

Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional

*Richard Pae Kim*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Pós-positivismo e suas implicações. 3. A força dos princípios no pós-positivismo. 4. Pós-positivismo, interpretação constitucional e a técnica da ponderação nas hipóteses de colisão de princípios de direitos fundamentais. 5. A nova hermenêutica e alguns paradoxos. 6. Encerrando, o pós-positivismo e o respeito aos princípios da separação de poderes, igualdade e segurança jurídica. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Início este trabalho esclarecendo que a instabilidade no dia a dia de nossos tribunais na aplicação das diversas técnicas de interpretação e na ausência muitas vezes – o que é pior – de observância pelos magistrados de técnicas de hermenêuticas, levou-me a refletir sobre o conteúdo do que venho escrevendo, em especial, a partir de ideias que expressei no artigo intitulado “Neoconstitucionalismo – hermenêutica constitucional e atividade jurisdicional na tutela dos direitos do cidadão”, publicado na Revista da Ajuris, n. 75, p. 269-290, 1999.

Como salientei naquela oportunidade, formou-se certo consenso na doutrina, a partir da Constituição Federal de 1988, no sentido de que o chamado “neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo” em nosso país gerou profunda transformação da relação entre sociedade e

¹ Doutor e Mestre em Direito pela USP. Pós-doutorado em Políticas Públicas pela UNICAMP/SP. Professor do curso de Mestrado em Direito da UNIMEP/SP e professor dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura (EPM) e da Escola Judiciária Eleitoral Paulista – TRE/SP. Juiz Instrutor no Supremo Tribunal Federal.

Poder Judiciário, na medida em que aquela percebeu que este poderia lhe garantir todos os direitos explicitados em nossa robusta Carta da República.

No entanto, o furor de alguns intérpretes – na busca para garantir todos os direitos constitucionais da forma mais ampla possível e dar a “máxima efetividade” da Constituição – fez com que, acompanhando uma tendência doutrinária de autoria de alguns juristas alemães e portugueses, e numa leitura desfigurada da doutrina norte-americana, os princípios constitucionais passassem a ser entendidos essencialmente como valores, ampliando assim seu significado. Esse fenômeno acabou por colocar em xeque o conteúdo jurídico de muitos desses princípios, naquilo que vinha sendo entendido pelos doutrinadores e pelos tribunais até então.

Não seria desacertado afirmar que a hermenêutica constitucional, antes e depois de 5 de outubro de 1988, é diferente. A carta dirigente foi fundada em princípios definidores de direitos, já afirmados anteriormente e acrescidos dos novos direitos, estes fundados num sistema que garanta a democracia e a solidariedade.

Algumas críticas doutrinárias têm surgido, em especial, atacando o suposto excesso de subjetividade das regras de interpretação constitucional. Essas contestações têm sustentado que a utilização das referidas regras de hermenêutica, frequentemente atingiriam de morte a segurança jurídica, a efetiva justiça, a sociedade solidária, e o respeito à separação de poderes. Outros autores, ainda, sustentam que a abstração estaria a colocar em risco o desenvolvimento econômico nacional e a violar os preceitos fundamentais insculpidos nos artigos 2º e 3º da Constituição Federal.

O fato é que, hodiernamente, a nossa doutrina ainda não chegou a uma precisão conceitual para a terminologia neoconstitucionalismo e ainda existem inúmeras dúvidas na doutrina sobre o seu preciso conteúdo. Estamos ainda no processo de identificação desse neologismo² e, o que é pior, algumas afirmações, sem maior reflexão pelos seus anunciadores, têm sido repetidas em muitos escritos, desestabilizando o sistema jurídico e contribuindo para a criação de alguns paradoxos. Identificar alguns deles, respeitando sempre o intelecto dos personagens e de suas ideias, será o mote deste trabalho.

² AGRA, Welber de Moura. Neoconstitucionalismo e a superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 435.

2. Pós-positivismo e suas implicações

É fato que a constitucionalização do Direito no referido século importou em um pós-positivismo, com a modificação de paradigmas, na medida em que o reconhecimento da força normativa da Constituição, muito bem percebida e desenvolvida por Konrad Hesse, trouxe novos contornos para a compreensão da exigibilidade e efetividade das normas constitucionais. A expansão da jurisdição constitucional, inclusive por meio do controle difuso, com a elaboração de novos parâmetros hermenêuticos sobre os direitos postos na nossa Carta Magna, fez com que surgissem movimentos dentro da magistratura que alguns autores passaram a denominar ativismo judicial³.

Esse novo movimento hermenêutico tem potencializado, com algum proveito teórico, todo um sistema de princípios que vem sendo inserido nas Constituições contemporâneas, acolhendo propostas desenvolvidas por Ronald Dworkin, em direção a um modelo de regras mencionado anteriormente por Hart, e tem evoluído para um sistema centralmente constituído por princípios.

Robert Alexy, quando contrapõe os termos “legalismo” e “constitucionalismo”, reconhece que aquele, diferente deste, enaltece as normas e rechaça princípios e valores, propondo, assim, uma mudança de paradigmas, a fim de que deixemos aquele sistema positivista puro de Kelsen e passemos a tratar, diante dos novos ordenamentos constitucionais, as normas como valores fundamentais na ciência do Direito.

Zagrebelsky, na mesma sintonia, conclui que distinguir os princípios das regras importa, de um modo geral, distinguir a Constituição da lei, buscando com isto oficializar o que hoje já se entende como verdade, a força normativa das constituições⁴.

Para Luigi Ferrajoli, o neoconstitucionalismo traz a renúncia à epistemologia de Kelsen e propõe uma ciência, dentro do novo sistema, que o professor italiano denomina “jurídica funcional”, diante do novo paradigma constitucional que traz um “papel crítico e construtivo”, descritiva do “ser” do Direito, e prescritiva de seu “dever-ser” jurídico⁵.

³ Adianto que, no meu entender, o termo tem sido utilizado equivocadamente, como trataremos no decorrer deste trabalho.

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 1995.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006. p. 61. Aliás, Cristina Queiroz sustenta que “a normatividade não se relaciona com o texto da norma. Apenas o resultado da interpretação se apresenta como norma jurídica. O que, diferentemente, caracteriza o

Ronald Dworkin⁶, por sua vez, sustenta que no Direito estão os princípios que estabelecem o seu real conteúdo e que estes princípios podem e devem ser definidos como exigências de justiça, equidade, ou outra dimensão da moral. Podem, outrossim, ser assimilados aos direitos individuais, salientando que os juízes deverão se utilizar dos argumentos principiológicos, a fim de que os direitos do indivíduo possam se sobrepor sobre os objetivos coletivos e contra a ação estatal, evidentemente se inconstitucionais.

O fato é que, na atualidade, temos instalado um novo sistema jurídico, natural do pós-positivismo. E, estas são algumas das teses que trazem os pontos essenciais do que se pode denominar neoconstitucionalismo, conforme estudo bem realizado por Rodolfo Luis Vigo, quais sejam:

[...] (a) o direito deixa de ser um conjunto sistemático de normas autorizativas para compreender valores e princípios disponíveis para as respostas jurídicas dos operadores; (b) na epistemologia jurídica, já não se defende tanto um saber meramente descritivo e sistematizador, senão que se reclama prescrição e valoração; (c) a aplicação deixa de assimilar-se à decisão irracional ou volitiva, como em Kelsen, ou de fácil desentranhamento da solução contida na norma, para requerer da razão prática ponderações e argumentos que a validem ou justifiquem; (d) o direito, em maior ou menor medida, judicializa-se, superando a distinção entre criação e aplicação; (e) a validade das normas, incluídas as legais, amplia-se aos conteúdos, especialmente constitucionais que potencializam o papel do Poder Judiciário; (f) reconhece-se uma juridicidade indisponível ou limitadora do direito posto as autoridades; e (g) a distinção contundente entre direito e moral se

‘texto da norma’ é a sua ‘validade’. Esta consiste, de um lado, na obrigação dirigida aos destinatários da norma de conformarem com esta o seu comportamento e, de outro, na obrigação dirigida ao juiz - ou a toda a autoridade habilitada a interpretar - de utilizar na sua integralidade os textos das normas jurídicas adequados ao caso particular e de os trabalhar correctamente de um ponto de vista metódico. O acento tónico tem vindo até aqui a ser colocado na ‘aplicação judicial da Constituição’ numa tentativa de identificar a interpretação constitucional com o poder judicial. Isso implica, no limite, não uma hierarquia entre normas jurídicas, mas uma coordenação entre as funções do Estado.” (*Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 336.).

⁶ DWORIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2002. p. 80-83.

fragiliza, e o jurista deve enfrentar exigências de moral crítica⁷.

No constitucionalismo moderno, mais especificamente a partir do século XX, as Cartas Magnas dos Estados passaram a ter como referência os direitos fundamentais e os princípios de justiça material, e criou-se uma interpretação, por meio da qual, concluiu-se pela inafastável exigência de que todas as normas do ordenamento jurídico sejam construídas em conformidade com todo o conteúdo delineado na Constituição, bem como nos princípios superiores ao sistema posto, ainda que muitas vezes não expressos, mas que podem ser depreendidos da análise detalhada do texto supremo do país, como é o caso dos princípios da supremacia do interesse público e da solidariedade, *verbi gratia*, no regime de nossa Carta da República.

As Constituições deixaram para trás aquele modelo meramente utilitário, que sustentava Hans Kelsen, e optaram por estabelecer em seus textos valores, exigências que nos remetem à moral e que passaram a ser consagradas sob o manto jurídico e não apenas político. Exemplo disso é a França, país europeu que talvez seja o menos generoso com a constitucionalização de suas normas, uma vez que o Conselho Constitucional, no ano de 1971, veio a reconhecer a operacionalidade do conteúdo na Constituição francesa, invocando as disposições estabelecidas nas Declarações de Direitos.

Há, no entanto, um discurso equivocadamente sedimentado em nossa doutrina, no sentido de que o positivismo jurídico puro equiparou o Direito à lei e se afastou da filosofia e das discussões sobre importantes temas como a legitimidade e a justiça e que, somente com o pensamento jurídico da primeira metade do século XX, com as novas constituições e com a implantação dos Tribunais Constitucionais, é que tivemos uma nova modalidade de interpretação jurídica, com a denominada interpretação constitucional.

No decorrer deste trabalho, veremos que essa percepção parece estar distorcida e não pode ser considerada, efetivamente, uma realidade.

No Brasil, o desenvolvimento de uma teoria de interpretação conforme a Constituição foi consequência imediata dos fundamentos do

⁷ VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalização e neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 3, n. 1, mar. 2008. Disponível em: <<http://74.125.113.104/search?q=cache:fBW1wwUGHmsJ:www.ufsm.br/revistadireito>>.

Estado Democrático de Direito construído com a Constituição de 1988, que promoveu a constitucionalização dos princípios e preceitos básicos de todos os assuntos de importância jurídica, política e cultural. Vê-se claramente que houve uma real elevação do *status* político do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, face ao seu atributo de guardião da Constituição, dos princípios constitucionais.

Entendo, com a devida vênia aos que entendem de forma contrária, que também há de se aplicar à interpretação das próprias normas constitucionais os elementos tradicionais de interpretação do Direito, como é o caso da interpretação gramatical, histórica, sistemática e teleológica.

No entanto, diante desse neoconstitucionalismo, no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, em que passamos a ter uma disseminação da proteção de direitos fundamentais de forma estrita, fundados na dignidade da pessoa humana, os cientistas do Direito se viram obrigados a buscar a sistematização de um elenco próprio de regras aplicáveis à interpretação constitucional.

Conforme lição de Luís Roberto Barroso, os princípios constitucionais de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição; o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público; o da interpretação conforme a Constituição; o da unidade do texto; o da razoabilidade e da proporcionalidade; e o da efetividade.

Também faz o eminente autor a seguinte advertência:

[A] interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se

utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico⁸.

Com o brilhantismo e didática que lhe são peculiares, o nobre professor Luís Roberto Barroso, em artigo publicado na *Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul*⁹, tratou de alguns institutos e de sua importância para a interpretação constitucional, a saber:

[...] As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação. O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de *ponderação*. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 27-65, jul./dez. 2004.

valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*.

Chega-se, por fim, à *argumentação*, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos *casos difíceis*, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos¹⁰.

Com o início do que podemos denominar neoconstitucionalismo, passamos a ter assim um pós-positivismo com maior centralidade nos direitos fundamentais e reaproximação entre Direito, ética, legitimidade e justiça, autorizando, assim, o desenvolvimento de uma dogmática ou teoria da interpretação constitucional fundada numa nova exegese, nos princípios, como desenvolveremos a seguir.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 35-38.

3. A força dos princípios no pós-positivismo

Não há qualquer dúvida de que o pós-positivismo traz uma elevação da importância dos princípios, “que anteriormente eram concebidos como fonte subsidiária do direito privado, em normas impositivas com acentuada hegemonia axiológica”¹¹ que fundamentam os sistemas constitucionais na atualidade, sendo que hoje não há qualquer dúvida de que os princípios possuem natureza jurídica de norma, possuindo plena eficácia no mundo jurídico e compondo-se de conteúdo axiológico superior em relação a outras normas, que a seguir veremos, que são as denominadas regras.

A normatividade dos princípios, conforme escólio de Paulo Bonavides, passou por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na fase jusnaturalista, os princípios apenas inspiravam o Direito, oferecendo-lhe a carga ética e valorativa, pois se situavam no campo metafísico. Na fase positivista, os princípios ingressaram nos códigos e nas leis como fonte normativa subsidiária para garantir a coesão pela completude do sistema, nos casos de lacunas. E, por fim, na fase pós-positivista, os princípios se elevaram para o plano constitucional e se tornam os responsáveis pela base em que se sustenta todo o feixe de posições jurídicas.¹²

A toda evidência, não há consenso quanto à obrigatoriedade dos princípios estarem expressos apenas na Constituição, mas entende-se, por prudência, que isto venha a ocorrer, a fim de que o valor axiológico principal possa servir de vetor dentro de todo o sistema normativo.

A filosofia jurídica contemporânea tem atribuído quatro acepções ao princípio, fundamentalmente:

[...] a ontológica, que encerra uma relação de dependência entre o princípio e o que dele deriva; a acepção lógica, que encerra uma relação de gênero e espécie do que dele advém; acepção cronológica, que encerra uma relação temporal entre instante anterior e posterior; acepção normativa, onde o princípio exerce a função de diretriz da norma positivada, sendo seu fundamento e validade.¹³

¹¹ TATAGIBA, Giuliano César da Silva. *Neoconstitucionalismo e ponderação de interesses fundamentais*. Disponível em: <<http://74.125.95.132/search?q=cache:HfzJ9XUkdQMJ:www.fdc.br/Revista/..%255CArquivos%255CRevista%255C11/02.pdf.>>>.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 237.

¹³ TATAGIBA, Giuliano César da Silva. Op. cit., p. 17.

A atual construção doutrinária, que confere vigência normativa aos princípios, se fortifica a partir da construção de Karl Larenz, cujas lições foram adequadamente mencionadas por Flávia Piovesan, quando aborda a compreensão de que a ciência jurídica – sem tender para o positivismo ou para o jusnaturalismo, mas, sim, para além destes – no que se considera princípio de direito justo,

[...] possui vigência normativa como qualquer texto de lei, principalmente se forem da esfera constitucional, o que em muito corroborou para a idéia de uma doutrina de princípios, pois “*cuando un ordenamiento, como ocurre con el nuestro, ha elevado determinados principios al rango*”. É a partir desta construção que emerge a sustentação de que a interpretação jurídica não pode se ater às concepções clássicas do positivismo ou do jusnaturalismo¹⁴.

Dworkin, ao analisar de forma crítica o positivismo, caracterizado pelo “tudo ou nada” de suas normas, foi quem melhor conseguiu, em um primeiro momento, inferir pela normatividade dos princípios, sustentando sua natureza jurídica como sendo a de uma obrigação legal, assim como as regras, como bem lembrou Paulo Bonavides¹⁵, elogiando também as obras de outros publicistas, entre elas, as de Norberto Bobbio e Robert Alexy que, na mesma linha de raciocínio, enunciaram que os princípios, enquanto normas, possuem eficácia, são dotados de imperatividade, e que possuem carga suficiente a ordenar as demais normas dentro do ordenamento jurídico do país.

Evidentemente que hoje, diante do que já denominamos neo-constitucionalismo, não se mostra suficiente a aplicação da técnica da simples subsunção para que se possa concluir, de forma lógica, qual a norma a ser aplicada a cada caso. A relação da incidência de uma premissa maior, no caso, a lei, sobre uma premissa menor, ou seja, um fato jurídico, não resolve muitas vezes as situações complexas que vivemos, em especial, quando há colidência entre direitos decorrentes de princípios.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988. In: (Neo)Constitucionalismo: ontem os códigos, hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 372, 2004.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 237.

4. Pós-positivismo, interpretação constitucional e a técnica da ponderação nas hipóteses de colisão de princípios de direitos fundamentais

A despeito de alguns autores entenderem que, mesmo após a instalação do referido pós-positivismo, os difundidos princípios de interpretação constitucional “não desempenham papel relevante na interpretação constitucional, pela sua ‘irrelevância’ ou ‘pouca relevância’”¹⁶, entendo que a aplicação dos princípios da unidade da constituição, da concordância prática, da conformidade funcional, do efeito integrador de todas as suas normas, da máxima efetividade da constituição e da força normativa da constituição, seguindo as lições de Konrad Hesse e de Friedrich Müller, parece ser essencial para que as outras etapas interpretativas sejam respeitadas – seja para um cotejo interno das normas constitucionais ou, ainda, para um cotejo externo entre as regras e a Constituição do país.

Como se sabe, os direitos fundamentais são compostos por princípios e regras, conforme escólio de Robert Alexy e, como já alertado por Friedrich Müller, é comum que a interpretação sobre a aplicação destes direitos não seja baseada exclusivamente na subsunção, mas na interpretação constitucional – mesmo porque estes princípios se encontram na Carta constitucional de cada país. Também ao aplicador da norma incumbirá a tarefa de, seja este o destinatário ou o simples intérprete, na tarefa de concretização do direito, observar com acuidade a realidade social, na medida em que a norma jurídica não se limita ao seu texto. A normatividade há de ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e de justificação intersubjetiva¹⁷.

Ao mesmo tempo, no entanto, não há que se olvidar que a norma deve exercer sua função primária, que é a regência da vida em sociedade, com segurança e respeito ao ordenamento jurídico como um todo. Aliás, como já escreveu Hans Kelsen, o direito é um conjunto de normas coativas, a provocar determinados comportamentos e a norma será sempre um “dever ser”, um juízo hipotético que expressa uma disposição e/ou uma consequência jurídica e a sua eficácia estará sujeita ao cumprimento fático.

¹⁶ Vide interessante trabalho de Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 115-143.

¹⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 61-70.

Por isso, a aplicação de uma norma, ainda que se constitua em princípio, não pode resultar de um processo interpretativo rico em subjetivismo e “decisionismo”, ainda que sob o simples rótulo de “ponderação”. Aliás, não é sem razão que há na nossa doutrina ampla crítica ao “ativismo judicial”, no sentido daquela atividade jurisdicional que ultrapasse os limites da atividade judicante e que atinja de morte o princípio da separação de poderes¹⁸.

Aliás, tenho claro para mim que o termo “ativismo judicial” deve ser concebido somente nessa óptica, não podendo concordar com aqueles que se utilizam desta terminologia de forma imprópria, quando atribuem a esta expressão o sentido de que se trata de um papel “legítimo” do Poder Judiciário de interferir no sistema político para o fim de garantir direitos, ainda que se trate de direitos fundamentais. Concluo: se o exercício da atividade jurisdicional é legítimo, não existirá razão a ensejar uma denominação àquilo que é regular, ordinário. Somente há de se dar uma nova definição àquilo que é diferente e, a meu ver, o ativismo judicial existirá sempre que ocorrer o exercício ilegítimo, inadequado da jurisdição, principalmente quando houver violação aos limites constitucionais do poder exercido.

Passemos, em seguida, a discorrer sobre a aplicação da técnica hermenêutica da ponderação.

Adequada se mostra a definição de ponderação apresentada por Ana Paula de Barcellos, diante da especificidade de suas conclusões, para quem a ponderação é definida como “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”¹⁹. Aliás, a ordenação metodológica aqui será necessária a fim de solucionar hipóteses de colisão entre princípios; em especial, quando o raciocínio que levou o intérprete a uma decisão por qualquer um dos poderes não se encontra também devidamente desenvolvido pela doutrina e pelos tribunais.

Lembra a referida autora que, embora os princípios também pretendam produzir efeitos na realidade concreta, isto não ocorre assim como as regras que, desde seu enunciado, já possuem os seus caracteres e limites definidos, assim como os efeitos da conduta a ser executada para a sua realização. Ademais, a partir dessa perspectiva, é possível

¹⁸ Vide importante trabalho do jurista Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 296.

também se constatar a existência de duas categorias de princípios, em que uma possui relativa indeterminação do efeito a ser produzido no mundo fático, e outra, embora determinado o efeito a ser produzido, possui relativa indeterminação da conduta a ser realizada para o seu alcance, sendo que, em ambas as espécies, a definição de suas respectivas indeterminações não será possível se obter por um processo lógico-jurídico, mas, sim, por concepções valorativas, seja moral, ética, ideológica ou filosófica²⁰.

É evidente que a realização da ponderação há de seguir alguma técnica, sob pena de a interpretação constitucional, efetivada de forma equivocada e sem parâmetros, acabar por gerar resultados absurdos e em descompasso com a vontade da Constituição.

Diversos são os parâmetros gerais delineados na doutrina nacional e alienígena. Entretanto, penso estar adequadamente estruturada a proposta de desenvolvimento de um processo interpretativo formulada em sua base por Barcellos, a saber²¹: a) em primeiro lugar, o intérprete deverá identificar as normas, sejam elas explícitas ou implícitas, que estariam em aparente conflito e deverá agrupá-las em função das soluções que venham a indicar, não se podendo olvidar que interesses sem fundamento no ordenamento jurídico não poderão ser considerados para este fim; b) em uma segunda etapa, deverão ser observadas todas as circunstâncias relevantes e concretas dos fatos e os efeitos que farão incidir cada uma dessas normas, devendo-se levar em consideração que as repercussões dos fatos sobre o grupo de normas escolhidas podem atribuir maior ou menor peso a algum dos grupos, como também podem indicar o grau de limitação que cada solução possível acabará por impor aos diferentes enunciados normativos incidentes; c) por último, haverá a decisão, que deve ser razoável e proporcional aos direitos e sacrifícios envolvidos.

O resultado produzido no processo hermenêutico, é claro, deve resultar em caráter universal, que possa ser aceito em situações similares, mesmo porque fundado na interpretação de princípios e de conceitos abertos. Assim, há que se impor o menor nível possível de restrição às normas envolvidas nessa interpretação e, em se tratando de direitos fundamentais, o resultado jamais poderá violar o núcleo essencial de qualquer um deles²².

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 178-180.

²¹ Idem, p. 180-298.

²² Existem diversas técnicas de interpretação constitucional. Entre elas: a) da Escola da interpretação legal, ou mecanicista, que teve força no século XIX, pela qual o intérprete da lei tem de se apegar

Não bastasse isso, no exercício da ponderação, esta só será adequada se aplicada em conjunto outra técnica interpretativa, a da “argumentação”, que penso deva observar os seguintes critérios mínimos para que se possa considerar como atendida, respeitada. A argumentação jurídica, além de ser expressa e clara: a) deve apresentar os fundamentos normativos, não sendo suficiente o senso de justiça e o aceitável, ou seja, deve preservar o seu caráter jurídico e não apenas o moral ou lógico; b) deve ser possível, em seu resultado, a universalização dos critérios utilizados para a decisão, inclusive porque se deve resguardar o princípio da isonomia; c) e, por fim, não de ser observados os dois conjuntos de princípios, quais sejam, os de natureza instrumental ou específicos da interpretação constitucional, e os de natureza material, do próprio direito que se está buscando tutelar.

Como advertem Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos²³:

Os três parâmetros de argumentação expostos acima estão relacionados com *um* dos problemas suscitados pela teoria da argumentação, talvez o principal deles: a verificação da correção ou validade de uma argumentação que, consideradas determinadas premissas fáticas e a incidência de determinadas normas, conclui que uma consequência jurídica deve ser aplicada ao caso concreto. Isto é: cuida-se aqui do momento final da aplicação do direito, quando os fatos já foram identificados e as normas pertinentes selecionadas. Isso não significa, porém, que esses dois momentos anteriores – seleção de fatos e de enunciados normativos – sejam auto-evidentes. Ao contrário. Desse modo,

ao máximo ao texto literal da constitucional; b) da Escola dos Realistas, que enfoca o intérprete juiz, que deve levar em consideração a realidade do aplicador da lei, sua formação escolar, seu cotidiano, sua religião, a sua ética, moral e cultura; c) Técnica Crítica de John Hart, pela qual, em regra, se deve aplicar a técnica mecanicista da subsunção, mas que, em outros, o intérprete deve observar os próprios valores, observando assim a sua realidade; d) para Ronald Dworkin, não há como se impedir a subsunção para os casos simples, mas em se tratando de hipóteses em que se deva aplicar a técnica realista, o intérprete deverá decidir fundado em valores que não se lhe sejam próprios, mas naqueles estabelecidos pela Constituição e pelas políticas governamentais; e) e, por fim, temos a técnica da Argumentação. Para Robert Alexy, Chain Perelman, Jurgen Habermas, por exemplo, toda decisão judicial deve conter uma argumentação clara e objetiva, fundada na apreciação de todas as normas e princípios que podem incidir sobre a situação concreta.

²³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 295-296.

fica apenas o registro de que, além da questão posta acima, outros dois problemas que têm ocupado os estudiosos da argumentação jurídica envolvem exatamente a seleção das normas e dos fatos que serão considerados em uma determinada situação [...] Em suma, o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida.

Também não há que se olvidar que esse processo argumentativo somente terá lógica e razão para uma solução justa, na medida em que o julgador efetivamente acreditar naquilo que se está sustentado, mantiver coerência no texto, apresentar solução unificada a todas as hipóteses indicadas no caso e puder aplicar o mesmo resultado a demandas iguais, análogas ou similares.

Aliás, como bem salientado por Robert Alexy, o conceito de coerência deve ser distinto daquele de consistência. Uma teoria é consistente se ela não mostra qualquer contradição lógica. O conceito de coerência pode ser formulado de maneira que ele inclua o da consistência como lado negativo da coerência e, ao mesmo tempo, deva ser relacionado somente a conexões positivas com uma estrutura bem fundamentada de declarações, e com um sistema de declarações como entidades semântico-sintáticas²⁴.

5. A nova hermenêutica e alguns paradoxos

Mostra-se evidente que se deverá dar sempre primazia à dignidade da pessoa humana e isto só pôde ocorrer com a inserção na Carta Magna

²⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 118-120.

dos direitos fundamentais, reconhecidos como princípios, como mandamentos de otimização no caso dos direitos fundamentais. Somente com essa nova conformação dos direitos, por intermédio de normas constitucionais fundamentais, é que se passou a exigir do intérprete e do cientista a construção de critérios objetivos à realização de uma adequada interpretação constitucional.

Hoje, como se sabe, não há que se falar em distinção entre normas e princípios, mas, sim, entre princípios e regras. Entre elas, temos as seguintes:

a) as regras possuem menor grau de generalidade e de abstração em relação aos princípios, uma vez que aquelas possuem limites pré-definidos e apresentam de forma mais clara os valores políticos e jurídicos, admitindo assim a aplicação da técnica da subsunção. Por outro lado, os princípios possuem maior caráter de generalidade e de abstração, com maior campo de delimitação, o que dificulta a observação de seus limites, o que impede a simples aplicação do método de subsunção, conforme salientado por Robert Alexy;

b) possível se faz a aplicação do esquema “tudo ou nada” no caso da regra, o que não se poderá admitir na interpretação do direito fundado em princípios, pois o seu grau de abstração propicia que, dependendo das condições fáticas e jurídicas, na interpretação do direito, as soluções também possam ser variáveis;

c) as funções são distintas, pois, enquanto as regras se destinam a estabelecer segurança e estabilidade ao sistema jurídico, os princípios têm como objeto a busca da justiça, por possuírem uma flexibilidade em seu conteúdo material, capaz de melhor se adaptar ao sentido geral pretendido pela norma.

Hoje, são inúmeras as discussões que surgem em torno das chamadas colisões entre princípios e dos aparentes conflitos entre regras.

No primeiro caso, há que se aplicar a técnica da ponderação que, como sustentamos, é efetivamente uma técnica jurídica de solução de conflitos entre normas que envolvam valores ou opções políticas que estejam em um regime de tensão insuperável perante as formas hermenêuticas clássicas de solução de antinomias, ou seja, por meio da simples subsunção.

Vejamos algumas dificuldades e alguns perigos que podem surgir pela inadequada aplicação das técnicas da ponderação e da argumentação.

De prêmio, em havendo conflitos entre regras ou entre regras e o núcleo essencial de um princípio, algumas considerações não de ser observadas. Diante de regras com validade constitucional, incluindo-se, outrossim, as regiões nucleares dos princípios, que apresentam a mesma estrutura, uma vez que trazem enunciados pré-determinados e, portanto, produzem efeitos determinados, há que se aplicar a técnica da subsunção. Por exemplo, no caso dos direitos fundamentais clássicos, considerados como mandamentos de otimização, pela prevalência da teoria externa, a doutrina tem admitido o reconhecimento de que podem sofrer restrições, consideradas como “desvantagens normativas externas”, que poderão ser instituídas, sempre sob a concepção de que há uma distinção – conforme escólio de Robert Alexy – entre posições “prima facie” e “posição definitiva”, a implicar no reconhecimento da adequação entre a passagem entre o direito não restringido para um direito restringido. Nesse caso, o enfoque dos debates se concentrará, em regra, nos limites para a restrição.

Para parte da doutrina, como sustentado por Luis Prieto Sanchís, as limitações (restrições para nós) encontram-se submetidas a duas circunstâncias especiais: a cláusula do conteúdo essencial do direito fundamental em questão e a exigência de justificação para a limitação²⁵.

Interessante consignar também as lições de Pieroth e Schlink, citados por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que descrevem o papel da restrição da discricionariedade legislativa, ao pontuar as sete categorias direta ou indiretamente positivadas no texto constitucional alemão. Entre as indiretamente positivadas estão:

[...] a) Os próprios direitos fundamentais (na lógica da limitação dialética entre poder estatal e liberdade: os direitos fundamentais representam limites ao poder estatal, limites estes não absolutos, pois foram previstos no texto constitucional reservas legais, além da possibilidade de direito constitucional colidente; por sua vez, os direitos fundamentais [restringem] a possibilidade do legislador limitá-los para que a função limitadora em si do direito fundamental não reste sem objeto). b) A reserva de lei editada pelo Parlamento. c) O princípio do critério da proporcionalidade. As restrições (limites dos

²⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 232-241.

limites) positivados no art. 19, I e II, GG são: a) Garantia do núcleo essencial (art. 19, II, GG, cfr. a seguir no texto). b) A proibição de lei limitadora regulamentadora de caso concreto (art. 19, I, 1, GG). c) O mandamento de indicação explícita do direito fundamental a ser limitado pelo legislador (art. 19, I, 2, GG, interpretada porém restritivamente pelo TC alemão). d) A observância dos princípios de Estado de direito da clara determinação da hipótese normativa (*Bestimmtheitsgebot*)²⁶.

A doutrina brasileira, com fundamento nos precedentes de nossa Suprema Corte, tem concluído que são limites às restrições aos direitos fundamentais: a) o princípio da legalidade, devendo-se incluir neste item a reserva legal e a validade da norma restritiva; b) a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; c) o princípio da proporcionalidade; d) e proibição de restrições casuístas, esta fundada no sentido de justiça, segurança jurídica e no princípio da igualdade²⁷.

É fato que o legislador constituinte não conseguiu e jamais conseguirá prever todas as possíveis hipóteses de colisão de direitos fundamentais, daí porque os critérios genéricos de restrição e dos seus próprios limites têm gerado constantes discussões e reavivado, muitas vezes, a dúvida quanto à adoção dessa teoria externa, que se encontra assentada no caráter liberal e individualista dos direitos fundamentais. Conclui-se, no entanto, dentro do raciocínio daquilo que se iniciou, de todo o exposto, que, em se tratando de direitos fundamentais de primeira dimensão, em havendo aparente conflito entre regra e princípios, desde que não haja violação ao núcleo essencial desse princípio e, desde que a regra seja válida sob o aspecto constitucional, formal e materialmente, a regra há de prevalecer, havendo que se aplicar, como salientado, a técnica da subsunção. Ou seja, se a regra é legal, legítima, e possui plena validade e eficácia no sistema jurídico, esta tem preferência.

No caso de colisão entre princípios, a ponderação há de ser, como já salientado, evidentemente necessária para que, ao final, se possa alcançar a solução adequada. E, conforme já restou mencionado, a norma que vier a garantir os direitos fundamentais dos indivíduos deve

²⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 151-152, nota 50.

²⁷ Vide MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002. p. 241-249.

ter absoluta preferência sobre aquelas que estejam apenas indiretamente relacionadas com estes direitos.

A questão principal, no entanto, é sabermos se restou adotado, quando do julgamento, a melhor interpretação, ou seja, se restou acolhido o objetivo da tese do ponto máximo²⁸, alcançando-se assim a real justiça para a hipótese. Embora seja muito difícil se atingir o ponto máximo quando da ponderação, ou sopesamento, pela teoria dos princípios, hoje, temos algumas propostas técnicas, lógicas, para se buscar o desiderato científico, como verificamos nas obras de Robert Alexy e de Luigi Ferrajoli, *verbi gratia*.

Saliente-se que a busca pelo estabelecimento de uma sistemática interpretativa deve ser o objeto principal a ser estudado, atualmente, pelas doutrinas da filosofia e da teoria geral do Direito, tanto é que, por exemplo, observamos do trabalho de Robert Alexy²⁹ a preocupação de se alcançar por fórmulas lógicas o atingimento senão do ponto máximo, a melhor interpretação jurídica para o caso concreto.

Observo que uma particularidade na colocação realizada pelo professor de Kiel gera certo incômodo e preocupação. As suas teses não são dirigidas apenas para o exercício da atividade jurisdicional. Elas também se dirigem ao Estado-legislador, o que reduz em muito a sua discricionariedade, ou seja, a margem de ação epistêmica do legislador pode, com o devido respeito, colocar em xeque a própria divisão dos Poderes do Estado. Isso porque, na medida em que se pressupõe ser possível atingir o ponto máximo nas opções efetivadas pelo Poder Legislativo, pode-se entender, por sua vez, que ao Poder Judiciário pode ser dado o poder-dever de declarar inconstitucional uma regra que tenha sido legitimamente discutida nas casas legislativas.

Assim, embora se sustente a tese de que devamos ter critérios lógicos de ponderação, quando da verificação sobre a validade ou não de uma regra frente a princípios constitucionais, o melhor é que se privilegiem as opções feitas pela sociedade, ainda que não se entenda ter alcançado o ponto máximo na escolha realizada, desde que a norma não tenha violado qualquer um dos núcleos fundamentais dos princípios estabelecidos na Constituição. Aliás, esperamos tratar com

²⁸ Aliás, como se verifica da obra de Robert Alexy, “la tesis del punto máximo desemboca en la idea de que en el ámbito de los principios siempre existe una única respuesta correcta” (*Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios, 2004. p. 37.).

²⁹ Vide as proposições de Robert Alexy. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios, 2004.

maior profundidade sobre a necessidade de termos critérios distintos de ponderação para o exercício da atividade legislativa e outros para a atividade jurisdicional numa outra oportunidade.

Aproveito o ensejo para relembrar o estudo de Hans Kelsen, que são dois os sistemas normativos: os sistemas estáticos e os sistemas dinâmicos. Nos sistemas estáticos, as normas são válidas se seu conteúdo ou substância está de acordo com o conteúdo material prescrito pela norma fundamental do sistema. Nos sistemas dinâmicos, por outro lado, as normas são válidas se criadas pela autoridade competente e segundo o procedimento prescrito pela norma fundamental. Ou seja, nos sistemas estáticos, operam-se os critérios materiais de validade das normas, enquanto nos sistemas dinâmicos, as normas estão submetidas a condições formais de validade³⁰.

Hans Kelsen³¹ também sustentou que uma Constituição pode incorporar princípios como os da justiça, liberdade, igualdade ou moralidade, mas veio a tratá-los como metas que devem orientar o legislador, ora salientando que tais princípios podem ser invocados por um tribunal constitucional para declarar a inconstitucionalidade de uma norma, ora entendendo que valores por demais abstratos como a moral ou a justiça não permitem que sejam utilizados parâmetros para decidir casos concretos, afirmando que o tribunal constitucional deve evitar proclamar princípios e, por consequência, deslocar o poder, substituindo-se ao legislador. Sobre essas colocações, o professor Dimitri Dimoulis apresentou os seus elucidativos comentários:

[...] A) Kelsen não critica a proclamação de princípios nos textos constitucionais. Alerta sobre os problemas que geram sua coexistência com o controle de constitucionalidade judicial e concentrado. Em tal hipótese, considera que o equilíbrio institucional se expõe a um risco incontrollável, havendo risco de abuso de poder por parte do tribunal constitucional.

[...]

B) Referindo-se aos princípios no texto de 1928, Kelsen não segue o imperativo da neutralidade, pois se mostra preocupado com a qualidade do

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 163-165.

³¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 167-170.

legislador e a segurança jurídica. Isso não é um caso isolado. A apresentação da segurança jurídica como finalidade do direito positivo é uma constante na obra de Kelsen que, a nosso ver, o faz desvirtuar da postura de neutralidade que ele mesmo reivindicava.

E, finaliza Dimoulis:

[...] assim sendo, as críticas e as preocupações de Kelsen em relação à abertura dos princípios e aos riscos de abuso possuem natureza juspolítica (de política jurídica, *Rechtspolitik*) e não dogmática. Decorrem de uma avaliação externa e não implicam em desconhecimento ou contestação da natureza jurídica dos princípios jurídicos, por mais abstratos e ‘perigosos’ que possam parecer. O leitor pode lamentar a falta de distinção clara entre a análise dogmático-descritiva e a análise de política jurídica na obra de Kelsen. Mas a conclusão só pode ser no sentido da não-interferência da segunda na primeira³².

Para a teoria da integridade de Ronald Dworkin, afasta-se a tese positivista da separação entre Direito e moral e adota-se um conceito de moralidade do qual podem derivar princípios jurídicos utilizados para resolver tão somente os casos difíceis. Aliás, aqui entendemos ser necessário salientar que outros autores como Hart, Alexy e Atienza, sustentaram ser possível a separação entre os chamados casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*)³³.

Um dos perigos, no entanto, é o subjetivismo interpretativo que pode levar principalmente o julgador a considerar um caso fácil como um difícil. E isso tem sido, (in) felizmente, uma constante.

³² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto Lunardi. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 187-189.

³³ DWORKIN, Ronald. Introduction: the moral reading and the majoritarian premise. In: DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 1-38. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008.

Como já salientado por Lênio Luiz Streck³⁴, costuma-se fazer essa distinção de forma equivocada, pois se bem compreendido o caso, este se transforma em um caso fácil e assim não haverá necessidade de maior interpretação das normas a serem aplicáveis para a espécie. Aliás, de acordo com esse jurista:

[...] o problema de um “caso” ser fácil (*easy*) ou difícil (*hard*) não está nele mesmo, mas na possibilidade - que advém da pré-compreensão do intérprete - de se compreendê-lo. Fosse possível distinguir/cindir (*a priori*) casos fáceis e casos difíceis, chegar-se-ia à conclusão de que os casos seriam fáceis para determinados intérpretes e difíceis para outros (...)! A questão - vista de outro modo - é: fácil ou difícil para quem? Portanto, há algo anterior à distinção: trata-se de uma “dobra hermenêutica” que cada caso possui, assim como ocorre com a linguagem (aliás, um caso só vem à compreensão por meio da linguagem, porque - e não devemos esquecer - *texto é evento*). Ou seja, uma ‘suficiência ôntica’ pode até “explicar” um caso simples para um intérprete. Entretanto, esse mesmo caso pode permanecer como complexo para outro. Consequentemente, a distinção entre casos fáceis e difíceis está na compreensão, portanto, nas condições de possibilidade que o intérprete possui de entender os pré-juízos. Se está na compreensão, e não dependerá de uma pré-compreensão, que antecede a “designação” de ser um caso fácil ou difícil. Daí a absoluta inadequação de se dizer que os casos fáceis se “resolvem” mediante raciocínios dedutivos (causais explicativos).

Exemplificando, sem adentrar no mérito dos recentes julgamentos de nossa Suprema Corte, anoto que nem todos os casos em que houve julgamento unânime em determinado sentido podem ser considerados como *easy cases*, como é o caso, por exemplo, de decisões em apelos extremos de repercussão geral (que trazem em si ínsita uma grande

³⁴ STRECK, Lênio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positiva em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 299-301.

controvérsia): a) do RE nº 633579, que decidiu sobre a regra de barreira em concursos públicos; b) do RE nº 599176, que decidiu que não se aplica o princípio da imunidade tributária recíproca a débito de IPTU devido pela RFFSA; c) do RE nº 581.488, em que houve a vedação, no âmbito do SUS, de internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio SUS ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes, modificando entendimento anterior da própria Suprema Corte; e, d) do RE nº 730462, em que restou julgado no sentido de que a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente; e para que haja esta reforma ou rescisão, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495).

Tampouco se poderia inferir, quando há um placar apertado num julgamento majoritário pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo por membros de qualquer outro tribunal, que a hipótese seria de um *hard case*, pois há casos em que pode já existir um entendimento consolidado da doutrina em determinado sentido, confirmado até mesmo pela jurisprudência dominante. *Verbi gratia*, vejamos as seguintes situações em que a tese que muitas vezes seria óbvia, acabou por gerar profundo debate na Suprema Corte, todos de repercussão geral: a) no RE nº 658026, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é inconstitucional lei municipal que admite contratações temporárias de servidores em desacordo com os parâmetros do artigo 37 da Constituição Federal; b) no RE nº 627.189, restou delineado o conteúdo da precaução e a competência da ANEEL para estabelecer os níveis do campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia elétrica; e c) no julgamento do RE nº 573.232, o Plenário do STF reafirmou a jurisprudência da Corte, por maioria de votos, no sentido de que em ações propostas por entidades associativas, apenas os associados que tenham dado autorização expressa para sua propositura poderão executar o título judicial, não bastando permissão estatutária genérica, sendo indispensável que a autorização seja dada por ato individual ou em assembleia geral.

Observe também ser extremamente importante a advertência feita pelo eminente professor e ex-integrante de nossa Suprema Corte, o Ministro Eros Grau, que, ao relembrar as lições de Carl Schmitt, ano-

tou a importância do necessário cuidado com a denominada tirania dos valores³⁵. Em seu escrito, ao se referir aos trabalhos de Nicolai Hartmann e Carl Schmitt, juntou-se às reflexões desses juristas alemães, e concluiu no exato sentido de que “os valores sempre valem para alguém, aparecendo, desgraçadamente, o reverso fatal, no sentido de que também valem sempre contra alguém”, mais grave, é que “além de não se ter logrado superar a teoria subjetiva dos valores, segundo a lógica do valor prevalece a seguinte norma, o preço supremo não é demasiado para o valor supremo, e cumpre que seja pago, justificando a submissão do valor maior ou do sem-valor” e, ao final, conclui com absoluta propriedade a seguinte ideia: a tirania dos valores é a chave para compreendermos que toda teoria dos valores nada mais faz senão atizar e intensificar a disputa entre interesses e convicções.

Feitas essas advertências, passemos a algumas conclusões.

6. Encerrando, o pós-positivismo e o respeito aos princípios da separação de poderes, igualdade e segurança jurídica

O pós-positivismo, embora ainda esteja sendo moldado, traz em seu conteúdo mínimo alguns elementos característicos a nos fazer concluir que a busca da tutela efetiva dos direitos, principalmente os fundamentais, exige cada vez mais a ponderação do julgador. Cuida-se de situação nova, pois, como já se destacou, as mudanças no sistema pela constitucionalização do direito vêm ocorrendo há aproximadamente cinco décadas. Portanto, compartilhamos também a preocupação de que, com a abertura dos critérios interpretativos, ou o que é pior, a utilização equivocada dos critérios de interpretação constitucional, possam ocorrer os seguintes problemas:

a) possível perda da segurança jurídica. Operar com os princípios e valores em tensão e buscar a correta solução que exige cada caso pode acarretar a insegurança jurídica. Somente se poderá vencer o presente receio de violação ao princípio da isonomia, se houver estrita observância das técnicas mencionadas para a adequada interpretação constitucional e o respeito aos precedentes e às súmulas e enunciados, evitando-se, assim, o risco de decisões que contrariem o sistema;

³⁵ GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 122.

b) eventual violação à tripartição dos poderes. Não há que se olvidar que o magistrado, no exercício de sua atividade jurisdicional, não é gestor, executor dos serviços da Administração Pública, e muito menos legislador. Assim sendo, utilizar-se de critérios abstratos de interpretação pode acarretar em uma politização e interferência indevida nas demais funções do Estado pelo Poder Judiciário.

Na medida em que estamos na denominada fase do pós-positivismo, parece-nos imprescindível que o magistrado decida de forma a buscar a maior generalidade e universalização da solução alcançada, respeitando sempre os precedentes, desde que não seja hipótese em que exista um “distinguishing”, tudo a garantir que o direito se torne uno para a mesma realidade e assegure a segurança jurídica.

O fato é que se deverá ultrapassar a visão superficial de que o neoconstitucionalismo seja algo por demais abstrato, a impedir uma objetivação das regras de hermenêutica constitucional. Pelo contrário, penso que a constitucionalização de um ordenamento jurídico, fundado em princípios, apenas reclama maior responsabilidade dos cultores do direito, em especial, do magistrado, que tem a obrigação de se atualizar e de utilizar técnicas de interpretação de forma coerente e única a possibilitar que se construa um direito lógico e real, e não decorrente de seu imaginário, fundado em valores próprios e pela sensação do justo, sem que apresente argumentações lógicas e coerentes.

Embora o Poder seja uno e indivisível, pois pertence ao povo brasileiro como expresso na Constituição Federal, não há dúvida de que os Poderes instituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), no exercício das funções republicanas, devem respeito um ao outro e a harmonia há de ser respeitada. No paradigmático voto do Ministro **Dias Toffoli**, no mencionado julgamento da ADI nº 4.451 MC-REF/DF, restaram acentuadas importantes advertências aos atores que efetivam as ponderações na análise das restrições aos direitos e que merecem ser destacadas, a saber³⁶:

[...] A chamada colisão de princípios é por demais conhecida pela Filosofia do Direito contemporânea, graças à contribuição do jurista Robert Alexy. Não se fala de invalidação de um princípio por outro, mas de sua prevalência, conforme as

³⁶ KIM, Richard Pae. Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e inaplicabilidade da teoria externa. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 165-188, abr.-jun. 2015.

circunstâncias e segundo a fórmula-peso (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte (Teoria dos Direitos Fundamentais)*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. p. 78-79).

A lei de colisão (*Kollisionsgesetz*) baseia-se no primado de que “as condições sob as quais um princípio precede aos outros, formam o tipo abstrato de uma regra que expressa as conseqüências jurídicas do princípio precedente” (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte...* p. 79-84).

Assim, a ponderação de princípios leva, na prática, à produção de uma norma cuja formulação conduz ao que Robert Alexy chama de fundamentação jurídico-fundamental correta.

Como decorrência, não há falar-se em direitos fundamentais absolutos. Como bem salienta Herbert Bethge, “a noção de um direito fundamental ilimitado é impossível na prática e contraditória na teoria” (In. *Die verfassungsrechtliche Problematik der Grundpflichten*. Juristische Arbeitsblätter, Heft 5, p. 252, 1985).

E, nesse sentido, a liberdade, qualquer que seja ela, inclusive a de expressão, é ilimitada *prima facie*, mas limitada como direito definitivo.

Essa restrição a um direito fundamental pode e deve ser feita primordialmente pelo legislador. Não é adequado supor que haveria pré-condicionamento ao legislador e ampla deferência ao juiz para restringir direitos fundamentais, apenas porque o magistrado atua no caso concreto e sob circunstâncias de fato. O legislador goza da legitimidade democrática. É eleito. Submete-se aos constrangimentos do processo eleitoral, às quízi-las partidárias, às contradições do Parlamento, às pressões organizadas e ao risco permanente de ser exautorado da vida pública, por meio da censura periódica de seus representados nas urnas. Negar-lhe essa prerrogativa é atrofiar o Estado Democrático de Direito.

Toda restrição ao direito fundamental é uma forma de se criar obstáculos à realização plena de um princípio, como adverte Robert Alexy (Op. cit. p. 300-307). E a isso deve corresponder uma

atuação fundamentada, por cuidar de norma restritiva. Mas esse espaço existe. É o espaço para conformação do legislador ordinário. É frequente, nesse sentido, a presença de reservas explícitas (*Gesetzvorbehalte*) que se identificam pela terminologia clássica “nos termos da lei”, “na forma da lei” ou “conforme a lei”.

[...]

Existem também reservas implícitas decorrentes de uma autorização tácita ou imanente de uma restrição que se confere ao legislador ordinário, como admitem Robert Alexy e Christian Starck. Isso é uma decorrência do princípio da unidade da Constituição, tão bem defendido na doutrina alemã por Bernhard Schlink (*Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 11, Heft 17, p. 464, 1984) e já referido nas construções pretorianas desta Corte (ADI 815, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ de 10/5/96).

A ponderação feita pelo legislador é legítima.

[...]

IV – NECESSIDADE DE DEBATE SOBRE A TRANSPARÊNCIA E A FUNDAMENTAÇÃO DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. A AUTOCONTENÇÃO RETÓRICA.

O presente caso, Senhores Ministros, tem a oportunidade de nos permitir fazer o inadiável debate sobre o método e a técnica de restrição de direitos fundamentais.

Não pode a Corte simplesmente criar uma metodologia baseada em afirmações solenes e em juízos morais carregados de retórica, mas que não revelam a transparência dos motivos reais de suas próprias conclusões. É essa a crítica que modernos constitucionalistas como Cass Sunstein têm suscitado e que merecem nossa reflexão.

[...]

O mandato de conformação do legislador deve ser, como bem assinala Robert Alexy, fundamentado.

Nos tempos atuais, em que se tornaram comuns as críticas às decisões do Poder Judiciário no sentido de que existiria excesso de subjetivismo e ausência de critérios científicos nos julgamentos, o que estaria a causar violação aos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da separação de poderes, entendo que, a par de alguns exageros, a Justiça e o sistema processual devem sofrer alguns ajustes, a fim de garantir o atendimento a estes três princípios.

Não há espaço neste trabalho a autorizar uma incursão aprofundada desses temas. Entretanto, acentuo que parece existir a necessidade de que alguns membros do Judiciário reavaliem os pressupostos que dão sustentação à separação das funções dos poderes instituídos a fim de que o equilíbrio previsto na Constituição Federal seja efetivamente respeitado.

Seja no controle de constitucionalidade de uma norma, seja no exercício de uma ponderação pelo Judiciário, há de se respeitar, sempre que possível, o forema jurídico *“in dubio pro legislatore”*³⁷, ainda que haja uma zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador; ou seja, nessa linha de raciocínio, dentro do “pensamento possibilista” de Peter Häberle, e na defesa da democracia, há que se respeitar as decisões legislativas, como também sustentado por Robert Alexy, Jeremy Waldron, Friedrich Klein, Ronald Dworkin, Christian Starck, Konrad Hesse, Kelsen e tantos outros juristas e filósofos, que, em maior ou menor grau, acentuaram ser imperiosa a adoção da perspectiva de que existe uma presunção primeira de legalidade e de legitimidade das opções feitas pelo legislador, sempre que respeitada a margem de ação indicada nos marcos constitucionais.

Mesmo na análise judicial da proporcionalidade aplicada à escolha do legislador dentro do exercício de sua margem de ação, uma vez que se entenda que houve a razoabilidade da escolha sob o ponto de vista material do que definido na Constituição Federal, penso que não há motivos para que o Judiciário venha a nulificar a opção feita pelo outro poder. Um exemplo disso, a meu ver, foi a declaração de inconstitucionalidade da “vaquejada” em nosso país, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4983, ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra a Lei nº 15.299/13, do Estado do Ceará,

³⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006. p. 17.

que regulamentou a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado. Com o devido respeito aos entendimentos nesse sentido, penso que a lei que pretendia proteger os animais de atos de crueldade, além de não violar a Constituição Federal, acabou por decisão do Plenário da Suprema Corte (que foi maioria apertada) por eliminar uma atividade esportiva já regulamentada e reconhecida pelos historiadores como uma prática cultural enraizada na vida do nordestino, e de astronômica importância econômica, tudo sem que o debate houvesse sido realizado no Congresso Nacional brasileiro.

Isso não significa que o magistrado esteja tolhido de realizar o controle de constitucionalidade, que deva se manter insensível quanto às inovações hermenêuticas em decorrência da evolução científica ou jurisprudencial, ou, ainda, que deva se curvar sempre às decisões políticas do parlamento ou dos governantes. Isso porque, não podemos nos olvidar que a omissão ou a intervenção legislativa ou executiva concretizadora não pode ser destituída de razoabilidade ou racionalidade a ponto de suprimir o direito de qualquer pessoa – física ou jurídica – ou da coletividade.

Nesses casos, os magistrados e demais operadores do direito terão, assim como a Constituição Federal os legitima, o dever constitucional de concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa, a fim de evitar a sua redução desproporcional, eliminação ou total ineficácia.

Referências bibliográficas

AGRA, Welber de Moura. Neoconstitucionalismo e a superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008.

_____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios, 2004.

- ATIENZA, Manuel. *Cuestiones judiciales*. México: Fontamara, 2001.
- _____. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2004.
- _____. *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- _____. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 28, no. 60, jul./dez. 2004, p. 27-65.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto Lunardi. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2002.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Introduction: the moral reading and the majoritarian premise. In: DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2016.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.

_____. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HART, Herbert L. A. Pós-escrito. In: HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KIM, Richard Pae. Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e inaplicabilidade da teoria externa. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 165-188, abr.-jun. 2015.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988. In: (Neo)Constitucionalismo: ontem os códigos, hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004.
- _____. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- SCHIMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Salamanca: Alianza Universidad, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- STRECK, Lênio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positiva em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.
- TATAGIBA, Giuliano César da Silva. Neoconstitucionalismo e ponderação de interesses fundamentais. Disponível em: <[>.](http://74.125.95.132/search?q=cache:HfzJ9XUkdQMJ:www.fdc.br/Revista/..%25CARquivos%25CRevista%25C11/02.pdf.>>.</p><p>VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalização e neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. <i>Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM</i>, v. 3, n. 1, mar. 2008. Disponível em: <<a href=)
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 1995.