁶⁰”. Para os tradicionalistas, a atividade interpretativa do Direito seria meramente técnica, independentemente de quaisquer critérios de criatividade por parte do intérprete. *Friedrich Müller* pondera que “o processo da decisão jurídica é apresentado como procedimento de dedução lógica, a realização do direito é apresentada na sua totalidade como um problema exclusivamente cognitivo⁶¹”. Afirma que a aplicação do direito, nos moldes avançados pelos tradicionalistas (aos quais se contrapõe, frise-se), estaria relacionada à interpretação do texto da norma e não ao verdadeiro conteúdo inserido na norma.

Ainda, em se tratando do rompimento com as premissas hermenêuticas clássicas, necessário, pois, lembrar a íntima ligação, como mencionado supra, com um ideal jusfilosófico “vigente” no determinado momento vivenciado e estudado. Apesar dos, ainda fortes, laços com os ideais *kelsenianos*, a realidade jurídica brasileira se vê muito mais abarcada pelos conceitos do pós-positivismo, de maneira que até a definição do intérprete legal se faz de maneira ampla, o que trataremos a tempo. Seria, então, na concepção de Guerra Filho, uma “superação dialética” à doutrina “pura” do direito, não importando, porém, um total abandono dos seus moldes.

A interpretação do direito sempre se encontrou vinculada à noção de efetividade do mesmo. O professor André Ramos Tavares, grande constitucionalista brasileiro, estabelece que a hermenêutica do Direito:

[...] é a operação intelectual por meio da qual a partir da linguagem vertida em disposições (enunciados) com força normativa o operador do Direito chega a determinado e específico conteúdo, sentido e objetivo desse enunciado, em face de um caso concreto (real ou hipotético)⁶²

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.271.

⁶¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 6.

⁶² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100.

Contudo, antes de adentrarmos nas novas teorias de interpretação do direito, mister voltarmos à conceituação terminológica do tema aqui abordado, lembrando da distinção feita pelo Professor Barroso⁶³, entre os conceitos de hermenêutica, interpretação, aplicação e construção. Nas palavras do douto jurista, “a hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito⁶⁴”. Em outras palavras, seria a junção procedimental das condições de interpretação do Direito. Por sua vez, a interpretação jurídica se faria relacionada diretamente com a atribuição de sentido ao texto e outros elementos normativos, utilizando-se, para isso, de métodos e técnicas científicos. Ainda, a aplicação de uma norma jurídica seria o último momento da interpretação, onde ocorreria o vislumbre de sua incidência no caso concreto ou sobre os fatos relevantes. Seria na aplicação “[...] a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o *ser* ao *dever ser*⁶⁵”. Por fim, postando-se de maneira antagônica à noção de interpretação, a construção seria uma busca a conclusões extrínsecas ao texto da norma, de maneira a atingir a efetivação do direito almejado.

Ainda, faz-se necessária uma rápida distinção entre a hermenêutica jurídica em sentido geral e a hermenêutica constitucional, objeto do presente estudo. Notoriamente, que existem divergências quanto a uma possível diferenciação entre os métodos de ambas, principalmente dada à realidade contemporânea, onde a “constitucionalização” dos diferentes âmbitos do direito se faz cada vez mais evidente, quebrando, inclusive, as antigas e antiquadas distinções entre direito público e privado, por exemplo. Contudo, voltando ao foco do presente estudo, Tavares⁶⁶ advoga a idéia de que “é viável admitir uma prática da hermenêutica especificamente constitucional”, que ocorreria em virtude de uma “série de ocorrências particulares que exigem uma consideração específica e própria no trato da norma”. Seria, em outras palavras, aceitável uma distinção na metódica do Direito Constitucional baseada nas peculiaridades inerentes à própria ciência, a exemplo, o professor retro mencionado pontua: “[...] a supremacia da Constituição, a utilização de normas

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.270-272.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 270.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.271.

⁶⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 102.

abstratas, de princípios, o tratamento dos direitos fundamentais e dos poderes da esfera pública⁶⁷”.

Ainda, com entendimento similar, *Müller* afirma, em sua teoria da *Juristische methodik*, que:

Como questões de método são questões materiais, os problemas de uma metódica do direito constitucional que deve ser elaborada aqui e hoje não podem ser separados da peculiaridade dessa Lei Fundamental, dos seus teores materiais e do destino desse ordenamento constitucional na história [...] Igualmente nítida se afigura a necessidade de desenvolver um método próprio do direito constitucional independente da metódica da história do direito, da metódica da teoria do Direito [...]⁶⁸

Em seu trabalho, o jurista alemão posiciona-se contra o positivismo legalista tradicional, principalmente no tocante à interpretação do Direito Constitucional. Elabora a estrutura de sua teoria, condenando os métodos desenhados por *Savigny* e pregando total desapego ao mesmo. Nas palavras de *Müller*, “a norma jurídica, é mais do que o seu teor literal [...] por isso não mais devemos falar de interpretação ou explicação, mas sim de concretização da norma⁶⁹”. Defende, ainda, que o intérprete da norma deve levar em consideração o que denomina “vontade da norma”, ou seja, para a concretização da norma, deve ser feita uma análise dos seguintes elementos:

a) elementos metodológicos “*strictiore sensu*” (interpretações gramatical, histórica, genética, sistemática e “teleológica”, bem como princípios isolados da interpretação da constituição); b) elementos do âmbito da norma; c) elementos dogmáticos; d) elementos de teoria; e) elementos de técnica de solução e f) elementos de política do direito e política constitucional.⁷⁰

Guerra Filho traduz os ideais contidos na obra de *Müller*:

[...] o texto da norma que expressa o programa normativo, a ordem jurídica em seu sentido tradicional, com igual hierarquia, pertence à norma, ao âmbito normativo, ou seja, o setor da realidade social em sua estrutura básica, que o programa normativo há escolhido ou, em parte, tenha criado, como seu âmbito de regulação⁷¹

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 103.

⁶⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 67-68.

⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 105.

⁷⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 105-106.

⁷¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 165.

Sendo, sob o prisma da metódica estruturante, a norma jurídica necessariamente entendida como um projeto vinculante do que se regra e do que se pretende ser regrado, superando a contraposição clássica entre ser e dever ser.

Ainda sobre a interpretação constitucional, Peter Häberle, jurista alemão, escrevera a obra intitulada “Hermetica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição”. A teoria do retro mencionado professor tem seu sustentáculo sobre a idéia de que:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição⁷²

A idéia de que a atuação, em nome da Constituição, de qualquer indivíduo se constituiria uma interpretação constitucional é o cerne da obra de Häberle. Para ele “[...] a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade⁷³”. Seria, pois, a hermenêutica em uma sociedade aberta de intérpretes função essencial para o exercício da democracia. Quanto mais se ampliasse o círculo de intérpretes da Constituição, mas ser faria uma sociedade livre e aberta. Frise-se, por fim, que nos ideais sustentados pelo jurista retro exposto, todos os “participantes” ou interessados no caso sob apreciação, constituíram-se intérpretes da Constituição, podendo ser as funções estatais, os participantes do processo de decisão que não são necessariamente órgãos do Estado, a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores e a própria doutrina constitucionalista, exemplos estes lembrados pelo doutrinador.

Resta, então, a inegável contribuição dos doutrinadores aqui explicitados para o desenvolvimento da hermenêutica constitucional com suas características específicas vinculadas ao universo normativo peculiar a uma Constituição.

⁷² HÄBERLE, Peter. *Hermetica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p.13-15.

⁷³ HÄBERLE, Peter. *Hermetica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.p. 18.

Retornando, então, as questões pertinentes a nova hermenêutica constitucional, necessário explicitar algumas categorias ainda não expostas neste trabalho. Sabe-se que a normatividade atribuída aos princípios e sua distinção do conceito de regras são características fundamentais da nova interpretação constitucional, desnecessário, pois, retomarmos os já trabalhados conceitos acerca do tema, apenas importante fazer uma rápida consideração acerca das modalidades de eficácia dos princípios constitucionais, em virtude da relevância para o tema aqui tratado. Posteriormente, crucial trabalharmos duas questões específicas e incidentes na realidade jurídica neoconstitucional: os conceitos jurídicos indeterminados e as colisões de normas constitucionais.

Em uma breve exposição, podemos classificar as modalidades de eficácia dos princípios constitucionais em eficácia direta, eficácia interpretativa e eficácia negativa. A eficácia direta, também denominada positiva ou simétrica, consiste na situação em que o princípio incide sobre a realidade de maneira análoga a uma regra, com o fato enquadrando-se à proposição jurídica contida na descrição da norma. Já a eficácia interpretativa, conforme o Professor Barroso, “consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio pertinente⁷⁴”. Por sua vez, a eficácia negativa estaria vinculada a idéia de paralisação na aplicação de qualquer norma ou ato jurídico, que se encontrasse em contraposição ao princípio constitucional em questão.

Pois bem, passando a noção de conceitos jurídicos indeterminados, Barroso pontua que “constituem manifestação de uma técnica legislativa que se utiliza de expressões de textura aberta, dotadas de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto⁷⁵”. A norma em abstrato não conteria os elementos de sua aplicação de maneira integral e, para isso, seria necessária a valoração de fatores objetivos e subjetivos por parte do intérprete, de maneira que se buscasse definir o sentido e o alcance da norma no caso concreto. Para isso, o jurista supra mencionado, assevera que “a característica essencial das cláusulas gerais é o emprego da linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir para o intérprete

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.320.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.311.

o papel de completar o sentido da norma, à vista dos elementos do caso concreto⁷⁶”. Ainda, faz a seguinte distinção:

Em suporte da distinção cabe rememorar aqui a estrutura binária típica de uma norma de conduta, que contém (i) a previsão de um fato e (ii) a atribuição a ele de uma consequência jurídica. Pois bem: os conceitos jurídicos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que os juízos discricionários situam-se no plano das consequências jurídicas.⁷⁷

Com base no exposto, resta cristalino que não existe confusão, pois, entre a noção de valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados com o poder discricionário. A diferença crucial entre os dois reside na questão de que, no primeiro caso, o intérprete atuará de maneira técnica, conforme regras de experiência, embasado por precedentes ou, eventualmente, utilizando-se de elementos extrínsecos ao Direito. Por sua vez, o exercício da competência discricionária compreende, senão, “a formulação de juízos de conveniência e oportunidade, caracterizando uma liberdade de escolha dentro do círculo pré-traçado pela norma de delegação⁷⁸”.

Finalizando o presente capítulo, importa não olvidarmos de uma questão de fundamental importância dentro da hermenêutica constitucional pós-positivista: a colisão entre normas constitucionais.

Notoriamente que em um sistema onde predomina a noção de unidade da Constituição, não de ocorrer conflitos entre as normas presentes no mesmo. Tais colisões podem ocorrer entre princípios constitucionais, entre direitos fundamentais e entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais. Caberá, então, ao intérprete-aplicador da norma, através de técnicas hermenêuticas, definir qual será o valor a ser priorizado no caso concreto. Neste sentido, surge um sistema de enorme valia, fundamental para a solução dos conflitos conforme os retro mencionados: a técnica da ponderação.

Contrapondo-se a técnica tradicional da subsunção onde a premissa maior (norma) incide sobre a premissa menor (fatos) de maneira a produzir um resultado, a técnica da ponderação é utilizada quando existem várias premissas maiores incidentes em um único fato, onde há necessidade de uma conclusão. Seria, a ponderação, um processo intelectual que, nas

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 314-315.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto Op.,Cit., p.314.

palavras de Barroso, “tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade⁷⁹”.

Ainda, conforme o raciocínio do doutrinador, seria possível descrever a ponderação como um processo de três etapas. Na primeira, o intérprete estaria incumbido de identificar no sistema jurídico as normas relevantes para a solução do caso e os eventuais conflitos entre elas. Neste momento, far-se-ia necessário agrupar conjuntos de normas em função das soluções por elas sugeridas, a fins de facilitar uma comparação entre os elementos normativos postos em pauta. Em um segundo momento, seria feita a análise dos fatos, observando as circunstâncias concretas do caso e a interação com os elementos normativos. Por fim, em um terceiro momento, seria aplicada efetivamente a técnica da ponderação, assumindo postura inversa à subsunção. É na terceira etapa que ocorre a ponderação entre os diferentes conjuntos de normas e o efeito prático da incidência dos mesmos no caso analisado. Sendo necessário graduar a intensidade da atuação do agrupamento normativo sobre a solução almejada.

“A metáfora da ponderação, associada ao próprio símbolo da justiça, não é imune a críticas, sujeita-se ao mau uso e não é remédio para todas as situações⁸⁰”. Luís Roberto Barroso, com estas palavras, evidencia a carência que a especificidade representa ao pós-positivismo, como escola despida de uma metodologia única e exata, cuja busca pela efetividade da justiça deve preponderar sobre qualquer outra questão incidente.

Por fim, de maneira a sintetizar o aqui exposto, importante transcrever algumas palavras do aclamado jurista italiano Mauro Capelletti:

Mas a verdadeira, a grande novidade está no terceiro momento, ou seja, na tentativa de transformar a imprecisão e a imóvel elasticidade daquelas fórmulas e a inefetividade daquela prevalência em uma efetiva, dinâmica e permanente “concretização”, através da obra de um intérprete qualificado [...] o especial juiz constitucional. Aqui, verdadeiramente, o gênio dos homens atingiu o seu vértice; a aspiração ao eterno, uma aspiração que renasce perenemente de suas próprias cinzas, encontra aqui a sua concreta conciliação com a realidade; a eternidade dos valores, aquela eternidade que a história mostrou ser impossível e também sempre suprema utopia da humanidade, concretiza-se através do trabalho atuante do juiz.⁸¹

Capelletti estabelece em sua obra que existiriam três grandes momentos em que os homens tentaram estabelecer hierarquias entre leis objetivando os valores. Em um primeiro momento os valores restariam concretizados em normas vagas, ambíguas, imprecisas e

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 336.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 337.

⁸¹ CAPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. P. 12. APUD TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131.

programáticas. Em um segundo momento, restou o caráter rígido da constituição como óbice ao desenvolvimento dos valores no ordenamento. Neste diapasão, conforme o exposto, vivenciamos o “terceiro momento”. Em que buscamos um caminho central onde foram traçados valores supremos revestidos de positividade na condição de princípios que norteiam a interpretação de um sistema normativo como um todo. É, então, neste processo que a Constituição e o Direito Constitucional, atingem, com escusa pelo trocadilho, seu lugar de Direito.

3 OS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Como já debatido no presente trabalho, é na valoração dos princípios e atribuição de caráter normativo aos mesmos que reside à principal mudança paradigmática da filosofia jurídica, do Direito Constitucional e da hermenêutica jurídica. No presente tópico trataremos dos princípios gerais do direito no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a diferenciação feita por alguns doutrinadores atinente a possíveis categorias dos princípios constitucionais.

Não sendo excessivo memorar, o Professor André Ramos Tavares, tratando das normas principiológicas, pondera que:

Os princípios constitucionais são normas presentes na Constituição que se aplicam às demais normas constitucionais. Isso porque são dotados de grande abstratividade, e têm por objetivo justamente imprimir determinado significado às demais normas. Daí resulta o que se denomina sistema constitucional, que impõe a consideração da Constituição como um todo coeso de normas que se relacionam entre si (unidade da Constituição). Os princípios constitucionais, portanto, servem de vetores para a interpretação válida da Constituição.⁸²

Utiliza-se, ainda, das idéias expostas por seu par, o Professor Ivo Dantas, que nos presenteia com a noção de que:

[...] Princípios são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivismo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma sociedade[...]⁸³

Neste sentido, os princípios nos parecem bem enquadrados na idéia de que seriam norteadores do próprio Estado maior. Dotados de normatividade dada sua positivação no âmbito constitucional e frente aos anseios do período contemporâneo, como já abordado.

O aclamado jurista Miguel Reale, contempla que “[...] os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento⁸⁴” e que, com base nesta definição, seriam, pois, conseqüentes motivos “[...]de ordem prática operacional[...] pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis⁸⁵”. Conforme estabelece em sua obra, os princípios

⁸² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126.

⁸³ DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. p.59 APUD TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126.

⁸⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 303.

⁸⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 303.

classificam-se em três categorias, a saber, princípios omnivalentes, princípios plurivalentes e princípios monovalentes. Os primeiros seriam relacionados a todas as formas de conhecimento, como os casos citados dos “[...] princípios de identidade e de razão suficiente⁸⁶”. Os princípios plurivalentes seriam aplicados à vários campos de conhecimento, contudo, não apresentando aplicação geral, a exemplo do princípio da causalidade inerente às ciências naturais. Por derradeiro, os princípios monovalentes só valeriam no âmbito específico de uma determinada ciência, caso em que classifica os, aqui abordados, princípios gerais do direito, que para Reale são “enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, que para a elaboração de novas normas⁸⁷”. Sob este prisma, cobrem tanto o campo da pesquisa do Direito, quando a atuação prática do jurista.

Parece-nos bastante eficaz e sintética a conceituação de Reale sobre os princípios como verdades fundantes de um sistema. Nada obstando, todavia, que a tradição e os valores tornem-se mutáveis, cambiando ao longo do tempo ou dotando os princípios positivados de nova interpretação. De maneira semelhante, pronuncia-se José Afonso da Silva, citando ideais de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem os princípios exprimem a noção de “mandamento nuclear de um sistema⁸⁸”.

Acerca da origem dos princípios, Reale memora três correntes distintas. Segundo o jus filósofo, existiriam três correntes principiais que explicam a derivação dos princípios gerais do direito: os princípios positivados na constituição, o direito comparado, onde os princípios gerais do direito seriam comuns a diversos ordenamentos jurídicos distintos e os princípios provenientes do direito natural, inerentes à noção de indivíduo social e os clamores da lei natural do homem.

Por sua vez, Jose Afonso da Silva estabelece uma rápida distinção entre os princípios fundamentais positivados e os princípios gerais do direito. Segundo ele⁸⁹, os primeiros restariam conceituados como sendo fundamentais para a caracterização política e a estrutura do Estado. Em contraposição, em relação aos princípios gerais do direito, o autor embasa sua teoria nas palavras de Pinto Ferreira:

A ciência do direito constitucional induz da realidade histórico-social os lineamentos básicos, os grandes princípios constitucionais, que servem de base à estruturação do

⁸⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 303.

⁸⁷ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 304.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. P. 450-451 APUD SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 93.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 96.

Estado. Os princípios essenciais assim estabelecidos são *summa genera* do direito constitucional, fórmulas básicas ou postos-chaves de interpretação e construção teórica do constitucionalismo, e daí se justifica a atenção desenvolvida pelos juristas na sua descoberta e elucidação. Eles podem ser reduzidos a um grupo de princípios gerais, nos quais se subsumem os princípios derivados, de importância secundária.⁹⁰

Nada impede salientar que, para nós, a visão do professor Afonso da Silva se encontra ultrapassada a partir do momento que destaca a importância secundária do grupo de princípios derivados. A concepção defendida pela doutrina contemporânea frise-se, pós-positivista, está plenamente relacionada com o princípio da unidade da constituição. Descrito na idéia de inexistência de hierarquia entre as normas ali contidas, independentemente de serem normas-regra ou normas-princípios.

Outra distinção importante encontrada na doutrina constitucionalista brasileira foi estabelecida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seu “Curso de Direito Constitucional⁹¹”. Segundo o professor, os princípios estariam divididos entre inferidos e prescritivos. Os princípios inferidos seriam aqueles que aparecem como regras, daí a denominação. Estabelece que “sem dúvida, na atividade de elaboração da Constituição, estavam claros como diretrizes na mente dos constituintes, mas desapareciam quando feita a obra, como andaimes que se retiram de uma construção terminada⁹²”. Já sobre princípios prescritivos assevera que “[...] são editados para prescrever linhas de conduta ou de orientação, que indicam o rumo de efetivação da Constituição. Eles traduzem certamente valores que inspiram a Lei Magna⁹³”.

Retornando ao prisma próprio dos princípios gerais do direito, Luís Roberto Barroso estabelece uma nova classificação dos princípios. Conforme explica em sua obra “Interpretação e Aplicação da Constituição⁹⁴”, os princípios se subdividem em instrumentais de interpretação constitucional e princípios constitucionais materiais. Para o objeto de estudo do presente tópico nos interessam os princípios constitucionais materiais que, por sua vez, estariam divididos em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais.

Na lição de Barroso, os princípios fundamentais “[...] expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial⁹⁵”.

⁹⁰ FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. P. 178. APUD SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 93.

⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 391.

⁹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 392.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 376.

Seriam os princípios de organização do poder político, os objetivos fundamentais à República, os princípios que regem as relações internacionais e o princípio da dignidade da pessoa humana, que, conforme estabelece, “[...] se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial pautada pelos direitos fundamentais⁹⁶”. Os princípios constitucionais gerais seriam especificações dos direitos fundamentais, com menor grau de abstração, apresentam maior facilidade na determinação do núcleo em que operam como regras e, em virtude disso, “[...] prestam-se de modo concorrente à tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam⁹⁷”. Restariam expressos, em sua grande maioria, no Art. 5º da Constituição. Por fim, haveriam os princípios setoriais, também denominados especiais, que são aqueles que se direcionam à um conjunto específico de normas sob as quais incidem. Barroso lembra que apesar de sua irradiação limitada, “[...] no seu âmbito de atuação são supremos⁹⁸”. Como exemplo, citamos o princípio da reserva legal em matéria penal, o princípio da anterioridade em matéria tributária e o princípio da anualidade eleitoral. Este último a ser estudado mais a frente.

Com base no exposto, pode-se inferir que os princípios gerais do direito, na conceituação pós-moderna por nós trabalhada, são reflexos de todo o ordenamento jurídico e político do País. Independentemente das diferentes classificações doutrinárias aqui transcritas, percebe-se a valorização das normas-princípios como detentoras de uma “verdade constitucional”, uma vontade do legislador constituinte sob a égide do povo, na condição representativa, presente nas entrelinhas e na abertura típica das normas constitucionais aqui expostas.

3.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Um dos fenômenos jurídicos recentes e, ainda, incompletamente digerido pela comunidade jurídico-acadêmica como um todo, está relacionado ao processo de constitucionalização do direito. Relacionado diretamente com as significativas mudanças já abordadas no presente trabalho, advindas no pós-guerra, com a transformação do Estado Liberal em Estado Social.

Faz-se mister, inicialmente, transcrevermos a definição de Barroso sobre a Constitucionalização de maneira a clarificar a compreensão do movimento aqui discutido:

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.

Complementa o professor potiguar Jorge Aquino, que o fenômeno da constitucionalização do direito “[...] acabou por operar duas grandes mudanças no antigo paradigma jurídico: eliminar os limites estabelecidos entre Direito Público e Direito Privado e, operar uma coletivização do Direito⁹⁹”.

Neste sentido, cumpre trabalharmos cada conceito aqui levantado de maneira pontual. Pois bem, conforme assevera Jorge Aquino no trecho supra transcrito, a constitucionalização servira para eliminar os antigos limites impostos pela consciência jurídica tradicional onde existia uma divisão doutrinária e prática entre os ramos do Direito Privado e os ramos do Direito Público. Neste sentido, é válido lembrar que comumente nos deparávamos com a noção de que o Código Civil seria o centro jurídico relacionado ao Direito Privado, da mesma maneira que a Constituição se fazia para o Direito Público. Nas palavras de Aquino, “na dicotomia existente entre o Direito Privado e o Público, um girava em torno do aspecto privado e individual da vida enquanto o outro, oriundo do Estado, normatizava os aspectos de interesse geral da sociedade¹⁰⁰”. Ainda sob esta perspectiva, Barroso afirma que:

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais.¹⁰¹

A realidade do sistema jurídico com onde a Constituição é dotada de força normativa, acabara por ser transformada de maneira progressiva em face das necessidades da

⁹⁹ AQUINO, Jorge. *Hermenêutica Jurídica*. Natal: KMP, 2009. p. 314.

¹⁰⁰ AQUINO, Jorge. *Hermenêutica Jurídica*. Natal: KMP, 2009. p. 315.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Em: SARMENTO, Daniel; SOUSA NETO, Cláudio Pereira. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p. 226.

sociedade no Estado Social. No caso do Brasil, foi com grande maestria que a Constituição se fez aparecer para se impor de maneira sem precedente em nosso ordenamento. Influenciada por diversos fatores como os anseios de uma sociedade em choque por um longo período marcado pela crueldade da ditadura militar, os movimentos neoconstitucionais vanguardistas que começavam por se mostrar eficazes ao redor do mundo e, também, a própria descodificação do Código Civil teve sua importância neste processo.

Com base neste câmbio onde a Constituição atinge seu lugar de merecidas honras, o centro do ordenamento jurídico, a mesma deixa de ser um sistema único dotado de ordem, unidade e autonomia, e passa a ser um “filtro” para os demais ramos do direito infraconstitucional, atuando de maneira em que toda a ordem jurídica, conforme Barroso, “[...] deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados¹⁰²”. Conclui, neste prisma, que “[...] a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como principal marca a inclusão na Lei Maior das normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional¹⁰³”.

Necessário, contudo, uma rápida ponderação. A constitucionalização do direito não só irradia as normas constitucionais pelo ordenamento jurídico infraconstitucional, atuando, apenas, de maneira hermenêutica e embasada na superioridade hierárquica da Constituição. Também, estabelece inúmeras questões pertinentes aos ramos do direito infraconstitucional, de maior ou menor importância, em seu rol de prescrições normativas postas à condição de superioridade no ordenamento jurídico. Barroso, contrapondo-se à ilusória sensação de maturidade constitucional, atribui esta característica ao fato de que a nossa Carta Magna seria:

[...] a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa.¹⁰⁴

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Em: SARMENTO, Daniel; SOUSA NETO, Cláudio Pereira. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p. 227.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Em: SARMENTO, Daniel; SOUSA NETO, Cláudio Pereira. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p.227.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Em: SARMENTO, Daniel; SOUSA NETO, Cláudio Pereira. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p.225.

Notoriamente que, em virtude da delimitação e dos objetivos do presente estudo, não nos cumpre pormenorizar as condições históricas da constitucionalização do direito ao redor do mundo, contudo, frente às duras críticas feitas pelo professor Barroso, é necessário que nos comparemos com os demais exemplos de êxito do direito constitucional e da constitucionalização ao redor do mundo, com especial destaque à Constituição dos Estados Unidos da América, cujo texto existe desde 1787, e reflete uma realidade jurídica onde a Lei Magna desde seu nascimento é documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo judiciário. Concordarmos com o professor retro citado ao memorarmos que a Constituição brasileira é recheada de excessos normativos, catalogação de previsões onde por vezes se mostram regras miúdas e impertinentes ao documento, dotando-o de um volume inclusive desnecessário.

Em defesa da Constituição, estabelecendo uma conexão entre a validade dos princípios no contexto pós-positivista e a constitucionalização dos direitos, em seu sentido de prescrição de direitos infraconstitucionais em seu texto, encontramos em nossa *Lex Mater* diversos princípios dos variados ramos do Direito pátrio, já definidos neste trabalho sob a conceituação estabelecida por Barroso de “princípios setoriais”. Caminhemos, pois, ao epicentro analítico deste estudo.

3.3 O DIREITO ELEITORAL E O PRINCÍPIO DA ANUALIDADE

Dentre a gama de ramos encontrados no direito infraconstitucional, optamos por fazer uma análise específica do Direito Eleitoral, ramo de recente desenvolvimento doutrinário e com vínculo quase umbilical com o Direito Constitucional, dado o caráter extremamente dinâmico e mutável da sua legislação pertinente, onde, por vezes, restam apenas os norteamentos da Lei Maior.

Tendo em vista, também, o objeto central do nosso estudo, o pós-positivismo jurídico, importa nos ater, aqui, aos princípios do direito eleitoral, de maneira específica ao princípio da anualidade, consubstanciado no art. 16 da nossa Constituição Federal, a ser trabalhado no presente tópico.

Pois bem, inicialmente é importante frisar que existem divergências na doutrina brasileira acerca dos princípios do Direito Eleitoral. Pode-se atribuir este impasse ao fato de que o foco de muitos doutrinadores é a abordagem prática da disciplina, utilizando, para isso, dos embasamentos gerados por suas experiências em seus campos próprios de atuação, o que

resulta em uma análise superficial da parte filosófico-doutrinária ou até uma negligência a este aspecto. Podemos atribuir a escassez doutrinária, também, a percepção de que as normas eleitorais encontram-se espalhadas ao longo de nossa Constituição, quedando-se difícil estabelecer o que estaria diretamente vinculado com o ramo em específico. Neste sentido, cumpre-nos, antes de adentrarmos no princípio cerne do nosso estudo, estabelecer os princípios eleitorais comumente abordados.

O professor Erick Wilson Pereira¹⁰⁵ estabelece uma sutil diferenciação entre os princípios do direito eleitoral. Em sua obra, encontramos a classificação distinta de princípios específicos do direito eleitoral e princípios gerais do Direito Eleitoral. Pereira, elenca, como rol de princípios específicos do direito eleitoral, o princípio da anualidade, o princípio democrático, o princípio das minorias, o princípio da igualdade, o princípio da liberdade, o princípio da moralidade, o princípio republicano e o princípio da proporcionalidade. Por sua vez, os princípios gerais do Direito Eleitoral seriam o princípio da ampla defesa e o devido processo legal, o princípio do direito de petição, o princípio da informação, o princípio da irretroatividade, o princípio da instrumentalidade das formas, o princípio da inocência, o princípio da legalidade, o princípio da lealdade processual e o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

O professor Marcos Ramayana¹⁰⁶, é um pouco mais sucinto e elenca em seu livro os princípios da lisura das eleições, do aproveitamento do voto, da celeridade, da devolutividade dos recursos, da preclusão instantânea, da anualidade, da responsabilidade solidária entre candidatos e partidos políticos, da irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral e o princípio da moralidade eleitoral.

Pouquíssimo a mais do que o retro citado se encontra na diferenciação dos princípios eleitorais encontrados na doutrina do Direito Eleitoral brasileiro. Contudo, o nosso objeto no presente estudo reside no princípio da anualidade eleitoral, que passaremos a tratar de maneira um pouco mais pormenorizada, neste momento.

Em artigo publicado pelo Jornal Carta Forense, o professor Agassiz Almeida Filho, introduz o tema da seguinte maneira:

O processo histórico-normativo por trás da evolução do Estado Constitucional - modelo de domínio político em que o Estado é estruturado e limitado por uma Constituição - tem como objetivo, entre outros aspectos, a limitação efetiva do poder político. Essa busca de limitação do poder, que condiciona a própria

¹⁰⁵ PEREIRA, Erick Wilson. *Direito Eleitoral: Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais-Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁰⁶ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 7.ed. Niterói: Impetus, 2007.

compreensão do Estado Constitucional, não se manifesta apenas durante o exercício do poder estatal. Ela também se faz presente no decorrer do processo eleitoral.¹⁰⁷

Felizes se mostram as ponderações retro. Afinal, impossível concebermos a eficácia do Estado e sua atuação embasada na Constituição, sem ponderarmos a crucial importância do processo eleitoral, como cerne do exercício da própria democracia. Neste contexto, o princípio da anualidade eleitoral, inferido pelo art. 16 da Constituição Federal, se mostra como um “escudo” em defesa da segurança jurídica em todos os seus âmbitos. Dispõe a redação constitucional: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência¹⁰⁸”.

O Princípio da anualidade mostra sua relevância em inúmeros aspectos distintos. O Ministro Celso de Mello, durante o julgamento da ADIN 3542 é categórico ao afirmar que o princípio da anualidade tem:

[...] o declarado propósito de impedir a deformação do processo eleitoral mediante as alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romper a igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas principais: as agremiações partidárias e os próprios candidatos.¹⁰⁹

Os professores Roberto Amaral e Sérgio Sérulo da Cunha concluem, por sua vez, que o objetivo do princípio consubstanciado no art. 16 da Carta Magna “[...]é conter o vício político-parlamentar de promover legislações ânua e casuísticas, impostas em cima do pleito, regulando-o em função dos interesses da maioria¹¹⁰”. Neste sentido, ainda, conclui o professor Rodrigo López Zílio:

A adoção do princípio da anualidade no Direito Eleitoral fundamenta-se na segurança jurídica exigida por toda coletividade e, também, por evidente, pelos participantes do processo eleitoral. O constituinte – ciente das mudanças casuísticas a que está exposta toda a legislação pátria, da prevalência do influxo de interesses pessoais e privados, bem como da sempre nebulosa interferência do abuso do poder econômico e político – teve por escopo o resguardo da estabilidade do processo eleitoral, preservando-o de alterações jungidas por conveniências meramente setoriais e circunstanciais.

¹⁰⁷ ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Inelegibilidade e Presunção de inocência*. 2010. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=5755>>. Acessado em: 01 dez. 2010.

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁰⁹ ADIN 3542 – DF APUD ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 25.

¹¹⁰ AMARAL, Roberto, e CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Manual das Eleições*. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2006. p.18. APUD ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 24.

Com base no exposto, percebemos que uma das preocupações do legislador constituinte foi assegurar ao partícipe do processo eleitoral que conhecesse “as regras do jogo” previamente, bem como fornecer-lhe a segurança necessária de que não haveria um eventual câmbio no decorrer do processo. É possível inferir, também, que o princípio da anualidade é muito mais do que uma mera previsão legal que limita a parte procedimental do processo eletivo. Consoante o aqui trabalhado, a anualidade mostra-se como um princípio que visa a própria manutenção e defesa da Democracia, tendo em vista a possibilidade de forças políticas dominantes no legislativo, poderem se utilizar de tal influência para elaborar leis que sirvam aos interesses do partido ou grupo partidário, prejudicando os adversários e garantindo uma imutabilidade deveras nociva.

O Professor Djalma Pinto, em sua obra *Direito Eleitoral*, classifica a anualidade como sendo um princípio essencial à Democracia, frise-se a locução “essencial” utilizada. Define que:

Trata-se de um princípio salutar, expressamente consagrado no art. 16 da Constituição. Proíbe a aplicação de lei, cuja vigência tenha ocorrido até um ano antes da eleição. Ao legislador é permitido alterar a lei eleitoral, todavia, a produção dos efeitos desta somente alcançará a eleição que venha a se realizar até um ano da data em que entrou ela em vigor. A segurança das normas que disciplinam a disputa pelo poder é fator fundamental para a preservação da democracia.¹¹¹

Por sua vez, o advogado paraibano Edward Johnson Gonçalves de Abrantes, em artigo publicado sobre o princípio em questão cita fundamental trecho de voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes em julgamento no Supremo Tribunal Federal da ADIN 3.685-8/DF. Segundo o Douto Ministro:

O pleno exercício dos direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de regras que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a restringi-las ou subtraí-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. As restrições à essa regra trazidas no bojo da reforma constitucional

¹¹¹ PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 141.

apenas serão válidas na medida que não afetem ou anulem o exercício dos direitos fundamentais que conformam a cidadania política.¹¹²

Eis que a importância do princípio da anualidade frente ao ordenamento jurídico brasileiro é de lógica cristalina. Não é benéfico, nem possível conceber uma manutenção do jogo democrático através da instabilidade legislativa do processo eleitoral. Neste norte, deveras salutar a lembrança de que uma lei desvirtuada que vise ou que como consequência venha a modificar o processo eleitoral “às vésperas” de uma eleição, ou imediatamente após, vem a ferir a autonomia organizacional de um partido, quando é sabido que existem diversas estratégias políticas e planejamentos financeiros. Também, a pessoa do candidato, que acima de tudo, há de ser respeitado como pessoa humana que é, com a proteção de todas as suas garantias. Por fim, a própria sociedade, que resta perdida em meio a insegurança jurídica provocada por alguma eventual violação, e por vezes encontra na figura do seu voto a oportunidade de almejar mudanças, confiando cega e apaixonadamente seja no candidato, na ideologia que ele representa ou no partido político e valores agregados. Confiança, esta, metaforicamente digna de um pai para com seu filho.

¹¹² ADIN 3.685-8/DF APUD ABRANTES, Edward Johnson Gonçalves de. *Eficácia imediata da lei ficha limpa e o princípio da anualidade eleitoral*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2533, 8 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14996>>. Acesso em: 1 dez. 2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a contribuição legada pelo positivismo ao ordenamento jurídico do modo como é entendido hoje. A sustentação da tese de que a ciência jurídica para ser considerada efetivamente ciência deveria ser “pura”, isenta da interferência de outras ciências, com método próprio, foi de fundamental importância para o desenvolvimento do Direito em todas as suas características básicas, como a imperatividade e coercibilidade da lei.

Contudo, não mais era possível utilizar-se dessas premissas tradicionais, frente ao mundo contemporâneo, onde a sociedade necessitava, evidentemente, da proteção do Estado revestido do caráter democrático. Conforme fora abordado no presente trabalho, restou estabelecido o momento inicial em que o Estado passa de sua fase liberal para a fase Social ou Constitucional, quando surge a Lei Fundamental de 1949 na Alemanha, marco do constitucionalismo pós-moderno, que depois acabara resultando no pós-positivismo jurídico.

A doutrina pós-positivista, então, estabelece, como já exposto, a reaproximação entre o Direito e outras ciências, bem como a influência dos valores (morais e éticos) na ciência jurídica, abrangendo desde o processo legislativo, a hermenêutica jurídica até a interpretação doutrinária. Os princípios, como norteadores de todo o ordenamento jurídico, assumem a posição de fonte primária do direito, dotando-se de normatividade e equiparando-se à condição das regras.

As Constituições pós-modernas vêm sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana irradiado por todo o ordenamento jurídico. Ainda, como marca do neoconstitucionalismo, surge a figura dos direitos fundamentais, tidos como núcleo de proteção essencial pelo ordenamento jurídico, sejam individuais, coletivos ou difusos.

A hermenêutica jurídica toma uma nova roupagem e abandona o, antes exclusivo, método da subsunção, passando a, também, utilizar-se da ponderação e argumentação como meios para solução de conflitos normativos e sociais. Notoriamente, que os conceitos do pós-positivismo passaram a desempenhar papel de progressivo destaque no decorrer dos anos e no sucesso do constitucionalismo pós-moderno. No Brasil, foi com a Constituição Federal de 1988 que surgiram tais modificações, transformando o País no Estado democrático de Direito, com proteção à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e reposicionamento da Constituição como Lei Maior.

Contudo, é válido concebermos que, na prática, não podemos afirmar categoricamente que o pós-positivismo é uma realidade plena em nosso ordenamento jurídico. O processo de transição do pensamento jurídico-filosófico é lento e baseado na dialética,

sendo, esta, critério necessário em uma sociedade pluralista, como se vê no Estado brasileiro. Nada obsta afirmarmos, porém, que o pensamento jurídico brasileiro está muito bem orientado neste sentido pós-moderno, mesmo existindo uma mínima resistência de parte da doutrina mais tradicionalista.

Acontecimentos recentes da justiça brasileira impuseram à classe jurídica certa desconfiança a respeito de uma possível “super valorização” do poder judiciário. Isto, em virtude de um possível reflexo da interpretação errônea do novo quadro jusfilosófico que vivenciamos, com reflexos à nova hermenêutica constitucional. Tal situação reflete no fato de se conceder ao órgão judicante a possibilidade de conformar a sua decisão de um caso específico à luz de normas abertas. Neste sentido, o judiciário achou-se no direito e no dever de ampliar sua própria atuação, agindo, também, onde inexistiam normas.

Por vezes a própria negligência em relação à validade dos princípios se mostra evidente nos julgados, o que reflete uma realidade onde o julgador pode “escolher” a sua convicção jurídico-filosófica a cada caso concreto.

Evidencia recente que, frise-se, despertou o interesse de estudo do tema aqui exposto e sua reflexão filosófica, foi a edição recente da Lei Complementar 135/2010, popularmente conhecida por Lei Ficha Limpa. O referido documento legislativo vem com a nobre pretensão de expurgar os eventuais candidatos que não tenham condições de representar a população, sejam intelectuais ou morais.

A promulgação da lei, ocorrida em 04 de julho do presente ano, não deveria, pois, influenciar no pleito de 2010, contudo, a justiça eleitoral como um todo, entendeu que em alguns casos seria possível a aplicação da lei que condiciona o candidato à inelegibilidade. Dentre as várias violações que poderíamos aqui mencionar, frisamos a violação ao princípio da anualidade eleitoral, cláusula pétrea da Constituição Federal.

O princípio estabelece que qualquer lei que altere de algum modo o processo eleitoral só poderá vigorar um ano após sua publicação. Ocorre que, na prática o que vislumbramos foi a condenação massificada de candidatos sob a “teia” da LC 135/2010, inclusive confirmada pelo próprio Tribunal Constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal.

Não há vislumbre lógico e possível para que se viole uma cláusula pétrea da Constituição, um princípio fundamental à Democracia, sob o argumento do clamor popular. O Supremo Tribunal Federal não tem o condão de responder os anseios da população. Sua única vinculação se dá com a Carta Magna, irradiadora de sua atuação, inviolável desde o momento de sua criação.

Há de se frisar que o caráter do presente trabalho, é puramente filosófico. O caso retro citado fora apenas memorado como ponto inicial das ponderações aqui formalizadas. Contudo, o ponto que pretendemos chegar ao desenvolver deste trabalho foi referente ao fato de que nem o maior dos interesses momentâneos justifica o ganho que advém do devido respeito à Constituição. Ora, desnecessário, pois, elencar os inúmeros ganhos dos Estados em sua fase constitucional, com o efetivo respeito e seguimento às normas constitucionais. Não há como compreender uma violação à Constituição como um bem necessário em hipótese alguma. Observe-se, então, que neste cenário do nosso ordenamento resta impossível não relutar frente à insegurança jurídica que tais atitudes do judiciário promovem, gerando, desta maneira, sérias dúvidas a respeito dos rumos do Direito brasileiro. Pondera-se se estaríamos fadados à desconstrução do Estado constitucional, o que a nosso ver é uma idéia exagerada e impulsiva. Em verdade estamos, ainda, como uma democracia plena recente, tentando encontrar nosso modelo democrático com “jeitinho brasileiro”, escusa pela expressão popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, Edward Johnson Gonçalves de. *Eficácia imediata da lei ficha limpa e o princípio da anualidade eleitoral*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2533, 8 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14996>>. Acesso em: 1 dez. 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AQUINO, Jorge. *Hermenêutica Jurídica*. Natal: KMP, 2009.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Inelegibilidade e Presunção de inocência*. 2010. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=5755>>. Acessado em: 01 dez. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIMOULIS, Dmitri, e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Filho. *Curso de Direito Constitucional*. 32.ed. Saraiva: São Paulo, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O positivismo jurídico* [artigo científico]. 2007. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10060>>. Acesso em 10 nov. 2010.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constiuição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. 3.ed. Campinas: Russell, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Erick Wilson. *Direito Eleitoral: Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais-Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27.ed. Saraiva: São Paulo, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel; SOUSA NETO, Cláudio Pereira. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p. 226.

SCREMIN, Mayra de Sousa. *Do positivismo jurídico à teoria crítica do direito*. [artigo científico]. Disponível em <http://www.scribd.com/doc/19327512/DO-POSITIVISMO-JURIDICO-A-TEORIA-CRITICA-DO-DIREITO>. Acesso em 10 nov. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.