

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO NAS
DECISÕES JUDICIAIS**

MARCO AURÉLIO GHISI MACHADO

Itajaí/SC, 2015

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS

MARCO AURÉLIO GHISI MACHADO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí
– UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do
Título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Pedro Manoel Abreu
Co-orientador: Alessandra Silveira

Itajaí/SC, 2015

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste estudo não seria possível sem um conjunto de pessoas que me apoiaram ao longo destes meses.

Aos amigos que compartilharam as alegrias e tristezas durante a caminhada desse mestrado, em especial aos colegas Evandro, Frederico, Rafael e Ubaldo, companheiros da nossa querida Braga, e Leone Martins, companheiro do cafezinho e das críticas construtivas.

À Juliana Amorim Baú, pelas discussões e troca de ideias sobre ativismo e judicialização da política.

Aqueles que trabalham ao meu lado no Gabinete da 3ª Vara de Direito Bancário de Florianópolis, e que mesmo na minha ausência não deixaram de transmitir seu carinho.

Aos familiares que entenderam a minha dedicação e ausências, especialmente meus pais José Clésio e Janete, e meus irmãos Marco Augusto e Marco Antônio.

Aos meus Orientadores, Alessandra Silveira e Pedro Manoel Abreu, pela disponibilidade, paciência e confiança demonstradas ao longo desta etapa, e pela inspiração de que seria possível a conclusão desta dissertação.

Por fim, agradeço a Deus, que desde sempre me ilumina.

DEDICATÓRIA

Impossível deixar de dedicar esse trabalho à Cláudia, ao Grabiél e ao Enzo, não apenas pelo companheirismo, mas pela compreensão na distância e afeto em todo momento. Sem vocês nada teria sentido.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 24 de junho de 2015.

Marco Aurélio Ghisi Machado

Mestrando

FOLHA DE APROVAÇÃO

ROL DE CATEGORIAS

Categorias que o autor considera estratégica a sua pesquisa, juntamente com seus respectivos conceitos operacionais:

Constituição: “é a expressão escrita da soma dos fatores reais do poder, que regem uma nação; incorporados a um papel, já não são simples fatores reais do poder, mas fatores jurídicos, são instituições jurídicas.”¹

Direito positivo: “exprime a característica de um Direito que rege, in concreto, a conduta humana, mediante normas bilaterais e atributivas, socialmente postas; pode ser histórico, como atual.”²

Norma Jurídica: “... preceito abstrato, genérico e inovador – tendendo a regulr o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico”³.

Eficácia: “...aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias.”⁴

Decisões judiciais/sentença: “A sentença, ou norma individual, nessa hipótese, fazia concreta a norma geral, passando a integrar o ordenamento jurídico... sentença tornava norma geral particular entre as partes.”⁵

¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 335.

² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, *cit.*, p. 65.

³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, *cit.*, p. 235.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81.

⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito – Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 456.

SUMÁRIO

RESUMO	11
ABSTRACT	12
INTRODUÇÃO	13
1 CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	15
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	15
1.2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO	21
1.2.1 Constituição em sentido político	22
1.2.2 Constituição no sentido sociológico	23
1.2.3 Constituição no sentido jurídico puro	24
1.2.4 Constituição no sentido ‘amplo’	25
1.2.5 Interconstitucionalidade	28
1.3 NORMAS, PRINCÍPIOS E REGRAS	29
1.3.1 Classificação das Normas Jurídicas	32
1.3.2 Regras e Princípios	34
1.3.3 Diferenciação entre Regras e Princípios	36
1.4 FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	41
1.4.1 Função programática	43
1.4.2 Função integradora	43
1.4.3 Função fundamentadora	44
1.4.4 Função Interpretativa	44
1.4.5 Função limitativa	45
1.4.6 Função supletiva	45
1.5 EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	46
1.5.1 Da validade e da vigência	47
1.5.2 Da eficácia	48
1.5.2.1 Modalidades de eficácia jurídica das normas constitucionais	49
1.5.3 Classificação das normas constitucionais	51
1.5.3.1 Normas Constitucionais de Eficácia Jurídica Plena	51
1.5.3.2 Normas Constitucionais de Eficácia Jurídica Contida	52
1.5.3.3 Normas Constitucionais de Eficácia Limitada	52
2 PROCESSO COMO LOCUS DAS DECISÕES JUDICIAIS	55

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	55
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO JURISDICIONAL	56
2.2.1 Processo Grego	56
2.2.2 Processo Romano	57
2.2.3 Processo Germânico	58
2.2.4 Processo medieval	59
2.2.5 Processo Moderno	60
2.3 A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO	60
2.3.1 Processo como contrato	61
2.3.2 processo como quase-contrato	61
2.3.3 Processo como instituição jurídica	62
2.3.4 Processo como situação jurídica	62
2.3.5 Processo como relação jurídica	62
2.4 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, SUA EVOLUÇÃO	64
2.4.1 Sincretismo	65
2.4.2 Autonomia	66
2.4.3 Instrumental	67
2.5 O PROCESSO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DESEJOS CONSTITUCIONAIS	69
3 EFETIVIDADE E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	73
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	73
3.2 Efetividade dos princípios constitucionais	74
3.3 Ponderação e princípios constitucionais	76
3.3.1 Ponderação	78
3.4 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	83
3.4.1 Aplicação direta dos princípios constitucionais	87
3.4.2 Segurança jurídica das decisões e o sistema de precedentes.	93
3.5. ATIVISMO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E 'PANPRINCIPIOLOGISMO'.	97
3.5.1 Críticas ao ativismo e esclarecimentos sobre a judicialização da política.	100
3.5.2 Crítica à aplicação direta dos princípios	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS	105

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....110

RESUMO

A sociedade atual se apresenta multifacetada, heterogenia e plural, seus desejos e valores são muitos e urgentes, e acabaram por serem positivados nas Constituições através de princípios, diante disso o judiciário é chamado para garantir estes princípios e promover sua efetividade. A normatividade alcançada pelos princípios autorizou invocá-los diretamente para garantir pretensões ou fundamentar decisões judiciais, até mesmo nas hipóteses de ausência ou deficitária mediação de regras. Os princípios constitucionais, mesmo servindo de lastro para pretensões e decisões judiciais, apartados da mediação das regras, não perderam sua característica de abstração e generalidade. A subjetividade do intérprete na busca da melhor aplicação direta do princípio constitucional para solução do caso concreto deve ser objeto de controle e fiscalização, os fundamentos analisados na opção valorativa dos princípios utilizados servem para promover a previsibilidade e estabilidade, que devem pautar o direito. Os precedentes se destacam como importantes paradigmas na solução de casos idênticos ou assemelhados através da aplicação direta dos princípios constitucionais, favorecendo a necessária previsibilidade e estabilidade garantidoras da segurança jurídica.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Normatividade. Aplicação direta dos princípios constitucionais. Previsibilidade e estabilidade do direito. Controle das decisões judiciais. Precedentes.

ABSTRACT

Today's society presents itself multifaceted, heterogeneous and plural, its wishes and values are many and urgent, and had just been positivized on Constitutions through principles, before that the judiciary is called to guarantee these principles and promote its effectiveness. The normativity achieved by the principles, authorized rely on them directly to guarantee claims or support judicial decisions, even in the event of absence or deficit of mediation rules. The constitutional principles, even serving as the basis for claims and judicial decisions, separate from mediation rules, did not lose its characteristic of abstraction and generality. The interpreter's subjectivity on the search of the best direct application of the constitutional principle to solve the concrete case must be object of surveillance and control, the fundamentals analyzed on the evaluative option of the principles used serve to promote the predictability and stability, which should guide the law. The precedents stand out as important paradigms on the solution of identical or similar cases through direct application of the constitutional principles, favoring the predictability and stability necessary guarantors of legal certainty.

Keywords: Constitutional principles. Normativity. Direct application of constitutional principles. Predictability and stability of law. Control of judicial decisions. Precedents.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas pelo Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da Univali.

A positivação dos princípios constitucionais, que teve seu marco histórico no continente Europeu no pós-guerra e no Brasil com a Constituição de 1988, resultou na atribuição de normatividade a eles, que assim ganharam efetividade.

A evolução dessa efetividade não deixa dúvidas, se no início os princípios constitucionais se apresentavam como parâmetros de controle da constitucionalidade das regras, fundamento para sua correta interpretação, nos dias atuais eles são usualmente utilizados para dirimir conflitos concretos, casos que são apresentados para serem solucionados pelo Estado/juiz, independente da mediação de regras.

Os princípios constitucionais hoje são invocados, sem a mediação das regras, como justificação da pretensão das partes em litígio, e se prestam como fundamentos judiciais a decisões que solucionarão o feito.

Contudo, os princípios constitucionais, mesmo servindo de lastro para pretensões e decisões judiciais, apartados da mediação das regras, não perderam sua característica de abstração e generalidade, resultando em um esforço ainda maior do intérprete para promover sua densificação.

Não se pode esquecer que, assim como as sociedades contemporâneas são heterogêneas e plurais, os princípios constitucionais também se apresentam em alguns casos conflitantes, cabendo ao intérprete a superação das discordâncias e a escolha da melhor solução ao caso, sempre na certeza de que não há lugar para uma única resposta correta.

A subjetividade do intérprete na busca da melhor aplicação direta do princípio constitucional para solução do caso concreto deve ser objeto de controle e fiscalização, os fundamentos analisados na opção valorativa dos princípios utilizados servem para promover a previsibilidade e estabilidade, que devem pautar o direito.

As justificações utilizadas devem ser objeto de controle em todos os graus do sistema judiciário, mas em último grau pelas cortes constitucionais, responsáveis pela unidade do direito e uniformização da interpretação constitucional, os precedentes se apresentam como a melhor forma de balizar o uso dos princípios constitucionais sem a mediação das regras, impedindo abusos interpretativos e arbitrariedades.

Os precedentes se destacam como importantes paradigmas na solução de casos idênticos ou assemelhados através da aplicação direta dos princípios constitucionais, favorecendo a necessária previsibilidade e estabilidade garantidoras da segurança jurídica.

As mudanças sociais em velocidade nunca antes vistas, os novos meios de comunicação cibernéticos favorecendo a intensa interação das pessoas, os novos negócios promovidos pela 'internet', até mesmo o surgimento de novas espécies de 'Estado', sendo a União Europeia exemplo disso – transnacionalidade -, enfim, esses exemplos da contemporaneidade não se coadunam com o positivismo das regras, a heterogeneidade e pluralidade da sociedade atual combinam com os princípios, resultando desse conjunto a impossibilidade de se impedir a aplicação dos princípios constitucionais de forma direta, independente da mediação de regras.

O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo, e na fase de tratamento dos dados foi o cartesiano.

CAPITULO 1

CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A ideia de que certas leis são diferentes de outras remontam a antiguidade, sendo objeto de inúmeros autores, inclusive luminares da filosofia clássica (Aristóteles e Platão), que teorizaram sobre o Estado no período clássico, todavia, a noção de Constituição como se conhece hoje é algo recente, surgindo embrionariamente por volta do ano de 1.300 e se consolidando a partir do século XVIII, com a Revolução Francesa e Americana.

Durante quase toda a Idade Média os habitantes do que hoje conhecemos como Europa estavam vinculados de forma descentralizada apenas às cidades - um feudo -, o processo de formação de monarquias com poder centralizado consolidou-se entre os séculos XIV e XVI.

O processo de centralização do poder envolveu três grupos sociais: os reis, os nobres feudais e uma nova classe que surgia, a burguesia.

Para a burguesia a descentralização política do feudalismo era inconveniente, pois acabava por submeter a nova classe dos comerciantes aos impostos cobrados pelos senhores feudais, dificultando a atividade mercantilista pela ausência de moeda comum e de pesos e medidas padronizadas.

Tudo isso resultou na aproximação dos reis e da burguesia nascente, onde estes últimos contribuíram com o dinheiro e aqueles com medidas políticas que favoreciam o comércio. O dinheiro da burguesia facilitava aos reis a organização de um exército para impor sua autoridade à nobreza feudal, centralizando na figura do rei o Poder Político antes dividido entre os senhores feudais, surgindo o Estado Absolutista.

O rei passou a deter com exclusividade o Poder Político, com o monopólio da força e da produção normativa, no entanto, com o maior desenvolvimento da classe burguesa, a intervenção do Estado Absolutista nos assuntos econômicos passou a constituir um obstáculo para o pleno

desenvolvimento do comércio. Nesse ponto a burguesia passa a defender a liberdade comercial e a criticar o Absolutismo.

Dalmo de Abreu Dallari tratou do tema:

Como bem demonstraram Michael E. Tigar e Madeleine R. Levy, em seu livro *O direito e a ascensão do capitalismo*, os burgueses aproveitaram ao máximo a liberdade de ação que lhes era permitida e trataram de se organizar, criando corporações, estabelecendo suas próprias regras para regular os negócios e para decidir seus conflitos. Desse modo conseguiram estabelecer um sistema de vida que lhes permitiu aumentar a riqueza, expandir o comércio e, afinal, adquirir a propriedade de muitas terras.

O crescimento das cidades, o começo da formação de grandes indústrias, as invenções e os descobrimentos que tornaram possíveis as viagens marítimas longas e frequentes, tudo isso favoreceu a burguesia, que aumentou muito seu poder econômico e tornou os reis e a nobreza dependentes de suas atividades. Com isso os burgueses conquistaram uma posição social melhor e, o que foi mais importante, adquiriram condições para lutar pelo poder político.⁶

Da ânsia dos burgueses pela liberdade de comércio brota o sentido moderno de constituição como instrumento para conter o poder em favor das liberdades, encontrando arcabouço teórico nos pensamentos de Bodin, Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau.

Jean Bodin (1529-1596) afirma que apesar de ser o poder do rei perpétuo e absoluto, ele não seria ilimitado, defendendo, por exemplo, que o rei está impedido de alterar as leis de sucessão e alienar bens da fazenda pública e de dispor de bens de seus súditos.

Em seguida Hobbes (1588-1679) escreve a obra *'Leviatã'*, onde teorizou que o poder soberano deve ser individualizado, mas sem origem divina e sim instituído pelos indivíduos, para que o soberano possa protegê-los, para tanto necessitando de uma lei fundamental que especificasse os poderes irrevogáveis do soberano.

O próximo acontecimento balizador do constitucionalismo acontece na Inglaterra, em 1689, com a denominada Revolução Gloriosa, que lastreou o *Bill of Rights*, onde foi firmada a supremacia do Parlamento, limitando os poderes reais, dando nascedouro à monarquia constitucional, submetida à soberania popular.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 10.

A monarquia constitucional restringiu o poder estatal personificado no rei, impedindo-o de suspender sem o consentimento do parlamento a execução de leis e criando o direito de petição, com liberdade de eleição dos membros desse mesmo parlamento, foi vedada a aplicação de penas cruéis, com isso fortalecendo o princípio da legalidade.

Estudioso desse novo sistema de monarquia constitucional, John Locke (1632 - 1704) publicou sua principal obra, 'Segundo tratado do governo civil', onde se apresentou como defensor da tolerância religiosa e da liberdade política.

Hoje a visão de Locke pode parecer simplista, mas na época sua teoria era uma verdadeira arma contra o absolutismo monárquico que findava. O pensador confiava na liberdade e na propriedade como direitos naturais dos homens que, para manterem estes direitos firmam entre si um contrato, dando nascimento ao governo e a sociedade civil. E como possuem sua origem nas escolhas dos homens, os governos teriam que respeitar os direitos naturais e, caso não o fizessem, os cidadãos teriam o direito de se rebelar contra o governo tirano.

Locke também foi o primeiro a trazer a lume a ideia da repartição dos poderes entre legislativo, executivo e federativo, com funções distintas, mas não defendia a igualdade hierárquica entre eles, dando superioridade ao legislativo.

A repartição dos poderes do Estado, como medida de proteção da liberdade, ganha seu verdadeiro arquiteto em Montesquieu (1689 – 1755), na obra 'O Espírito das Leis', bem resumida por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Montesquieu apura o conceito de liberdade política, estremando-o da acepção de mera faculdade de se fazer o que se quer. Montesquieu define a liberdade como o poder de fazer tudo o que se deve querer, tudo o que as leis permitem e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar fazer. Essa liberdade necessita ser assegurada por uma Constituição que previna o abuso do poder, já que 'todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites'. E o meio apto para a sociedade se precaver contra o desmando seria a correta 'disposição das coisas', propícia a que 'o poder freie o poder'. Daí a separação entre os Poderes, para que um contenha o outro. Esses poderes são identificados como Legislativo, Executivo das coisas que dependem do direito dos gentes e

Executivo das que dependem do direito civil. Sobre os dois 'Executivos', Montesquieu diz: 'chamaremos este último o poder de julgar, e o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.'⁷

A linha da modernidade segue até aparecer o revolucionário Rousseau (1712 – 1778) - teve seus livros queimados em praça pública -, com uma visão radical de soberania popular, para quem o poder soberano pertenceria unicamente ao povo, que por um 'pacto social' deixaria a liberdade natural para criar a liberdade civil, onde o povo (corpo soberano) criaria leis genéricas para seu autogoverno.

Esse arcabouço teórico de novas ideias de Estado serviu de alicerce para a Revolução Francesa, com uma visão radical de soberania popular, o povo passa a ser representado pelo legislativo, o parlamento, que não poderia ser limitado por ninguém, nem mesmo pelo rei ou por uma Constituição.

Temos, então, um conflito que perdurou até o final das duas grandes guerras, onde a soberania do parlamento se sobrepunha aos demais poderes (Executivo e Judiciário) e a supremacia da lei, não existindo instrumentos legais para limitar a atuação e eventuais abusos dos legisladores.

A supremacia da constituição somente voltou à discussão com o fim da II Grande Guerra, como resposta aos horrores do totalitarismo.

Novamente Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco dissertam sobre o tema:

Terminado o conflito, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana, contra os abusos dos poderes estatais. Os países que saíam do trauma dos regimes ditatoriais buscaram proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz. O Parlamento, que se revelara débil diante da escalada de abusos contra os direitos humanos, perdeu primazia que o marcou até então. A Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, passou a ser o instrumento de proteção da Constituição – que, agora, logra desfrutar de efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico, resguardada por mecanismo jurídico de censura dos atos que a desrespeitem.⁸

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.48.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, *cit.*, p. 53.

Atualmente a Europa vive tempos de união do ponto de vista de organização governamental, onde encontra-se na reunião de Estados-membros inúmeras características de uma federação, principalmente quando seu nascimento decorre de posterior momento de dor e sofrimento gerados no continente europeu pelas duas grandes guerras, Alessandra Silveira explica:

Que impulsos ou razões moveram os Pais Fundadores da União Europeia, nomeadamente franceses e alemães, como Jean Monnet, Robert Schuman, Konrad Adenauer, entre outros? Da Leitura das Memórias de Jean Monnet depreende-se que tais homens tinham em comum a marca indelével dos sofrimentos que a violência e a intolerância lhes imprimira. Odiavam a guerra e o espírito de dominação (para lhes escapar, alguns deles tiveram de enfrentar os rigores do exílio) Por isso a integração europeia – isto é, a união dos povos livres do continente – constituía para eles o único caminho de esperança.⁹

Essa união de vontades e necessidades constituiu-se através de inúmeros acordos e tratados, preliminarmente para regularizar situações econômicas e de setores produtivos, como a regulamentação do comércio e produção do carvão e do aço (Tratado CECA), depois a Constituição da Comunidade Europeia da Energia Atômica, e ainda o Tratado da Comunidade Econômica Europeia, voltada para a criação de um mercado comum, entre outros acordos, tudo culminando com o a assinatura do Tratado de Lisboa, que compilou, aprimorou e positivou, em 13 de dezembro de 2007, os pontos elencados nos acordos/tratados anteriores.

Nesse novo tratado encontrar-se-á mais uma vez a vontade de instituir uma União Europeia, onde se apaga a ideia de comunidades e se reforça o pensamento de União, com a verdadeira aparência do que pode ser considerada uma Constituição Europeia.

Com isso concorda Pedro Madeira Froufe, que no seu texto denominado 'Globalização e integração. (Doze pistas de reflexão)' defende a existência de uma Constituição Europeia pelo menos do ponto de vista material, declarou o professor:

Apesar do impasse que, aparentemente, resulta do voto negativo francês e holandês à “Constituição”, a Europa comunitária continua a ser, *sob o ponto de vista jurídico*, uma realidade efectivamente integrada, um ordenamento dinâmico e em

⁹ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quide Juris Sociedade Editora, 2011, p. 21.

permanente evolução e aperfeiçoamento, tendo no funcionamento e na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Luxemburgo referências incontornáveis.

A ordem jurídica comunitária – com piores ou melhores Tratados, com uma “Constituição” formal ou *apenas* com a sua “Constituição material”, efectiva, que sempre existiu¹⁰ – continua a solidificar-se e a aprofundar eficazmente essa notável simbiose entre a *dimensão nacional/estadual* e a *dimensão supranacional ou transnacional*. Continua a aprofundar e a solidificar a sua identidade inovadora e especificamente “comunitária” (à falta de melhor expressão alternativa).

No mesmo caminho, Eros Roberto Grau tratou da força dos tratados da União Europeia, todavia, equivocou-se o autor quanto a ideia de hierarquia, que teoricamente não existe, há sim uma prevalência aplicativa:

Refiro aqui, parenteticamente, o direito da União Europeia, que é uma ordem jurídica (comunitária) com preferência sobre os direitos internos dos Estados-membros; há uma superioridade hierárquica dessa ordem em relação às ordens juridicamente nacionais; o direito da Comunidade prevalece mesmo sobre o direito constitucional dos Estados-membros.¹¹

No outro lado do Atlântico, nos Estados Unidos da América, a luta pelo constitucionalismo foi bem menos difícil, pois desde a sua fundação ficou claro o valor normativo da Constituição como ordem jurídica máxima no Estado americano.

Alexis de Toqueville bem descreveu este cenário na sua obra “A Democracia na América”:

O juiz americano se parece pois perfeitamente com os magistrados das outras nações. No entanto é dotado de um imenso poder político.

De onde vem isso? Ele se move no mesmo círculo e serve-se dos mesmos meios que os outros juízes; por que possui um poder que estes últimos não têm?

A causa está neste simples fato: os americanos reconheceram aos juízes o direito de fundar suas decisões na constituição, em

¹⁰ Uma parte significativa da doutrina entende que sempre existiu uma efectiva Constituição da Europa comunitária. Uma Constituição em sentido material, uma Constituição natural e histórica cuja *fonte* resulta dos Tratados, da Jurisprudência do Tribunal de Justiça, do próprio “costume” e dos princípios fundamentais de Direito (quer de carácter universal, quer aqueles que se formaram e desenvolveram especificamente informando a prática comunitária), sem esquecer ainda, de certo modo, a própria normação das Instituições da União. FROUFE apud CUNHA, Paulo Ferreira da. **Novo Direito Constitucional Europeu**. São Paulo: Almedina, 2005, nomeadamente e em introdução a esta perspectiva, p. 23 e 24.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, *cit.*, p. 107.

vez de nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes parecerem inconstitucionais.¹²

E mais adiante seguiu Toqueville descrevendo o constitucionalismo na América do Norte:

Na América, portanto, a Constituição pode variar, mas enquanto existe é a origem de todos os poderes. A força predominante reside apenas nela.

[...]

Encerrado em seus limites, o poder concedido aos tribunais americanos de pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade das leis representa também uma das mais poderosas barreiras erguidas contra a tirania das assembleias políticas.¹³

Sobre essas características bastante peculiares do controle judicial, também disse Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco:

A doutrina do controle judicial articula, portanto, três assertivas básicas:

- a) A Constituição é concebida para ser a lei principal do país;
- b) Cabe ao Judiciário a função de interpretar e aplicar a Constituição nos casos trazidos à sua apreciação, podendo recusar valia ao ato que infringe a Constituição;
- c) A interpretação judicial é final e prepondera sobre a avaliação dos demais poderes.¹⁴

Podemos concluir que o valor supremo da Constituição é algo bastante recente, resultado da evolução histórica do Estado e das teorias que o examinaram e racionalizaram. Esse é o momento de superioridade da Constituição e a subordinação a ela dos Poderes, ao mesmo tempo em que fica clara sua força limitadora do Estado. A lei maior se apresenta também como instrumento de concretização de valores morais e políticos em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis, tema que será tratado no decorrer desta dissertação.

1.2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Como analisou-se, o valor da Constituição como norma superior dentro do sistema legal de um Estado é algo bastante recente, resultado

¹² TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.113.

¹³ TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**, *cit.*, p.114 e 117.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, *cit.*, p. 59.

da evolução histórica do Estado e das teorias que o examinaram e racionalizaram.

Quando se fala de constituição pode-se buscar seu significado no sentido mais comum da palavra, fugindo de seus aspectos legais. Nesse ponto a constituição pode ser compreendida como “conjunto de elementos que compõem, composição...”¹⁵, exemplo, o que constitui um bolo de chocolate seriam todos os ingredientes desse doce, seu conteúdo.

Quanto ao aspecto de Constituição como norma jurídica, encontram-se comumente quatro sentidos para sua conceituação, o político, o sociológico, o jurídico puro e o conceito ‘amplo’ de Constituição.

1.2.1 Constituição em sentido político

Do ponto de vista político a Constituição é o resultado da decisão política fundamental que antecede a sua própria elaboração, ou seja, a Constituição seria a consequência de uma unidade de desejos de indivíduos para fundar e/ou organizar um Estado e teve como seu teórico Carl Schmitt.

Michel Temer expressou a Constituição como o modo de ser do Estado, ou seja, apresentou-a do ponto de vista político:

Em sentido mais restrito, Constituição significa o ‘corpo’, a ‘estrutura’ de um ser que se convencionou denominar Estado. Por ser nela que podemos localizar as partes componentes do Estado, estamos autorizados a afirmar que somente pelo seu exame é que conheceremos o Estado.

[...]

O Estado é o corpo social. Revela-o a Constituição. Como toda sociedade, pressupõe organização. Esta, por sua vez, é fornecida por conjunto de preceitos que imperam sobre determinados indivíduos em dado local e em certo tempo. Há identidade, pois, entre o Estado e a Constituição. Toda sociedade é uma ordem jurídica.

[...]

O Estado, como já dito anteriormente, é uma sociedade. Pressupõe organização. Os preceitos organizativos corporificam o instrumento denominado Constituição. Portanto, a Constituição é o conjunto de preceitos imperativos fixadores de deveres, direitos e distribuidores de competência, que dão a estrutura social, ligando pessoas que se encontram em dado território em certa época.¹⁶

¹⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 813.

¹⁶ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.17-19.

José Afonso da Silva tratou do mesmo tema:

Em resumo, para Schmitt a essência da Constituição não se acha numa lei, ou norma, mas no fundo ou por detrás de toda normatividade está uma decisão política do titular do poder constituinte, isto é, do povo na democracia, e do monarca na monarquia autêntica.¹⁷

1.2.2 Constituição no sentido sociológico

Quem melhor falou sobre a Constituição do ponto de vista sociológico foi Ferdinand Lassalle, na sua obra 'A Essência da Constituição', onde buscou demonstrar que a Constituição é a expressão das vontades dos indivíduos que compõem o Estado, a soma dos fatores reais e coexistentes de poder dentro da sociedade, e se a Constituição não correspondesse aos anseios dela, não passaria de uma folha de papel sem importância. Cito:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não tem valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.¹⁸

Paulo Bonavides também falou sobre a Constituição e o Estado, expressando a importância e o significado da Constituição como descrição do conteúdo e do agir do Estado. Transcrevo:

Todo sistema político quando funciona normalmente, pressupõe uma ordem de valores sobre a qual repousam as instituições. Em se tratando de um sistema democrático do modelo que se cultiva no ocidente, essa ordem é representada pela Constituição, cujos princípios guiam a vida pública e garantem a liberdade dos cidadãos.

Nas formas democráticas a Constituição é tudo: fundamento do Direito, ergue-se perante a Sociedade e o Estado como valor mais alto, porquanto, de sua observância deriva o exercício permanente da autoridade legítima e consentida.¹⁹

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, *cit.*, p.29.

¹⁸ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985, p.49.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 206.

1.2.3 Constituição no sentido jurídico puro

Após a exposição do conceito político e sociológico de Constituição, resta apresentá-la sob o ângulo puramente jurídico, que encontramos em Hans Kelsen e na sua "Teoria Pura do Direito".

A teoria apresentada por Kelsen traz a norma como um 'dever-ser', que não busca seu fundamento em outras ciências ou ramos de conhecimento, como na sociologia, política ou filosofia, e a Constituição, sendo norma, também se apresenta como 'dever-ser'

Kelsen acreditava que o ordenamento jurídico é uma construção escalonada, com diferentes camadas, onde a norma superior regula a produção das normas inferiores, portanto a norma inferior encontra dependência de validade nas normas superiores. Esse encadeamento resulta na unidade do sistema, alcançando a norma fundamental hipotética, que não posta, mas pressuposta, e que não se confunde com a Constituição, mas dá validade a ela.

Para explicar o que seria a norma pressuposta a lição de Eros Roberto Grau, que assim disse:

O que importa salientarmos é a existência de uma juridicidade ínsita no negócio jurídico, juridicidade que não é dada pela lei, mas se manifesta anteriormente à incidência da lei – isto é, digo-o, juridicidade que se manifesta no plano do direito pressuposto, anteriormente à institucionalização de um direito posto.²⁰

Portanto, ter-se-á uma norma fundamental hipotética pressuposta, que é anterior a Constituição, mas ínsita a ela, e por sua vez a Constituição é a norma posta, mas que retira sua validade da norma fundamental hipotética. Para Kelsen a Constituição é a norma positiva suprema, no caso um conjunto de normas que regulam a criação de outras normas, já que a classifica no seu sentido material. Transcrevo:

Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito Positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva

²⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 79.

ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.²¹

Em seguida, Kelsen continua sua explanação para diferenciar a Constituição positivada no sentido material, daquela em sentido formal:

Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como 'Constituição' que – como Constituição Escrita – não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos.²²

1.2.4 Constituição no sentido 'amplo'

Como bem já disse José Afonso da Silva, os conceitos apresentados sob as óticas da sociologia, da política e do jurídico puro não são suficientes para explicar amplamente o que é uma Constituição, essas visões estanques não superam o multifacetamento de uma norma tão complexa.

Hoje encontramos a Constituição envolta em aspectos sociais, políticos e jurídicos, sendo impossível pensar sob um só enfoque, ela é norma jurídica máxima, mas também trata e regula os Poderes do Estado e tudo isso sem ficar distante da realidade social.

Bem afirmou Dalmo de Abreu Dallari que:

A Constituição é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a toda as outras e que, visando a proteção e a promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo.²³

Alexandre de Moraes também procurou mostrar o conceito de uma Constituição ideal, buscando no ensinando de Canotilho os elementos que a compõem:

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, *cit.*, p. 247-248.

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**, *cit.*, p.21-22.

Importante destacar o chamado conceito ideal de constituição, imposto a partir do triunfo do movimento constitucional no início do século XIX. Como ensina Canotilho:

‘esse conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos-liberais, considerando-os como elementos materiais caracterizadores e distintivos, sendo os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos atos do poder legislativo através do parlamento); (b) a constituição contém o princípio da divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estatais; (c) a constituição deve ser escrita (documento escrito).²⁴

A Constituição em sentido amplo pode ser entendida através de dois critérios, a constituição em sentido formal e a constituição em sentido material, que não se confundem com o tratamento feito por Kelsen no seu exame do tema.

A Constituição no sentido formal é o documento escrito e solene, onde são positivadas as normas superiores do Estado, sendo elaborado por um processo específico, chamado constituinte, portanto, sob essa análise são constitucionais todas as normas que estão explícitas no documento denominado Constituição.

Agora sob o ponto de vista material, constituição se refere às matérias que compõem a norma suprema, e nesse ponto Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco não deixaram dúvida na conceituação:

O conceito material de Constituição, portanto, segue a inteligência sobre o papel essencial do Direito e do Estado na vida das relações em uma comunidade. A Constituição, como ordem jurídica fundamental da comunidade, abrange, hoje, na sua acepção substancial, as normas que organizam aspectos básicos da estrutura dos poderes públicos e do exercício do poder, normas que protegem as liberdades em face do poder público e normas que tracejam fórmulas de compromisso e de arranjos institucionais para a orientação das missões sociais do Estado, bem como para a coordenação de interesses multifários característicos da sociedade plural.²⁵

As Constituições podem ser classificadas de inúmeros modos, de acordo com suas características, mas os principais são quanto ao: a)

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 2.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 63.

conteúdo; b) forma, c) extensão; d) modo de elaboração; e) origem; e f) estabilidade.

Quanto ao **conteúdo**, as Constituições pode ser: a) materiais, quando a norma trata das regras estruturais para o Estado, como as de organização de seus órgãos e poderes, direitos individuais, políticos e garantias fundamentais; e b) formais, se trata do texto escrito que solenemente foi determinado como Constituição.

Essa diferença é importante visto que numa Constituição Material podemos encontrar normas constitucionais fora da Constituição, desde que trate de matéria própria das constituições, enquanto no caso das constituições formais a lei é constitucional só pelo fato de estar inserida na Norma Constitucional.

Quanto à **forma**, as Constituições podem ser: a) escritas (ou instrumentais), quando os textos são reunidos em único documento formal; e b) costumeiras (também denominadas de não-escritas ou consuetudinárias) quando os textos estão esparsos ou são baseados em usos e costumes sociais.

Quanto à **extensão**, as Constituições podem ser: a) sintéticas, quando o texto traz só as regras fundamentais para estruturar o Estado; e b) analíticas no momento em que os textos não abordam somente as diretrizes estruturais do Estado, mas também tratam de matérias que poderiam estar em leis complementares.

Quanto ao **modo de elaboração**, as Constituições podem ser dogmáticas, quando tem lastro em dogmas da ciência política e do modelo jurídico que dominava o Estado no momento de sua elaboração (são sempre escritas); e b) históricas (costumeiras), quando resultam da evolução histórica do Estado, valorizando as tradições.

Quanto à **origem**, as Constituições são: a) promulgada, quando seu texto decorrer de uma convenção/votação dos seus temas entre os constituintes; e b) outorgadas quando imposta por um governante ou grupo de pessoas no poder do Estado.

Quanto à **Estabilidade**, podem ser as Constituições: a) rígidas, quando se exige processo legislativo mais dificultoso para suas alterações, em comparação com leis infraconstitucionais; b) Flexível, quando o

processo legislativo para alteração da Constituição é o mesmo das leis infraconstitucionais; e c) Semi-rígida, quando o processo legislativo rigoroso é exigido para algumas matérias do texto constitucional, enquanto para outros a modificação é realizada nos mesmos moldes das leis infraconstitucionais.

1.2.5 Interconstitucionalidade

A União Europeia traz novos modos para se analisar o constitucionalismo, a novidade que é a reunião de Estados Soberanos que concordam em mitigar seu Poder em prol de um desejo maior de união de um continente nunca foi tentado antes, motivo pelo qual uma teoria precisou nascer para se fundamentar esse neo-constitucionalismo.

Surge então o conceito de interconstitucionalidade, necessário para se lastrear o fenômeno da pluralidade de fontes constitucionais, legitimados diversos, estruturado à margem de Estados Soberanos e sem um marco territorial definido.

Alessandra Silveira tratou do tema em seu artigo ‘Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial’, do qual retiro textualmente os seguintes pontos:

Já o termo «interconstitucionalidade» incorpora uma proposta teórica a partir da qual *pode e deve* estudar-se o processo de integração europeia, ocupando-se, pois, do enquadramento/tratamento da fenomenologia do «pluralismo constitucional» ou das constituições em rede». O Autor explica que 1) a passagem do Estado soberano para o Estado *não* soberano, 2) a intervenção de sujeitos legitimadores diferentes do povo do Estado, e 3) a invenção de procedimentos constituintes diversos dos procedimentos constituintes clássicos exige densificações que só uma nova teoria da interconstitucionalidade poderia fornecer.

[...]

A teoria da interconstitucionalidade surge, portanto, da necessidade de enquadrar o fenômeno da interação reflexiva entre normas constitucionais de distintas fontes que convivem no mesmo espaço político – aquele da União Europeia – o que implica a atuação em rede para a solução de problemas constitucionais (sobretudo jusfundamentais) comuns.

[...]

Ao contrário, por fornecer um arsenal teórico para lidar com a fenomenologia da pluralidade de ordenamentos «que reconhecidamente são paralelos, desiguais e concorrentes», a teoria da interconstitucionalidade «abre as portas à renovação da teoria da constituição», facilitando a tarefa de a “redesenhar”

«para um universo político em que o Estado deixou de ser o referente exclusivo dos materiais constitucionais».²⁶

Ou seja, como bem declarou Alessandra, com a União Europeia vê-se vir à luz um novo constitucionalismo, ou ainda, uma ‘constituição de outro tipo’:

Do exposto conclui-se que a União Europeia evolui e comporta-se como se a sua base jurídica (o seu texto fundador) fosse uma Constituição – e não tratados governados pelo direito internacional. Os tratados constitutivos funcionam, pois, como a Constituição da União, na medida em que consagram uma ordem jurídica fundamental que vincula todo o poder público europeu. Por isso é possível afirmar, com Poiões Maduro, que paradigma da construção europeia é constitucional – e o seu constitucionalismo «assenta numa legitimidade plural, entre outras razões porque radica numa pluralidade de fontes constitucionais, o que tem um impacto profundo na natureza do seu modelo constitucional». Como explicava Lucas Pires, os desvios deste pluralismo constitucional «em relação ao “modelo” constitucional do Estado democrático moderno são, pois, a vários títulos, significativos». Trata-se mesmo ou de «um outro modelo» ou de «um não modelo», de resto «muito mais aberto a evoluções não predeterminadas». De qualquer forma, «esta Constituição é de outro tipo».²⁷

1.3 NORMAS, PRINCÍPIOS E REGRAS

Como visto no item anterior, a Constituição é a norma fundamental do Estado, onde encontramos as suas diretrizes básicas, reconhecimento de garantias, direitos fundamentais e deveres de todos os seus membros, bem como formas, limites e competência do exercício do Poder Público. Essa norma acaba se exteriorizando em duas modalidades diversas: regras e princípios.

Textualmente Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Branco, discorrem sobre este tópico:

Atenta às particularidades das normas constitucionais, a doutrina lhes flagrou uma classificação, que é de considerável valia para o processo da interpretação constitucional. Consideradas em conjunto, as normas constitucionais são vistas como a pertencer a um sistema normativo, que lhes imprime uma certa ordem de

²⁶ SILVEIRA, Alessandra Aparecida Souza. **Interconstitucionalidade**: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial, texto ainda não publicado e gentilmente fornecido pela autora.

²⁷ SILVEIRA, Alessandra Aparecida Souza. **Interconstitucionalidade**, *cit.*

propósitos e que configura um todo tendenciosamente coeso e que se pretende harmônico. Observou-se, porém, que, estruturalmente, essas normas podiam ser enquadradas em dois tipos normativos, que atraem perspectivas também distintas de solução de problemas de aplicação das normas.

Ganhou a doutrina mais moderna uma classificação das normas, que as separa em regras e princípios.²⁸

O homem vive no mundo dos fatos, dos sentidos, tudo que o atinge direta e indiretamente ou que somente venha a tomar conhecimento faz parte desse mundo real, 'do ser', todavia, pouco interessam todos esses significados para a Ciência do Direito, necessário que esses eventos sensoriais perceptíveis sejam elaborados de uma outra forma para figurarem como objeto do estudo da Ciência do Direito, sejam formalizados através de sistemas de proposições de 'dever ser' e impostos por uma autoridade, essas proposições são as normas jurídicas.

Diante disso encontramos a primeira classificação de diferenciação das normas, importante para o direcionamento deste trabalho, ou seja, temos normas jurídicas e não jurídicas, e só as primeiras interessam para o desenvolvimento dessa dissertação.

A sociedade, *locus* onde vive o homem médio, é fenômeno complexo organizado por normas de várias espécies que tudo ordena. Encontramos normas morais, jurídicas, religiosas, costumes, etc. E dentro desse emaranhado de ordens, para a Ciência do Direito, interessam unicamente as Normas Jurídicas, que seguindo o pensamento positivista, são aquelas elaboradas pelo Estado, sendo esse o motivo pelo qual podem ser consideradas preponderantes sobre as demais que a autoridade estatal não tutela.

Eros Roberto Grau explica:

O que transforma uma norma social em norma jurídica é o fato de a massa das consciências individuais chegar à compreensão de que a sanção material desta norma pode ser socialmente organizada – isto é, que a reação social contra sua violação pode ser socialmente organizada pelo emprego da coerção [...].²⁹

Os passos para se individualizar uma norma como jurídica é buscar suas características, e a primeira delas, primordial para sua constituição é

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, cit. p. 80-81.

²⁹ GRAU Roberto, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**, cit., p. 73.

ter em mente o poder que a instituiu, ou seja, a relação da autoridade que cria a norma para ordenar a sociedade, no caso das normas jurídicas esse poder é o Estado, visto que somente ele (no positivismo) possui o poder de elaborar as normas (vulgarmente tratada como lei).

Uma segunda característica tratada por Kelsen e aceita pelos positivistas foi a aplicação de sanção para o descumprimento da norma, ou nas palavras do autor:

Com a categoria formal do 'dever ser' ou da norma, só se conseguiu, porém, o gênero próximo, não a diferença específica do direito. A teoria jurídica do século XIX concordou, de modo geral, em que a norma jurídica seria uma norma coercitiva. No sentido de que é uma norma de coação e, por isso mesmo, se distingue de outras normas. Neste ponto, a Teoria Pura do Direito segue a teoria jurídica positivista do século XIX. Para ela, a consequência decorrente da proposição jurídica, contida em determinada condição, é o ato coercitivo estatal, isto é, a pena e a execução coercitiva civil ou administrativa e somente por isso a situação de fato condicionadora é qualificada como antijurídica, e a condicionada, de consequência da antijuridicidade.³⁰

Bobbio também analisou a teoria da coação de Kelsen, afirmando que:

[...] para a teoria clássica, a coerção é o meio mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas, ou, em outras palavras, o direito é um conjunto de normas que se fazem valer coativamente; para a teoria moderna, a coerção é o objeto das normas jurídicas ou, em outros termos, o direito é um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa.³¹

Teorias contemporâneas procuram excluir a sanção como elemento caracterizador da norma, sob a alegação de que algumas normas não são coercitivas, todavia, o problema foi resolvido por Kelsen com a explicação da existência de normas autônomas e normas dependentes, as primeiras apontam sanções, as segundas estabelecem comportamentos, estando nesse caso a sanção correspondendo a outra norma, da qual depende.

Há outros elementos com ainda menos consenso entre os doutrinados, e por isso não serão abordados nesse trabalho, os quais podem

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 69-70.

³¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 155.

caracterizar uma norma jurídica quanto a sua generalidade, seu caráter abstrato e até mesmo a bilateralidade.

Podemos concluir, então, que o único ponto que não produz grande divergência sobre o que caracteriza uma norma como jurídica é a relação com sua origem, ou seja, são consideradas jurídicas as normas emanadas pelo Estado Soberano dentro do seu território, deixando de lado, pela objetividade desse trabalho, as teorias que tratam do Pluralismo Jurídico, recomendando a leitura de Antônio Carlos Wolkmer³².

1.3.1 Classificação das Normas Jurídicas

Nesse trabalho se adotará, como fundamentos de classificação das normas jurídicas, os ensinamentos de Tércio S. Ferraz Júnior³³, que as separou em relação a critérios gerais sintáticos, semânticos e pragmáticos, ou seja, dividiu as normas quanto ao que elas significam entre si, em relação aos objetos que tratam e quanto aos seus usuários.

CRITÉRIO SINTÁTICO

Quanto à relevância: trata da relação entre as normas	Normas primárias: são aquelas que correspondem às normas de conduta, cujo objeto é um ato hipotético.
	Normas secundárias: seria aquela cujo objeto é outra norma, tendo caráter de organização
Subordinação: versa sobre a hierarquia entre as normas.	Normas-origem: são as primeiras de uma 'série' de normas ou ordenamento, as demais normas da 'série' remontam a norma origem.
	Normas-derivadas: são as normas editadas conforme a norma-origem
Estrutura: quanto ao alcance do objeto tratado pela norma.	Autônomas: as que têm por si sentido completo, não necessitam de esclarecimentos ou complementos de outras normas, esgotam a disciplina que estatuem.
	Derivadas: são normas que exigem combinação de outras normas para encontrarem sua correta interpretação ou alcance

³² WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Ed. Alfa Ômega, 1994.

³³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CRITÉRIO SEMÂNTICO

Quanto aos destinatários: trata dos agentes alcançados pelas normas	Gerais: são destinadas á generalidade das pessoas.
	Individuais: ordenam o comportamento de uma pessoa ou grupo definido de pessoas.
Quanto à matéria: trata dos fatos abrangidos pelas normas	Gerais-abstratas: normas que estabelecem uma regra geral e universal, com consequências para todas as hipóteses indicadas no seu texto.
	Especiais: são aquelas que não violam a regra geral, contudo a interpretam de forma diferente, mantêm a regra geral, mas promovem sua adaptação às circunstâncias.
	Excepcionais: são normas que contrariam a norma geral, criando um tratamento diferente para o que foi tratado pela norma geral
Quanto ao espaço: trata do limite espacial de incidência da norma	Nacionais: incidem em todo o território nacional.
	Locais: tem limite de incidência regionalizado.
Quanto ao tempo: trata da vigência das normas.	Permanente: Normas as quais não são atribuídas prazo de validade.
	Provisória (temporária): o prazo de cessação de seus efeitos é estabelecido previamente.
	Incidência imediata: que tem vigência imediatamente após a publicação.
	Incidência mediata: aquelas que possuem data designada para iniciar sua vigência

CRITÉRIO PRAGMÁTICO

Força de Incidência: grau de impositividade da norma.	Imperativa (cogente ou injuntivas): são normas que vinculam os sujeitos, subtraindo deles qualquer autonomia de vontade.
	Dispositivas: são normas que só atuam se invocadas pelos interessados
Finalidade: versa sobre os fins visados pela norma, sobre o que pretende a norma deliberar.	Conduta ou comportamento: normas que regulam de forma vinculante o comportamento, disciplinando inclusive as condições para seu exercício.
	Programáticas: são normas que expressam diretrizes, intenções ou objetivos, mas sem disciplinar o comportamento para estes fins
Funtor: relação de autoridade emanada pela norma, que se expressa num 'dever ser'.	Permissivas: normas que permitem fazer algo.
	Proibitivas: normas que proíbem fazer algo.
	Obrigatórias ou preceptivas: normas que obrigam fazer ou não fazer algo

Até o momento foi apontado o conceito de norma jurídica, suas características e classificação, não se podendo esquecer que, em se tratando de Constituição estamos trabalhando com a norma superior de todo ordenamento, soberana de todas as demais normas que compõem um sistema legal. Portanto, as normas constitucionais, assim como todas as normas, se expressam dentro de um ordenamento, através de regras e princípios.

1.3.2 Regras e Princípios

As regras e os princípios constitucionais se referem ao universo do 'dever ser', ou seja, são formulações de que alguma conduta 'deve ser', dar 'permissão para algo' ou 'proibir algo', e tendo sua origem num ato soberano em um determinado território, são normas, disso não se tem dúvida. Princípios e regras são, então, duas categorias de normas jurídicas.

Mas apesar das regras e dos princípios serem normas jurídicas, elas exercem papéis diferentes dentro do sistema, as regras por descreverem hipóteses de fatos típicos, possuem funções nitidamente regulatórias das relações que se enquadram nessas hipóteses previamente traçadas, ou seja, as regras regulam as condutas previamente prescritas, sempre se referindo a fatos juridicamente relevantes.

Os princípios, por sua vez, até em razão de sua generalidade, são multifuncionais, ora com papel programático, ora fundamentadores como fonte de direito, também assumem os papéis de integração do sistema, auxiliares na função interpretativa, limitando ou atuando supletivamente quando ausentes ou insuficientes as demais fontes do direito para solucionar o caso concreto.

Essas funções serão ainda objeto de estudo nesse trabalho, motivo pelo qual deixar-se-á o aprofundamento desse tema para o tópico oportuno.

Sobre a evolução da juridicidade dos princípios, Bonavides elencou três fases distintas, são elas a fase jusnaturalista, positivista e a pós-positivista.

Na fase jusnaturalista encontrava-se os princípios ainda sem o *status* jurídico, tratados como meras normas programáticas, de caráter político e não vinculativo, exporiam o ideal de justiça universal, lastrado diretamente na natureza, através de leis divinas ou humanas, mas sempre verdades pretensamente universais e de bem agir.

A fase positivista se caracteriza pela inclusão destes princípios universais, dessas normas programáticas e de caráter político dentro dos códigos, e no caso dos princípios constitucionais, no bojo da Constituição, iniciando então a forma jurídica dos princípios, entretanto, essa juridicidade ainda não se exterioriza de modo direto, mas só subsidiariamente, como fonte da inteireza do ordenamento.

Nessa fase, os princípios são extraídos da própria regra positiva, para lhe servir de fundamento, sendo uma 'válvula de segurança' no afã de impedir as lacunas legais, suprimindo vazios e promovendo a integração do ordenamento jurídico, mas ainda sem força normativa direta.

Chega-se então à terceira fase da evolução normativa dos princípios, a denominada por Bonavides de pós-positivista, que se inicia com as novas constituições promulgadas nas últimas décadas do século passado, onde então os princípios foram apresentados como fundamentos de todo o ordenamento jurídico, adquirindo força normativa para impor obrigações e não somente promover a integração do direito.

Bonavides declara então que:

dali parte Dworkin para a necessidade de tratar-se os princípios como direito, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto a constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal.³⁴

Norberto Bobbio também segue no mesmo sentido:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 238.

ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?³⁵

O clássico José Afonso da Silva tratou do tema, garantindo a juridicidade dos princípios constitucionais, dizendo:

Sua juridicidade, contudo, deve ser afirmada só pelo 'fato de constarem de um texto de lei', sendo de repelir a pretensa injuridicidade de regras pertencentes a uma constituição, e especialmente a uma constituição rígida...

[...]

Crisafulli, que dissecou sucessivamente a temática das normas programáticas, sustentou-lhes a juridicidade (e a eficácia, ainda que reduzida), argumentando que enunciam verdadeiras normas jurídicas e, por isso, são tão preceptivas como as outras; regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre as matérias que lhe são objetos, sendo, nesse limite, vinculantes, como consequência da eficácia formal prevaiente da fonte (a constituição), no que respeita às leis ordinária, pelo quê estas, se anteriores e contrárias, ficam invalidadas; se posteriores e conflitantes, são inconstitucionais.³⁶

1.3.3 Diferenciação entre Regras e Princípios

Transcorrido o aspecto histórico da evolução dos princípios, e porque não das próprias regras, passamos agora a tecer comentário sobre as distinções entre regras e princípios, e a importância dessa diferenciação foi apresentada por Robert Alexy:

Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, sem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências

³⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, p. 158-159.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, *cit.*, p. 153-154.

entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidas. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais [...].³⁷

Também Ana Paula de Barcelos procurou apontar a importância da distinção, afirmando que:

[...] não se trata apenas de mais uma categoria acadêmica. Muito ao revés, a distinção entre princípios e regras terá repercussões importantes em toda a vida da disposição normativa: em sua interpretação individual, em seu papel no sistema a que pertence e no ordenamento como um todo e em sua eficácia jurídica. Com efeito, a diferenciação estrutural que há entre princípios e regras, e o fato de um enunciado ter a natureza de um ou de outra, é determinante para a compreensão de sua eficácia jurídica e, em consequência, da posição em que investe o particular. A razão jurídica pela qual um comando produz ou não efeitos independente da atuação legislativa decorre, em boa medida, dessa distinção.³⁸

Vamos então aos critérios para buscar uma correta distinção entre regras e princípios, são múltiplos esses critérios, mas nesse estudo serão apresentados somente quatro, os mais comuns encontrados nas doutrinas, o critério da generalidade, do conteúdo, da estrutura normativa e das particularidades da aplicação.

O primeiro critério para tentar diferenciar regras e princípios está na sua generalidade, nesse caso generalidade como oposto de especialidade e não como sinônimo de universalidade, ou seja, uma norma coberta de generalidade significa a ausência de qualquer fim especial na sua elaboração, e será mais geral quanto mais aberta for a possibilidade de sua aplicação, o que não se confunde com universalidade, que tem como antônimo a individualidade.

Sendo assim, os princípios têm uma generalidade muito maior que as regras, um maior teor de abstração, não se restringindo a situações específicas, enquanto as regras se apresentam com relatos mais objetivos, incidindo e se dirigindo a situações pontuais e específicas.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 85.

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 49.

O segundo critério de diferenciação encontra-se no conteúdo das duas espécies normativas. Nos princípios podemos identificar valores a serem preservados ou fins a serem alcançados, ao passo que as regras se limitam a indicar regulamentos de conduta, pois a questão dos valores e fins ficou a cargo do legislador, não transferindo esse exame ao intérprete.

O terceiro critério tem relação com a estrutura das regras e dos princípios, aquela geralmente especifica os atos a serem praticados para o seu fiel cumprimento, ou seja, se ocorrer o fato previsto em abstrato na regra, produz-se o efeito concreto já prescrito, os princípios, por sua vez, indicam somente fins, ideais a serem alcançados, cabendo o intérprete definir as ações para concretizar esse fim.

Como último critério escolhido para discernir regras e princípios nesse estudo, utilizar-se-ão as particularidades da aplicação de cada um deles segundo as teorias de Dworkin e Alexy, os quais consideram que: as regras são normas aplicáveis sob a forma de 'tudo ou nada', ou seja se os fatos narrados na regra acontecerem, ela deve ser aplicada, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos; já os princípios, por sua vez, possuem uma carga de valor, com fundamentos éticos e políticos relevantes que indicam uma direção a seguir, são mandamentos de otimização, por isso não incidem como 'tudo ou nada', mas sempre na medida do possível e dentro das possibilidades jurídicas.

Transcrevo a lição esclarecedora de Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinação no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não distinção de grau.³⁹

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, *cit.*, p. 90-91.

Da diferenciação relacionada com a aplicação das regras e dos princípios, necessário novos esclarecimentos, principalmente para demonstrar a diferença que surge quando nos deparamos com uma colisão entre princípios e um conflito de regras.

Podemos encontrar colisão de princípios e conflito de regras quando nos deparamos com duas normas que, isoladamente aplicadas, convergem para resultados diferentes ou até mesmo conflitantes, e sobre tal situação soluções diferentes são apresentadas se estas normas são regras ou princípios.

Iniciamos com o exame de um conflito entre regras, lembrando que elas são aplicadas sob a forma de 'tudo ou nada', e bem por isso a solução encontrada para o problema, se entre as regras não existe cláusula de exclusão que elimine o conflito, é a declaração de uma das regras como inválida, pois não é possível que dois juízos concretos de “dever-ser”, contraditórios entre si, sejam válidos.

Alexy, expõe:

A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é, a decisão é uma decisão sobre validade.⁴⁰

Agora, quando encontra-se essa mesma situação entre princípios, a solução não é de invalidade, mas um dos princípios em colisão deverá ceder, pois sempre um dos princípios em conflito terá precedência em face de determinadas condições, pois os princípios possuem pesos diferentes, ou seja, não se procura a solução através de uma decisão de validade, mas de valor.

Continua Alexy:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, cit., p. 94.

outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.⁴¹

Leila Eliane Hoffmann Ritt, no seu artigo 'Princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais', cita Ruy Samuel Espíndola, nos seguintes termos:

Em síntese, as diferenças são as seguintes, segundo Espíndola: a) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem); a convivência dos princípios é conflitual; já entre as regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; b) consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem balanceamento de valores e interesses, consoante seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menor; c) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências *standards* devem ser realizadas; as regras contêm fixação normativa definitiva, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias; d) os princípios suscitam problemas de validade e peso; as regras colocam apenas questões de validade.⁴²

Enfim, depois de todo o exposto, podemos concluir que as normas compreendem um gênero, e deste são espécies as regras e os princípios, onde:

a) regras normalmente são apresentadas através de relatos objetivos, descrevendo condutas aplicáveis a um conjunto limitado de situações e produzindo uma conclusão também já exposta e conhecida, aplicáveis sob a forma de tudo ou nada, com suas eventuais divergências sendo resolvidas através de cláusulas de exceção ou invalidação de uma das regras;

b) princípios, por sua vez, são relatos com maior grau de abstração, não especificam condutas, mas traçam planos a serem seguidos, são

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, *cit.*, p. 96.

⁴² HOFFMANN RITT, Leila Eliane. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>. Acessado em 29/01/2014. p. 10-11.

'mandamentos de otimização' que ordenam que algo seja realizado na medida do possível e dentro de possibilidades jurídicas e fáticas existentes, contudo, grau de abstração mais elevado não significa dizer que o seu sentido se inventa, cada princípio protege e proíbe algo, cada um deles tem âmbito de proteção definido, que se descobre e não se inventa.

Importante já nesse final deixar bastante clara a evolução do caráter normativo dos princípios, onde eles deixaram de ser meramente normas fundamentais ou gerais do sistema legal, com força meramente programática, mas passaram a ser fundamentos de toda a ordem jurídica, instância valorativa máxima, conferindo unidade normativa de todo o sistema jurídico, impondo-se como diretriz tanto para interpretação das regras como para a atuação do Estado.

Novamente Paulo Bonavides deixa clara a atual posição dos princípios no ordenamento jurídico:

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.⁴³

1.4 FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No subcapítulo anterior procurou-se o conceito de norma e sua divisão em regras e princípios, apresentar a classificação de cada instituto e a diferenciação entre eles. Agora tratar-se-á especialmente dos princípios constitucionais, mostrando as funções que podem exercer dentro no ordenamento jurídico.

Atualmente não é possível negar a tendência da íntima ligação entre princípios constitucionais e valor democrático, o novo constitucionalismo não se satisfaz em ser singela norma descritiva ou programática do Estado, mas se encontra inundado de valores morais e políticos que se organizam em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis e se exteriorizam nos princípios constitucionais.

A relação entre princípios e valores é de grande importância para dar base ao estudo das funções que eles exercem no ordenamento jurídico,

43 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, *cit.*, p. 260.

dando peso e importância aos princípios constitucionais como postulados normativos, com força vinculante e objeto de aplicação pelos magistrados.

André Fellet tratou do tema, citando Alexy:

Compatibilizando os princípios com os valores, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, encontram-se Robert Alexy (2008, p. 31 e ss) e seus discípulos Martin Borowski (2003, p. 54 e ss), Carlos Bernal Pulido (2007A, p.93 e ss) e (2007B, p. 41 e ss) e Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 44 e ss). Essa também é a posição de Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 46 e ss) e Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p.180 e ss.) e (2009, p.57 e ss), dentre diversos outros.⁴⁴

Para Alexy, com efeito:

[duas considerações fazem com que seja facilmente perceptível que princípios e valores estão intimamente relacionados: de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. Diante disso, é possível transformar enunciados sobre valores do Tribunal Constitucional Federal em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios ou máximas em enunciados sobre valores, sem que, com isso, haja perda de conteúdo.”⁴⁵

Mas André Fellet na conclusão de sua obra explica que não são todos os valores que podem ser manipulados pelo juiz, mas somente aqueles que foram positivados, disse o autor que “imperioso que os valores só sejam submetidos a juízos de ponderação ou informem a aplicação do Direito positivo na medida em que encontrem correspondência no respectivo sistema jurídico, como princípios expressos ou implícitos”.⁴⁶

Partindo então da premissa de que princípios constitucionais exteriorizam valores, e indubitável sua normatividade decorrente da positivação no ordenamento jurídico, mais que isso, positividade no mais alto grau em razão da posição hierárquica no sistema, passa-se então a expor algumas funções dos princípios.

Diante da versatilidade funcional dos princípios constitucionais, este trabalho vai expor aquelas funções que podem ser consideradas as mais comuns, no caso a função programática, função

⁴⁴ FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129.

⁴⁵ FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas**. *cit.*, p. 129.

⁴⁶ FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas**, *cit.*, p. 225.

integratória, função fundamentadora, função interpretativa, função limitadora e função supletiva.

1.4.1 Função programática

Essa é considerada a função primeira dos princípios, aquela que desde sempre a doutrina impõe aos princípios constitucionais quando se começou o estudo de sua importância dentro do ordenamento jurídico, mesmo antes de se ponderar sobre sua normatividade.

A função programática dos princípios constitucionais quer apontar que eles direcionam todo o sistema normativo para se atingir um objetivo específico tratado e indicado pelos constituintes como importantes para o Estado.

Nessa função os princípios constitucionais expressam os objetivos que devem ser alcançados pelo Estado e traça os caminhos pelo qual o Estado deve seguir para atingi-los.

Maria Helena Diniz expõe:

As normas constitucionais programáticas são as em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nelas consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado.⁴⁷

No mesmo sentido José Afonso da Silva, citando Pontes de Miranda, “admite que elas procuram dizer para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico.”⁴⁸

Mesmo sendo a função programática dos princípios a mais lembrada pelas antigas teorias que negavam a normatividade dos princípios, ela não deixa de ser uma característica importante destes.

1.4.2 Função integradora

Uma das características da Constituição é ser a lei principal do Estado, com valor supremo e função integradora do sistema normativo, ou seja, confirmando as normas inferiores que lhe sigam o sentido e revogando

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 144.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, *cit.*, p.155.

aquelas que lhe são contrárias, e os princípios possuem como característica essa mesma função.

Temos assim os princípios constitucionais como fundamentos da unidade do ordenamento jurídico, balizador da produção normativa inferior, dando um propósito único e integrado, e nesse caso sua função é claramente integradora.

1.4.3 Função fundamentadora

Os princípios constitucionais na sua função fundamentadora se apresentam como fontes básicas e primárias na formulação das normas infraconstitucionais, e porque não dizer, também das decisões judiciais, inspirando as políticas públicas e a organização do Estado na busca dos fins sociais traçados na Constituição.

O Supremo Tribunal Federal tratou do tema no voto do Ministro Celso de Mello, proferido na PET – 1458/CE, publicado no DJ 04/03/98, julgamento em 26/02/1998, como segue no trecho abaixo:

[...] o respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores – que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos – introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder.⁴⁹

1.4.4 Função Interpretativa

Na função interpretativa os princípios constitucionais auxiliam os juristas e doutrinadores na tarefa de interpretar as regras, buscando o clareamento das incertezas e ambiguidades no sistema de normas.

Essa função interpretativa decorre logicamente da função fundamentadora, ou seja, se as regras podem ser fundamentadas nos princípios ou deles não se distanciarem no que tange a seus desígnios, claro que os

⁴⁹ CEARÁ. **Petição 1458**. Tribunal de Justiça. Fortaleza. Relator: Celso de Mello. Julgado em: 26/02/1998. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14758230/peticao-pet-1458-ce-stf>> Acesso em 16 abr. 2015.

princípios servem de lastro no completo entendimento das regras, que devem seguir de acordo com o que foi traçado por eles.

George Marmelstein Lima, citando Carlos Ari Sandfeld, não deixou dúvida sobre a função interpretativa dos princípios, explicando da seguinte forma:

a) É incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio.' Agora, quanto à integração jurídica, diz: 'Na ausência de regra específica para regular dada situação (isto é, em caso de lacuna), a regra faltante deve ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios.⁵⁰

1.4.5 Função limitativa

No papel da função limitativa, os princípios constitucionais acabam por exigir que a regra ou os atos administrativos praticados pelo Estado através de seus representantes respeitem os limites que foram traçados por ele, não podendo ir além ou em sentido diferente do que foi traçado pelos princípios constitucionais. A função limitadora também é decorrência lógica da função fundamentadora.

1.4.6 Função supletiva

Na função supletiva os princípios constitucionais serviriam unicamente para corrigir ou suprimir as lacunas do sistema normativo, mas somente no caso da inexistência de regras para tratar do tema objeto de exame pelo jurista, seria singela fonte subsidiária do direito.

A visão dos princípios como fonte supletiva está inteiramente ultrapassada, não se podendo interpretar os princípios constitucionais numa função supletiva após ficar indubitável sua normatividade, normatividade essa que passou a exigir sua aplicação obrigatória.

⁵⁰ LIMA, George Marmelstein. As funções dos princípios constitucionais. In: **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/imprimir/2624/as-funcoes-dos-principios-constitucionais>> Acesso em 16 abr. 2015.

Paulo Bonavides não deixa dúvida sobre a normatividade dos princípios constitucionais, o que espanca o pensamento dos princípios meramente com uma função supletiva:

A esta altura, os princípios se medem normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra. Consagração observada de perto na positividade dos textos constitucionais, donde passam à esfera decisória dos arestos, até constituírem com estes aquela jurisprudência principal, a que se reporta, com toda a argúcia, García de Enterría.⁵¹

Pode-se concluir do exame das funções dos princípios constitucionais, primeiramente, que eles desempenham papel diferenciado das regras, por serem normas generalíssimas melhor se adaptam às rápidas mudanças sociais, fazendo com que o jurista tenha a ferramenta certa para aplicar as regras às novas situações jurídicas que surgem a cada dia, e mais que isso, ele mesmo se torna válido e eficaz para ser ponderado e diretamente aplicado ao caso concreto.

1.5 EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

As principais teorias sobre a função dos princípios constitucionais foram expostas, porém, para que elas sejam aplicadas plenamente pelo jurista, torna-se indispensável analisar o instituto da eficácia das normas constitucionais.

Não pode-se mais duvidar da positivação dos princípios, desde que eles foram incluídos expressamente no ordenamento jurídico, no bojo da própria Constituição, tornando a normatividade uma característica inerente a eles, ou seja, são os princípios normas constitucionais.

Ora, a normatividade é atributo próprio de formulações que pertencem ao mundo jurídico, mundo do 'dever-ser', e, como tal, devem ser respeitados pelos entes sociais e pelas demais regras do sistema jurídico.

Ensina Ana Paula de Barcelos:

Se as normas constitucionais são normas jurídicas – e o são, este é um axioma a respeito do qual não se transige – compartilham elas ao menos do elemento mais essencial da normatividade; também elas pretendem produzir efeitos que deverão ser levados

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, *cit.*, p.260.

a cabo coativamente, se necessário. A grande questão está precisamente em procurar identificar o efeito pretendido pelas normas constitucionais e a eficácia jurídica associada a cada uma delas, para, em seguida, fazer uso de algum meio de tutela capaz de impor seu cumprimento.⁵²

E novamente Eros Grau, para quem “[...] os princípios são normas jurídicas, ao lado das regras – o que converte normas jurídicas em gênero, do qual são espécies os princípios e as regras jurídicas – [...]”.⁵³

As normas constitucionais, portanto, são criadas para guiar, dirigir as relações sociais, as condutas dos entes públicos e privados, das pessoas físicas e jurídicas, enfim, foram criadas para serem aplicadas.

Sublinha Luís Roberto Barroso:

Da eficácia jurídica cuidou, superiormente, José Afonso da Silva, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. Lastreando-se na lição de Ruy Barbosa, assentou que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Deliberadamente, ao estudar-lhes a capacidade de produzir efeitos, deixou de lado a cogitação de saber se estes efeitos efetivamente se produzem.⁵⁴

E para se concluir pela aplicabilidade a norma constitucional deve ser analisada sobre três planos: o da validade, o da vigência e o da eficácia.

1.5.1 Da validade e da vigência

De uma maneira bastante singela, o plano de validade da norma jurídica equivale ao preenchimento por ela de todos os requisitos materiais e formais para sua produção, requisitos estes que estão descritos no próprio ordenamento jurídico, sendo então integrada ao sistema de normas, neste trabalho o conceito de validade será utilizado como sinônimo de existência.

Validade não se confunde com a vigência, essa possui restrita ligação com o tempo, ou seja, a vigência é tempo de validade da norma,

⁵² BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana, *cit.*, p. 44.

⁵³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, *cit.*, p. 108.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira, *cit.*, p. 82.

que tem início quando ela entra em vigor e se encerra com sua revogação ou com o *dies ad quem* de sua duração.

Cito:

Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento. Cumprido esse processo, temos uma norma válida. Por exemplo, terminada a fase constitutiva do processo produtivo de normas legais (cf. Ferreira Filho, 1984:75-264), que ocorre com sua sanção, temos uma lei válida [...] Vigente, portanto, é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade já pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos. Vigência exprime, pois, a exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento e até que a norma seja revogada.⁵⁵

José Afonso da Silva segue no mesmo sentido quanto ao conceito de vigência de uma norma jurídica:

Vigência (do verbo vigor, do latim *vigere*) é, no sentido indicado, a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições. Vigência, pois, é o modo específico da existência da norma jurídica.⁵⁶

1.5.2 Da eficácia

Quando se fala em eficácia de uma norma jurídica temos que pensar na possibilidade dela gerar efeitos, trata-se do potencial da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios, seja de forma espontânea ou através da coação estatal, por conseguinte, eficácia ocorre quando a norma é efetivamente aplicada e obedecida.

Luís Roberto Barroso tratou do tema:

A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, ao 'regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados, nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma.⁵⁷

⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, *cit.*, p. 197-198.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, *cit.*, p. 52.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81.

A eficácia se apresenta de duas formas, a eficácia técnica ou jurídica e a eficácia social, está última também conhecida por efetividade.

A eficácia técnica ou jurídica é encontrada quando preencher todos os aspectos técnicos para sua aplicabilidade, tendo potencial para produzir seus efeitos jurídicos, seria a aptidão da norma para produzir os efeitos desejados pelo legislador.

Para Maria Helena Diniz:

Terá eficácia jurídica a norma constitucional que, tecnicamente, tiver condições de aplicabilidade, podendo, então, produzir seus próprios efeitos de direito. Eficácia jurídica indica, tão-somente, a mera possibilidade da aplicação da norma.⁵⁸

Já do ponto de vista da eficácia social ou efetividade, se trata de norma constitucional que tem condições fáticas de ser aplicada, sendo adequada à realidade e aos valores sociais do meio para qual foi produzida, sendo por isso mesmo obedecida.

Novamente Barroso:

A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo ‘o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.⁵⁹

1.5.2.1 Modalidades de eficácia jurídica das normas constitucionais

Temos, então, por eficácia, como acima foi analisado, a possibilidade da norma constitucional produzir seus efeitos no mundo real, ou seja, a aproximação entre o mundo do ‘dever-ser’ com o mundo do ‘ser’, e a eficácia se expressa no mundo do ‘ser’ de algumas formas, modalidade, e aqui

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**, *cit.*, p. 38.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira, *cit.*, p. 82.

seguiremos a classificação tratada por Ana Paula de Barcelos⁶⁰, que são as seguintes: a) perfeitamente simétrica ou positiva; b) nulidade; c) ineficácia; d) anulabilidade; e) negativa; f) vedativa do retrocesso; g) penalidade; e h) interpretativa.

a) Modalidade de eficácia jurídica simétrica ou positiva: é a mais simples e clara das modalidades, ou seja, ocorre quando o enunciado da norma é capaz de produzir diretamente o efeito originalmente desejado, sem que necessite de outros complementos para produzir seus efeitos.

b) Modalidade de eficácia jurídica de nulidade: nesse caso a norma constitucional serve para impedir a produção de um efeito indesejado por outra norma hierarquicamente inferior, seria a declaração de nulidade de ato que descumpriu ou foi contrária à norma constitucional.

c) Modalidade de eficácia jurídica de ineficácia: nesse caso o efeito é desconsiderar o ato praticado em desconformidade da norma constitucional, tirando dele o poder de produzir efeitos.

d) Modalidade de eficácia jurídica de anulabilidade: é muito similar à modalidade de eficácia de nulidade, mas nesse caso os atos praticados em desconformidade com a norma constitucional serão válidos até que se declarem nulos, gerando seus efeitos durante esse tempo.

e) Modalidade de eficácia jurídica de negativa: nesse caso fica autorizada que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contrariem os efeitos pretendidos pela norma constitucional, garantindo a realização do efeito pretendido pela norma constitucional.

f) Modalidade de eficácia jurídica vedativa de retrocesso: o efeito agora é de impedir que outras normas ou atos administrativos impeçam as normas constitucionais de gerarem os efeitos pretendidos ou a revogação de normas que já garantiram ou ampliaram esses efeitos.

g) Modalidade de eficácia jurídica de penalidade: é o efeito de se aplicar uma penalidade aquele que desrespeita a norma constitucional, influenciando na vontade do responsável pelo cumprimento da obrigação emanada da norma.

⁶⁰ BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 73-109.

h) Modalidade de eficácia jurídica interpretativa: nesse caso o efeito da norma constitucional é de exigir que as normas hierarquicamente inferiores sejam interpretadas de acordo com ela, selecionando entre as interpretações possíveis aquela que melhor se amolda a norma constitucional.

Como bem analisou Ana Paula de Barcelos, normalmente as modalidades de eficácia vinculadas às **regras** são a positiva ou simétrica, a de nulidade, de anulabilidade e a de ineficácia, enquanto que os **princípios** normalmente tenderiam a modalidade de eficácia interpretativa, negativa e a vedativa de retrocesso, todavia, não existe impedimento de, no caso concreto, regras ou princípios se arvorarem em modalidades de eficácia normalmente vinculadas a outra espécie de normativa.

1.5.3 Classificação das normas constitucionais

Para encerrar o subcapítulo que versa sobre a eficácia das normas constitucionais, vamos tratar da sua classificação, tentando diferenciar as normas constitucionais para facilitar sua compreensão, principalmente quanto a sua eficácia jurídica.

Nesse ponto é importante esclarecer que são inúmeros os autores que tratam da classificação das normas constitucionais, entre eles podemos citar Maria Helena Diniz⁶¹, Luís Roberto Barroso⁶², Paulo Bonavides⁶³, J.J. Gomes Canotilho⁶⁴, entre outros, todavia, nesse trabalho vamos seguir a classificação clássica de José Afonso da Silva⁶⁵.

José Afonso da Silva acabou por classificar as normas constitucionais de acordo com sua eficácia, dividindo-as em três grupos: as normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida.

1.5.3.1 Normas Constitucionais de Eficácia Jurídica Plena

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**, *cit.*, p. 101-115.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89-113.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, *cit.*, p. 212-227.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1132-1137.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, *cit.*, p 88-166.

As normas constitucionais de eficácia jurídica plena seriam aquelas de aplicabilidade imediata, direta, integral, que independem de qualquer legislação posterior constitucional ou infraconstitucional para sua inteira operatividade, para produzir os efeitos que desejou o constituinte, enfim, são autoaplicáveis, dotadas de todos os meios necessários para sua execução.

1.5.3.2 Normas Constitucionais de Eficácia Jurídica Contida

As normas constitucionais de eficácia jurídica contida são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, direta, todavia, por ter um conteúdo muito amplo, podem ter o seu alcance reduzido pela atividade do legislador infraconstitucional, restringindo seu alcance, todavia, a legislação infraconstitucional não é necessária para a autoaplicabilidade da norma constitucional de eficácia contida, que nesse caso continua produzindo seus efeitos de forma ampla.

1.5.3.3 Normas Constitucionais de Eficácia Limitada

As normas constitucionais de eficácia limitada seriam aquelas que dependem da emissão de uma normatividade futura, que apresentam uma aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, pois somente passam a incidir de forma ampla após uma norma infraconstitucional lhe proporcionar aplicabilidade.

Nesta espécie de norma o legislador tem a função de integrar sua eficácia mediante a produção de leis ordinárias, onde dará a ela capacidade de execução, regulando sua aplicação e alcance, pois elas não são autoexecutáveis.

As normas constitucionais de eficácia limitada se subdividem em outras duas classes:

a) Normas de Princípio Institutivo: As normas de princípio institutivo têm caráter organizativo e regulativo de órgãos, entidades e respectivas atribuições e relações. Sua função primordial é de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos, o que será posto em prática através da legislação infraconstitucional.

b) Normas de Princípio Programático: são aquelas em que o legislador constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinando interesses, limitou-se a traçar princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos, como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado.

As normas constitucionais de eficácia limitada, principalmente as denominadas programáticas, são as que trazem maiores problemas para sua compreensão, pois tendo eficácia limitada pela ausência de legislação infraconstitucional, poderiam elas ser interpretadas como meros valores ou ideais da administração, contudo, esta visão deve ser totalmente rejeitada.

O presente trabalho, até o momento, já deixou bastante claro a indubitável validade da Constituição e de todos os seus preceitos enquanto norma jurídica que é, apesar de ter seus efeitos, quando se tratar de normas de eficácia limitada, delimitado pela ausência da legislação posterior. Ora, mesmo sua eficácia sendo dependente de normas infraconstitucionais, tais normas conseguem impedir a existência de legislação violadora de seus preceitos, o que ratifica a sua disposição normativa.

Estas normas apresentam um conteúdo bastante amplo e abstrato, daí a necessidade de legislação posterior. Além disso, estabelecem programas de ação dirigidos aos órgãos estatais, com o escopo de atingir os fins sociais preconizados pela Constituição.

A discussão sobre a imediata aplicação e produção de efeitos pelas normas de eficácia limitada é uma discussão recente na doutrina, visto que, normalmente, são elas expressas através de princípios constitucionais, que como já foi visto, não se caracterizam por terem valor meramente diretivo.

Nesse sentido, Paulo Bonavides:

Toda norma que se arvora funcionalmente como norma-princípio ou norma básica, servindo de fundamento a uma ou mais normas particulares subordinadas – escreve Crisafulli –, é sem dúvida desse ponto de vista, e nessa acepção também programática. Faz ele entrar assim em tal categoria os chamados princípios gerais. Da forma que funciona como princípio geral, decorre uma série bastante numerosa de normas particulares, ressaltando o sobredito constitucionalista que ‘a adoção de um princípio geral implica e significa, com efeito, a adoção de uma determinada linha de desenvolvimento da respectiva ordenação jurídica no que

tange àquela ordem de relações a que o princípio mesmo se refere’

Sem embargo do alto grau de generalidade, a norma-princípio ou princípio geral é norma programática, na acepção lata já referida, sendo portanto dotada de eficácia jurídica. Em consequência, o vínculo programático do princípio geral contido porventura em lei constitucional não somente obriga como prevalece sobre a norma da lei ordinária, reconhecendo-se-lhe também eficácia interpretativa sobre a norma cativa, que não deve contradizer o princípio donde emana.⁶⁶

Podemos concluir, portanto, que as normas constitucionais (regras e princípios) produzem efeitos, não são opiniões ou diretivas a serem seguidas de forma discricionária, elas obrigam e devem ser cumpridas, gerando efeitos desde a sua entrada em vigor.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, *cit.*, p. 221.

CAPÍTULO 2

PROCESSO COMO *LOCUS* DAS DECISÕES JUDICIAIS

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pacificação dos conflitos é a atividade do magistrado, é sua essência, e busca essa solução de diversas maneiras, seja através de métodos não adversariais, como as mediações, transações e conciliações, ou também utilizando da força do Estado (Poder judiciário), aplicando as normas ao fato concreto que lhe é apresentado pelos interessados, e como resultado devem obedecer à decisão ponderada, sob pena de aplicação da sanção, que, ressalte-se, também deve estar normatizada.

Nessa dissertação não se tratará dos métodos não adversariais de solução de conflitos, não se analisará os casos em que as partes resolvem seus problemas através da conciliação, mediação ou transação, mas sim aquelas situações em que as partes não utilizam os métodos cooperativos e autonegociados, onde a decisão do magistrado será a resposta aos desejos das partes, e esta resposta será produzida em lugar apropriado, no caso, o processo, o instrumento da tutela dos direitos.

Pedro Manoel Abreu descreve a situação do processo jurisdicional:

O processo jurisdicional, nesse contexto, pode ser vislumbrado por uma ótica diversa daquela usualmente manejada pela doutrina, a partir de uma dimensão que lhe permite conferir nova significação. Sob esse prisma, Marinoni visualiza o processo, antes de tudo, como 'um instrumento através do qual o poder é exercido'. A partir dessa ideia, que será desenvolvida racionalmente, conjugando-se o pensamento de Dinamarco e de Fazzallari, tem-se a compreensão de que todo poder se exerce mediante um procedimento. Procedimento que se caracteriza como processo, desde que seja produzido em contraditório. Nesse passo, para Fazzallari, apenas existe processo quando, em uma ou mais fases do iter de formação de um ato, há participação das partes (autor e réu) em contraditório.⁶⁷

⁶⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito – Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.370.

Enfim, se no primeiro capítulo foi apresentada a evolução do Direito Constitucional, o conceito de Constituição e a classificação das normas jurídicas em regras e princípios, nesse segundo capítulo tratar-se-á do processo, ou seja, do lugar onde o magistrado, exercendo sua função de pacificador dos litígios, aplica o direito (as normas tratadas no primeiro capítulo) ao caso concreto, seguindo para tanto procedimentos e métodos para conhecer o litígio e formular sua decisão.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO JURISDICIONAL

Como acima já foi exposto, a evolução da sociedade retirou das partes o poder de resolver os litígios sociais pela força dos contendores, eliminando a autotutela e entregando ao Estado o poder de pacificação das lides com a aplicação das normas aos caso concreto, todavia, para tanto foi necessário buscar um meio de promover a aplicação do direito material, tendo encontrado para essa solução o processo, o instrumento de atuação do direito material, e muito mais que isso, como se examinará nesse capítulo.

O processo, por sua vez, evoluiu juntamente com a sociedade e com o próprio direito material, passando por diversas fases no mundo ocidental, que logo serão singelamente visitadas, passando pelo processo grego, o processo romano, o processo germânico, o processo medieval e o processo moderno.

2.2.1 Processo Grego

Na Grécia o Estado, que já era responsável pela administração da justiça, passou também a elaborar normas jurídicas processuais, instruções que afastavam os preceitos religiosos e superstições como fundamentos para decisão, passando a buscar convicções lógicas como fundamento, após o exame das provas que deveriam ser produzidas pelas partes litigantes. Desses primórdios do processo já podemos observar a presença do contraditório e a ampla defesa, bem como a livre convicção do julgador no exame das provas produzidas.

2.2.2 Processo Romano

O direito processual romano passou por três fases distintas, a primeira, o período primitivo, seguido pelo período formulário e por fim o da *cognitio extraordinária*.

a) O período primitivo: é caracterizado pelo procedimento oral, extremamente formal e solene, com a obediência restrita de rituais que, se não fossem seguidos, causariam a nulidade de todo o processo. Nesse período o processo era dividido em duas etapas, a primeira (*in iure*) se desenvolvia perante um magistrado vinculado ao Estado, que tinha o poder de conceder ou não a ação, fixando o objeto do litígio, e a segunda etapa (*in iudicio*) corria perante um árbitro escolhido perante os cidadãos romanos, e a estes caberia a coleta de provas e a prolação da sentença, sem a presença de advogados.

b) O período formulário: aparece com a expansão dos territórios romanos e as relações complexas que surgem com o avanço do império, o procedimento era semelhante ao do período primitivo, dividido também em duas etapas, na primeira onde ocorria a aceitação da ação e a fixação do objeto do litígio, mas agora se ditava uma fórmula de instrução acordada pelas partes e que seria seguida na segunda etapa, essa agora presidida por árbitro privado, onde se fazia a instrução do processo seguindo a fórmula aceita previamente pelas partes. Nesse período surge o papel do advogado.

Marinoni tratou em conjunto das duas primeiras etapas do processo romano, descrevendo da seguinte forma:

No direito romano – período da *legis actiones* e do processo *per formulas* – o processo dependia de prévio consenso das partes. As partes, já no direito romano arcaico, levavam seus conflitos ao pretor – fixando os limites do litígio e do objeto que deveria ser solucionado – e perante ele se comprometiam a aceitar a decisão que viesse a ser tomada. Tal compromisso recebia o nome de *litiscontestatio*. A *litiscontestatio* era necessária em razão das particularidades da sociedade e do Estado da época. O Estado não se impunha sobre os particulares ou não era capaz de sujeitar os litigantes à sua decisão. Era preciso que as partes se submetessem voluntariamente à solução estatal. Quando firmavam o compromisso (*litiscontestatio*), as partes também escolhiam um árbitro de sua confiança, que então recebia do pretor o encargo de decidir o litígio.⁶⁸

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 8. São Paulo: Ed. RT, 2014, v.1, p.395-396.

c) Período da *Cognitio Extraordinaria*: nesse novo período desaparece o processo dividido em duas etapas, assim como a figura do árbitro particular, passando a função jurisdicional ao Estado, exercida por um magistrado, funcionário público responsável por ouvir e encaminhar as partes em litígio, recolher as petições escritas, coletar as provas e proferir a sentença.

Nancy Dutra versou sobre o tema no artigo “História da formação da ciência do direito processual civil no mundo e no Brasil”, publicado em abril de 2008:

O procedimento da *cognitio extraordinária* ou da *cognitio extra ordinem* vigorou do governo do imperador Diocleciano, no ano 294 da Era Cristã até a codificação de Justiniano (528 – 534). Consoante Moacyr Amaral SANTOS (1981, p. 43), ‘o novo sistema resulta da atribuição pelo governo imperial das funções judiciárias a funcionários do Estado, aos quais incumbia, por solicitação dos interessados, presidir e dirigir o processo, desde a sua instauração, proferindo a sentença e dando-lhe execução. Resulta, portanto, da criação do *juiz oficial*, em substituição do *juiz privado* do procedimento formulário. O juiz passou a ser um magistrado, um funcionário do Estado, no exercício de uma função pública, qual a de compor as lides, assegurando a paz social’.⁶⁹

2.2.3 Processo Germânico

Com a queda do Império Romano, o Ocidente conhecido foi dominado pelos povos germânicos, também denominados por ‘bárbaros’, e devido aos seus costumes e do direito rudimentar trazidos, houve um retrocesso na evolução do direito romano, e trouxe-se de volta ao processo os ‘juízos de Deus’, as ‘bruxarias’ e as superstições, superadas na lógica romana.

Alceu Cicco ilustrou o tema no seu artigo “Evolução do direito processual”:

No processo dos povos germânicos a prova não era um meio de convencer o juiz e sim um meio, rígido, de fixação da própria sentença. O juiz apenas reconhecia sua existência, era basicamente um processo acusatório e o ônus da prova cabia ao acusado.

⁶⁹ DUTRA, Nancy. Artigo: História da formação da ciência do direito processual civil no mundo e no Brasil. In: **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11192/historia-da-formacao-da-ciencia-do-direito-processual-civil-no-mundo-e-no-brasil#ixzz3aWMMiEm0>> Acesso em 18 maio 2015.

Os procedimentos eram, no dizer de Jeremias Bentham citado por Theodoro Júnior, 'autênticos jogos de azar ou cenas de bruxaria, e, em vez de julgamentos lógicos, eram confiados a exorcistas e verdugos'.

No período germânico é a Assembleia dos membros livres do povoado a titular da jurisdição, o juiz é somente um investigador do direito, isto é, um diretor dos debates. A sentença é pronunciada pela Assembleia, seguindo uma proposta, seja de um juiz permanente, assim sucedia na Alta Alemanha e Frísia, seja de uma comissão nomeada de fato pelo juiz. O processo, ao lado do qual a autodefesa segue ainda sendo praticada, é comum para as questões cíveis e penais. O procedimento é público oral e descansa no princípio da controvérsia; é muito formalista, como sucede em todo procedimento no qual o Direito material é incerto e o poder do juiz, escasso. Neste sentido, o autor Carreira Alvim assevera que: 'Os negócios judiciais eram tratados em assembléias (*Ding*). A função do juiz era coordenar a atuação dos litigantes, proclamando a decisão da causa. A função do juiz cinge-se a declarar o que há a provar e por que meio. Depois disto, limita-se a assistir à experiência probatória e certificar-se mecanicamente do seu resultado.'⁷⁰

2.2.4 Processo medieval

O processo medieval, também conhecido como processo comum, surge da fusão entre as normas e institutos do direito romano, do direito canônico e do direito germânico, e mesmo sendo escrito, lento e formalista, acabou por inspirar o processo moderno.

Humberto Theodoro Júnior se referiu ao processo medieval da seguinte forma:

A prova e a sentença voltaram a inspirar-se no sistema romano, mas admitia-se a eficácia erga omnes da coisa julgada, por influência do direito germânico. De inspiração canônica foi adoção do processo sumário, com que se procurava eliminar alguns formalismos.⁷¹

E Alceu Cicco, citando Carreira Alvin resume a função do magistrado no processo medieval:

No que se refere à função do juiz, Carreira Alvim explana em sua obra que:

⁷⁰CICCO, Alceu. Artigo: Evolução do direito processual, In: **Rev. Jur.**, Brasília, v. 8, n. 81, outubro. /novembro. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_81/artigos/Alceu_rev81.htm> Acesso em 18 maio 2015.

⁷¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1, p.12.

No processo comum medieval, a função do juiz era tomar conhecimento das questões (nisto se assemelha ao romano). Mas esse processo reduziu a tarefa do juiz a uma verificação quase aritmética do concurso do número de elementos necessários para formar, no caso concreto, o que se chamava "verdade legal". A atividade do juiz não era a de avaliar racionalmente a prova. Obliterada a natureza jurídica do processo, como campo de exercício de uma função pública (*iurisdictio*), o processo é considerado como campo de uma atividade privada e estudado exclusivamente do ponto de vista do interesse e do direito privado.⁷²

2.2.5 Processo Moderno

O processo civil moderno é aquele que alcança até nossos dias, e também conhecido como o processo na fase científica, e tem início com a atribuição do magistrado da livre análise das provas e de sua produção, ficando liberto do sistema de provas pré-valorizadas, o magistrado abandona o papel de observador e passa a atuar na direção do processo, na busca de melhor aplicar o direito material ao caso concreto.

Novamente Humberto Theodoro Júnior:

O processo civil passou, então, a ser visto como instrumento de pacificação social e de realização da vontade da lei e apensar secundariamente como remédio tutelar dos interesses particulares.

Daí a concentração de maiores poderes nas mãos do juiz, para produção e valoração das provas e para imprimir maior celeridade e dinamismo aos atos processuais.

Essa concepção prevalece hoje na quase unanimidade dos Códigos europeus e da América Latina, inclusive no atual e avançado Código de Processo Civil brasileiro (de 1973).⁷³

2.3 A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

São várias as construções teóricas que tentam explicar a natureza jurídica do processo, que se dividem em dois grupos, conforme tenham origem privatista (contrato) ou publicista. No primeiro caminho encontramos a teoria do processo como contrato e como quase-contrato, já no segundo as teorias do processo como instituição jurídica, ou como situação jurídica e por fim

⁷² CICCIO, Alceu. Artigo: Evolução do direito processual. *cit.*

⁷³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, *cit.*, p.12.

como relação jurídica, tese mais aceita na doutrina como a verdadeira natureza do processo.

2.3.1 Processo como contrato

Essa teoria tem origem no direito romano e se fundamentou em Jean-Jacques Rousseau, onde o processo tinha característica primordialmente privatista e não passava de um contrato firmado entre as partes, que então deliberavam sobre a fórmula que seguiriam para discussão da lide e solução do conflito, se comprometendo as partes a aceitarem a decisão do terceiro escolhido como árbitro, que não tinha ligações funcionais com o Estado.

Nagib Slaibi Filho tratou do tema:

É ligado à ideia romana sobre o processo. Tal teoria predominou nos séculos XVIII e XIX, sob a influência de Jean-Jacques Rousseau: Essa ideia cavalgava sobre duas grandes inclinações do espírito do século XVIII. A primeira delas, consequência do neoclassicismo, consistia em relacionar os fenômenos modernos aos da antiguidade. A ideia do processo como contrato, que Pothier não desenvolveu em seu primoroso *Taité de la procédure*, mas sim no *Taité des obligations* ao examinar a coisa julgada, era uma ideia rigorosamente romana. Como se sabe, o processo romano primitivo foi uma espécie de arbitragem privada, condição que perdeu com o andar do tempo.⁷⁴

2.3.2 processo como quase-contrato

Essa teoria surgiu da descoberta de que o processo não surge da vontade exclusiva das partes, não se coaduna com a ideia de contrato privado, passando a ser necessária a participação do Estado para obrigar a tramitação do processo e para impor a vontade do árbitro as partes, sendo considerado então um quase-contrato, na falta de melhor denominação.

Alceu Cicco ilustrou:

Não era, certamente, um contrato porque sua criação não se dava por exclusiva ação da vontade das partes, que eram necessariamente conduzidas a esta solução por força da lei, tampouco se haveria de falar em delito, embora pudesse existir na origem da controvérsia, mas uma coisa é haver um delito como objeto do processo, outra é ser o próprio processo o delito.⁷⁵

⁷⁴ SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível**: fundamentos e técnica. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 165.

⁷⁵ CICCOC, Alceu. Artigo: Evolução do direito processual. *cit.*

2.3.3 Processo como instituição jurídica

Para essa teoria o processo é uma escolha de um grupo social, e quando abrangente se transmuta em escolhas institucionalizadas, estando submetidas a elas as partes e o magistrado.

Mais uma vez Nagib Slaib Filho:

Outros, sob a influência de Maurice Hauriou (1916) e Rénard (1930) enxergaram o processo como uma instituição jurídica, conjunto de disposições legais visando à tutela jurídica em que se ingressa com o exercício do direito de ação, submetendo o juiz e partes, como os demais participantes, às determinações legais. Tal posição tem o respaldo de doutrinadores como Guasp e Eduardo Couture.⁷⁶

2.3.4 Processo como situação jurídica

Essa teoria trata o processo singelamente como o instrumento que coloca em atuação a norma jurídica material, portanto, o processo passa a depender da norma material e tem como finalidade somente materializar no futuro as pretensões das partes, através de uma decisão favorável ou desfavorável.

Alceu Cicco tratou do tema:

A associação do processo como situação jurídica trata-se de teoria desenvolvida por James Goldschmidt. Na visão do processualista alemão o processo representa uma situação jurídica de sujeição a um futuro comando sentencial em que materializam as expectativas dos contendores em relação a um resultado, que pode ser favorável ou desfavorável. A norma jurídica, enquanto estática, tem ínsito um provável direito subjetivo e quando esta mesma norma é posta em atuação pelo processo, dito direito se converte em uma expectativa, funcionando a norma como critério para o julgador. Na verdade, a teoria do autor alemão peca por dar margem a um tecnicismo inconcebível e por direcionar-se mais ao direito que constitui a *res in judicio deducta*.⁷⁷

2.3.5 Processo como relação jurídica

Nas palavras de Nagib Slaibi Filho, Luiz Guilherme Marinoni, Ovídio A. Baptista da Silva, entre outros, é essa a natureza jurídica do processo

⁷⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível: fundamentos e técnica**, *cit.*, p. 166.

⁷⁷ CICCICO, Alceu. Artigo: Evolução do direito processual. *cit.*

moderno, está é a teoria que alcança e é aceita pela maioria da doutrina, merecendo, por isso, mais atenção.

Para essa teoria o processo é um conjunto de relações jurídicas, legalmente previstas, relaciona todos aqueles que participam do processo, magistrado (Estado), partes, auxiliares etc., mediante condutas vinculativas.

Essa teoria foi exposta na obra de Oscar von Bülow "Teoria das exceções e os pressupostos processuais", publicada em 1868, nela o autor observou o processo como uma verdadeira relação jurídica, estabelecendo um vínculo jurídico entre o juiz e as partes, onde o exercício da ação colocaria o Estado, representado pelo magistrado, em uma situação de sujeito de direitos e obrigações frente às partes, dentre as quais a principal seria a da prestação jurisdicional final, a solução da lide, mas nessa relação as partes teriam também direitos e obrigações frente ao magistrado. O mais importante dessa relação jurídica processual é que ela seria uma realidade separada da relação de direito material.

Ovídio A. Baptista da Silva ensinou sobre o tema do processo como relação jurídica:

O estudo do processo como uma relação jurídica de direito público que se estabelece entre o Estado (juiz) e aquele que busca este tipo de tutela jurídica deu origem, sem dúvida, ao nascimento do Direito Processual Civil como uma ciência particular, com objeto próprio e com suas leis e princípios especiais, distintos dos princípios e leis que regem os ramos do direito material. Deve-se ao jurista alemão OSKAR VON BÜLOW o mérito de haver, em 1868, numa obra que se tornou clássica e universalmente conhecida, mostrar a importância do estudo da relação processual como relação de direito público que se forma entre o particular e o Estado, determinando as condições e pressupostos de sua existência e validade, assim como os princípios e regras que a presidem. Como afirma BÜLOW, até então os estudiosos do processo civil, ao invés de considerar o processo como uma relação de direito público, que se desenvolve progressivamente entre o Estado (tribunais) e as partes, limitam-se a ver no processo apenas uma série de atos e formalidades a serem cumpridos pelos sujeitos que dele participavam, como uma mera consequência da relação de direito privado litigiosa⁷⁸

⁷⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 1998, v.1, p. 16-17.

Luiz Guilherme Marinoni também falou sobre o assunto, citando Chiovenda:

Ao argumentar que o processo é uma unidade jurídica ou uma relação jurídica, diz Chiovenda: ‘Antes que se possa julgar um pedido de atuação da lei, já que examiná-lo; isso produz um estado de dependência, no qual se ignora se o pedido é fundado ou não, mas se envia o necessário para sabê-lo. Durante esse estado de pendência, portanto, as partes (autor e réu) devem ser colocados em situação de fazer valer suas possíveis razões: competem-lhes deveres e direitos. Daí a ideia singelíssima e, não obstante, fundamental, vislumbrada por Hegel, positivada por Bethmann-Holweg, e explanada especialmente por Oskar Büllow, e depois por Kohler e muitos outros, inclusive na Itália: o processo civil contém uma relação jurídica. É a ideia já inerente ao *iudicium* romano, assim como à definição que do juízo emitiam os nossos processualistas medievais: *iudicium est actus trim personarum, actoris, rei, iudicis* (Búlgaro, *De iudiciis*, § 8).⁷⁹

Enfim, não se tem dúvida que o processo é relação jurídica que envolve as partes e o Estado representado pelo magistrado, envolvimento que se caracteriza por uma relação triangular, com cada uma destes interessados se colocando em um dos ângulos do triângulo, com interações mútuas de direitos e deveres.

Novamente Nagib Slaibi Filho: “Predomina, no entanto, a posição de Büllow, seguida por Wach, de que a relação processual deve ser encarada com recíproca troca entre cada um dos sujeitos processuais – é a teoria triangular”.⁸⁰

2.4 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, SUA EVOLUÇÃO

Como já foi visto, de forma singela pode-se tratar o processo como instrumento para pacificação dos conflitos apresentados pelas partes, e o local onde os interessados apresentam suas pretensões, seus desejos, suas lides, para serem analisadas e decididas pelo Estado, representado pelo magistrado, que assim pode resolver a questão posta, inclusive utilizando a força do Estado para obrigar as partes a obedecerem a decisão tomada.

Antônio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco trataram do tema na sua obra *Teoria Geral do Processo*:

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo, *cit.*, p. 400-401.

⁸⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível**: fundamentos e técnica, *cit.*, p. 166.

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material, O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem; e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídico. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno de pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.⁸¹

Esse caráter do processo como instrumento de solução de conflitos teve sua evolução promovida em três fases, a primeira denominada sincretista, a segunda autonomista, e finalmente a terceira fase, denominada instrumentalista.

2.4.1 Sincretismo

Nessa primeira fase metodológica do processo ele era considerado simples modo de exercício do direito material, e por isso com ele intimamente vinculado, não tendo qualquer autonomia, com cada ação das partes decorrendo diretamente da espécie de direito violado.

Os procedimentos adotados pelas partes eram somente a exteriorização do modo de defesa do direito violado, ou seja, a cada direito material que sofresse uma afronta, caberia ao prejudicado uma ação para protegê-lo, e sem o direito material atacado, inexistiria o processo para sua defesa.

Novamente Antônio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco:

Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos (daí, direito adjetivo, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito

⁸¹ CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1991, p.42-43.

processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.⁸²

2.4.2 Autonomia

Como o próprio nome procura exteriorizar, nessa fase autonomista o processo passa a ser considerado um ramo autônomo ao direito material, e fugindo de suas amarras privatistas da fase sincrética, passa a integrar o Direito Público.

Nessa fase se conseguiu deixar bastante claro que a relação jurídica do processo se estabelece entre as partes e o juiz de forma triangular e independente do direito material, trazendo em seu bojo direitos e deveres mútuos não para, inocentemente, se exercitar o direito material, mas sim para formular um caminho com o fim de obter a proteção do Estado através da decisão do magistrado, com o processo busca-se a tutela jurisdicional.

Elpídio Donizetti versou sobre o tema no seu artigo “Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neoprocesualismo”:

Posteriormente, o sistema processual passou por uma fase de formulação de conceitos e estruturas bem ordenadas, chegando ao ponto de se imaginar um fim em si mesmo – período conhecido como autonomia do processo.

Essa segunda fase teve origem com Oskar Von Bülow (1868), que demonstrou a existência de uma relação jurídica especial entre os sujeitos principais do processo (juiz, autor e réu), a qual não se confunde com a relação material litigiosa – por seus sujeitos (inclusão do juiz), seu objeto (provimentos jurisdicionais) e seus pressupostos (pressupostos processuais). A sistematização dessas idéias conduziu às primeiras colocações do direito processual como ciência, tendo em vista seus próprios métodos (distintos do direito privado) e objetos materiais (categorias jurídico-processuais: jurisdição, ação, defesa e processo). Alemães, austríacos e italianos construíram teorias ricas e variadas sobre o tema, lançando idéias fundamentais que geraram valiosas reflexões e obras científicas processuais – todas convergindo para a afirmação da autonomia da ciência processual em relação ao direito subjetivo substancial.⁸³

⁸² CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, *cit.*, p.43-44.

⁸³ DONIZETTI, Elpídio. *Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neoprocesualismo*, *cit.*

2.4.3 Instrumental

Nessa fase instrumental o processo passou a ser visto além do instrumento de realização do direito material através de regras de procedimento, passando a ser encarado como instrumento a serviço da paz social.

A fase autonomista foi criticada por se ater firme e friamente ao caráter técnico do processo, seus institutos, categorias e conceitos fundamentais, onde ele seria um fim em si mesmo, enquanto que na fase instrumental, como lançando uma crítica ao passado, o processo ganhou contornos sociais, políticos e jurídicos, fins que devem ser alcançados por ele.

Cito Alceu Cicco:

Em suma, instrumentalidade do processo representa a terceira fase de evolução deste ramo do direito. Primeiro tivemos o sincretismo imanetista, fase de fusão do direito material e de inexistência de uma separação rigorosa dos planos processual e material. Posteriormente ocorreu o advento de outra fase denominada autonomista, onde se clamava por independência, fase esta em que a ciência processual procurava afirmar sua autonomia frente ao direito processual e às demais ciências por intermédio de uma visão introspectiva, distanciando-se da realidade. A instrumentalidade é a terceira fase. Aqui se busca uma visão epistemológica do Direito Processual, contrapondo-o à realidade e buscando a ótica dos "consumidores" para a consecução de uma efetividade da tutela jurisdicional e produção de uma 'ordem jurídica justa'.⁸⁴

Com a chegada da fase instrumental do processo, passou a se buscar com ele um caminho para a efetiva realização dos direitos, portanto, o processo passou a ser observado também do ponto de vista de seu resultado prático, de seu poder de promover a paz social e a busca de uma decisão justa. Ou seja, o processo deve servir de instrumento para que o Estado cumpra com sua função de pacificação social, mas também é o *locus* onde se pode buscar a justiça social.

Cândido Rangel Dinamarco tratou do tema em sua obra A instrumentalidade do processo, onde apontou:

Com tudo isso, chegou o *terceiro momento metodológico* do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo pólo de irradiações de

⁸⁴ CICCIO, Alceu. Evolução do direito processual. *cit.*

idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Nem se justifica, nessa quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a precisa configuração conceitual do *jus excepcionis* e sua suposta assimilação à idéia de ação. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua conotação *deontológica*.⁸⁵

Essa nova forma de ver o processo alcança não só os doutrinadores e teóricos do direito, mas chega aos personagens da relação jurídica, principalmente ao juiz, que se conscientizando dos valores humanos contidos nas regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais que deve utilizar para solucionar o conflito, deve buscar a solução da lide, mas também promover uma ordem jurídica justa.

Antônio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco teceram considerações sobre os novos propósitos do processo e o papel significativo dos operadores do sistema, cito:

Tudo que já se fez e se pretende fazer nesse sentido visa, como se compreende, à efetividade do processo como meio de acesso à justiça. E a concretização desse desiderato é algo que depende menos das reformas legislativas (importantes embora), do que da postura mental dos operadores do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça). É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir a sociedade e ao Estado.⁸⁶

Apesar de algumas críticas apontarem o fim da fase instrumental do processo, indubitável que a teoria mais aceita é aquela que indica

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 22-23.

⁸⁶ CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, *cit.*, p. 46.

que “essa terceira fase está longe de exaurir o teu potencial reformista”⁸⁷, até porque a ideia no neoconstitucionalismo claramente se coaduna com a visão instrumental “substancial”⁸⁸ do processo, sendo desnecessária novas denominações ou ainda a elaboração de novas fases de instrumentalidade do processo para se buscar a *práxis* constitucional.

2.5 O PROCESSO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DESEJOS CONSTITUCIONAIS

Conseguiu-se elaborar nos pontos anteriores desse capítulo a evolução do processo e de suas teorias no decorrer do tempo, chegando ao ponto em que ele não pode ser considerado uma mera técnica de resolução de conflitos, se transformando em instrumento de realização de valores, e agora especialmente de valores constitucionais, pois é inegável, como já foi visto no primeiro capítulo deste estudo, a positivação integral nas normas constitucionais, portanto, o processo também é instrumento para aplicação e efetivação dos anseios e desejos presentes na constituição.

Seguindo por esse caminho, o processo se apresenta como insubstituível meio de afirmação dos direitos reconhecidos na Constituição, que foram expressamente assegurados, e por isso formalmente existem, e que agora devem ser materialmente concretizados, tendo para isso o processo como instrumento.

⁸⁷ CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 45.

⁸⁸ O conceito do processualista de instrumentalismo também é de ser conferida, tendo em vista que vai um pouco além daquele instrumentalismo meramente formal, ao expor: “Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos -, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal (WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. Campinas: Bookseller, 2000 , p. 20-21, grifo nosso).

Luiz Guilherme Marinoni teceu comentários sobre o novo, mas já não tão novo assim, papel do processo diante dos desejos positivados na Constituição. Transcrevo:

Portanto, o processo deixou de ser um instrumento voltado à atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais.

[...]

Com a democracia social, intensificou-se a participação do Estado na sociedade e, por consequência, a atuação do juiz no processo, que não deve mais estar apenas preocupado com o cumprimento das 'regras do jogo', cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir: i) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real, ii) a justa aplicação das normas de direito material, e iii) a efetividade da tutela dos direitos, já que a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, tornou-se incompatível com a evolução do Estado e do direito.⁸⁹

Nesse 'caminhar ao presente', e a expressão está correta, 'ao presente' porque as questões constitucionais que tratam do bem comum da população, de uma sociedade mais fraterna e justa, um Estado que garanta os 'direitos fundamentais de terceira geração'⁹⁰, são todas prementes, não estão mais batendo à porta, mas já entraram na sala de estar e estão sentadas no sofá, cabendo ao juiz a obrigação de garantir a efetividade de todos estes desejos, no exercício de sua jurisdição (a atuação da vontade da norma) e se utilizando do processo como local dessa atuação.

Pedro Manoel Abreu assim falou sobre a atuação do juiz:

O juiz, nesse contexto, tem o dever de localizar na legislação processual o procedimento e a técnica adequada a efetiva tutela do direito material, para tanto, deve aplicar a regra processual de forma apropriada, 'tratá-la com base nas técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução do texto e suprir a omissão legal' sempre que possa inviabilizar a tutela das necessidades concretas' e impedir 'a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional'.

Pondera Marinoni, entretanto, que não sendo possível aplicar uma teoria capaz de estear uma decisão exata para cada caso concreto, deve o juiz demonstrar argumentativamente, por critérios racionais, que sua decisão é a mais razoável. Essa

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo, *cit.*, p. 413 e 422.

⁹⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, *cit.*, p. 456.

imposição se deve justamente à maior subjetividade outorgada ao juiz para a realização e a proteção dos direitos, consectário natural da lógica da preponderância das normas constitucionais sobre a legislação.⁹¹

Portanto, os atos do juiz no processo, que tem a finalidade de produzir efeitos na relação processual, vão muito mais além da aplicação do direito positivado ao fato concreto, visa não só a pacificação do conflito apresentado pelas partes para exame e decisão, mas também possibilitar a justiça social, enfim, como explanou Antônio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, “todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.⁹²

Luiz Roberto Barroso também versou sobre o tema:

As garantias jurídicas, ao ângulo subjetivo, correspondem aos meios processuais de proteção dos direitos, vale dizer, às ações – e respectivos procedimentos – dedutíveis perante o Poder Judiciário. A ele cabe prestar a jurisdição que é a atividade estatal destinada a fazer atuar o direito objetivo, promovendo a tutela dos interesses violados ou ameaçados. A função jurisdicional é, tipicamente, de restauração da ordem jurídica, quando vulnerada, e destina-se à formulação e à atuação prática da norma concreta que deve disciplinar determinada situação. O seu exercício pressupõe, assim, um conflito, uma controvérsia em torno da realização do Direito e visa a removê-lo pela definitiva e obrigatória interpretação da lei.⁹³

Mas Marinoni vai mais longe para expor a atuação do juiz quando da prestação jurisdicional, da entrega do direito aos interessados, disse ele:

Essa definição de processo coerentemente não se desliga do próprio conceito de Chiovenda atribuiu à jurisdição (a atuação da vontade da lei). Aconteceu que, no Estado constitucional, o conceito de jurisdição é bem diverso. Agora o juiz deve compreender a lei a partir dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais de justiça. Por identidade de razões, as regras processuais devem ser aplicadas conforme as tutelas prometidas pelo direito material e segundo as necessidades do caso concreto. Lembre-se que a jurisdição, no Estado constitucional, é marcada pelo próprio dever estatal de proteção

⁹¹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, *cit.*, p. 433.

⁹² CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, *cit.*, p 37.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. *cit.*, p.121.

aos direitos e pela imprescindibilidade de o juiz atribuir sentido ao caso concreto.⁹⁴

O processo como *locus* da cidadania, onde o particular pode participar dos assuntos do Estado e buscar a concretização de seus direitos fundamentais é assunto tratado por Pedro Manoel Abreu:

O processo, nesse contexto, assume a condição de via ou canal de participação e não somente de tutela jurisdicional; atua como instrumento de jurisdição e habilita-se como *modus* de participação do cidadão na busca da concretização e proteção dos direitos fundamentais e do patrimônio público. Mais do que um instrumento do poder, é instrumento de participação no poder. É um contributo para democratizar a democracia por meio da participação. Enfim, um microcosmos da democracia, porque concretiza os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, como *locus* da cidadania.⁹⁵

O processo é o instrumento onde o juiz e as partes participam na elaboração do direito, onde os conflitos são solucionados e os desejos concretizados através da tutela jurisdicional, e ao juiz cabe o dever de promover essa pacificação, efetivando direitos fundamentais expostos na constituição e garantindo que sua decisão seja justa, assuntos que serão melhor apresentados no capítulo seguinte.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. *cit.*, p. 427.

⁹⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, *cit.*, p. 456.

CAPÍTULO 3

EFETIVIDADE E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No primeiro capítulo dessa dissertação apresentou-se a evolução do Direito Constitucional, o conceito de constituição, seguindo para classificação das normas jurídicas e sua divisão em regras e princípios, finalizando com o exame mais apurado dos princípios constitucionais e suas funções dentro do ordenamento jurídico, inclusive quanto à eficácia.

O segundo capítulo serviu para apresentar o instituto jurídico ‘processo’, também através de sua evolução histórica, natureza, mas principalmente como instrumento de efetivação dos desejos constitucionais, o local apropriado onde os valores constitucionais podem ser assegurados e garantidos.

Agora no terceiro capítulo vamos estudar a efetividade dos princípios constitucionais, analisar com acuidade sua força normativa, seu alcance e a solução dos conflitos de princípios.

Nesse último capítulo será ainda objeto de exame a aplicação dos princípios como fundamento das decisões judiciais, se possível e/ou cabível a aplicação direta ou indispensável à modulação através das regras, assim como os eventuais abusos e vícios que podem surgir de sua aplicação direta.

O texto buscará esclarecer que fundamentar as decisões judiciais diretamente em princípios constitucionais não tem como resultado lógico um distanciamento da segurança jurídica, e não transmuda o magistrado em legislador, muito pelo contrário, o Poder Judiciário se mantém como garantidor da vontade do legislador constitucional, protegendo e assegurando a aplicação dos valores constitucionais emanados da norma ‘mater’, todavia, essa aplicação não pode se dar na discricionariedade do julgador, seguirá critérios e meios que no decorrer do texto serão particularizados.

Saul Tourinho Leal tratou da importância de se garantir os valores constitucionais através do Poder Judiciário, mas isso não caracterizando um solapar das funções do legislativo:

Fala-se que a ascensão constitucional dos países democráticos está desembocando em uma suposta ditadura das togas. O argumento é que as nações estariam sendo dirigidas por sábios, em uma espécie de aristocracia judicial. É bom que se diga que o constitucionalismo não nasceu para criar ditaduras. Ele surgiu em resposta às ditaduras. Em uma democracia, devemos prestigiar o esforço feito pelos nossos semelhantes para avançar na limitação do poder dos governantes e na concretização dos direitos dos cidadãos. Não podemos temer o constitucionalismo.

Diante de uma sociedade complexa e de textos constitucionais gerais, fica cada vez mais difícil marginalizar princípios e afastar valores da interpretação constitucional. A sociedade de hoje se depara com conflitos anteriormente reprimidos. Os direitos fundamentais devem ser alvo de uma atenção especialíssima por parte do constitucionalismo...

Diante da aventura de concretização dos direitos fundamentais, a jurisdição constitucional terá de se valer de criatividade. Trata-se de conseguir concretizar direitos fundamentais negados pelo Estado ou esquecidos pela própria sociedade.⁹⁶

3.2 EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No primeiro capítulo dessa dissertação usamos a tradicional classificação das normas constitucionais apresentada por José Afonso da Silva, tratada em sua obra 'Aplicabilidade das Normas Constitucionais' (1.5.3), que as dividiu em três grupos, as normas de eficácia plena, as de eficácia contida e a de eficácia limitada ou reduzida.

Quanto às normas de eficácia plena e eficácia contida o autor não deixa dúvida sobre sua imediata efetividade e normatividade, suficientes para reger interesses, independente da interferência do legislador ordinário, todavia, José Afonso da Silva declara que em relação às normas de eficácia limitada ou reduzida, elas não teriam recebido normatividade suficiente para imediata aplicação, ficando reservado ao legislador ordinário a missão de complementar a regulamentação das matérias traçadas, regra geral, em forma de princípios.

⁹⁶ LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 13.

Segundo José Afonso, em que pese a necessidade de legislação ordinária para regular a matéria tratada na norma de eficácia limitada, ela mantém eficácia incontestada, mas relativa, somente para revogar os atos normativos anteriores que disponham de forma contrária a norma constitucional e apontar um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos posteriores e incompatíveis a norma constitucional limitada.

Nesse ponto procuramos nos distanciar da tese de que as normas de eficácia limitada não possuem efetividade imediata e aptidão para gerar efeitos diretos quanto aos valores que expressam e os fins que apontam, autorizando seu uso pelos operadores do direito para garantir que a constituição cumpra os objetos traçados pelo legislador constitucional.

Humberto Ávila afirmou categoricamente que os princípios, regra geral normas de eficácia limitada segundo José Afonso, não podem ser desconsiderados pelo intérprete, ao contrário, devem ser analisados e aplicados como qualquer norma. Transcrevo:

[...] Quando a Constituição contém um dispositivo que privilegia um estado de coisas a ser promovido, há, nesse contexto e nesse aspecto, a instituição de um princípio que exige do aplicador um exame de correlação entre esse estado e os comportamentos que devem ser adotados para sua promoção. Esses comportamentos – insista-se nisto – devem ser adotados pelos particulares ou pelo Estado, não cabendo ao intérprete desconsiderá-los como se o princípio, em vez de uma norma, fosse uma simples opinião desprovida de normatividade. Aqui o ponto essencial: as normas – quer princípios, quer regras – estatuem prescrições gerais, e, como tais, devem ser interpretadas, não podendo o aplicador relativizar esse aspecto constritor ou heterolimitador.⁹⁷

Humberto Ávila continua seu discurso afirmando que o intérprete não pode deixar de aplicar a norma constitucional, de dar efetividade ao ordenamento, sob o pretexto de que se trata de singelo princípio, muito pelo contrário, o intérprete não pode aplicá-los ou excluí-los quando assim desejar. Segue o texto:

[...] O simples fato de a aplicação de qualquer norma – seja um princípio, seja uma regra – depender de conexões valorativas entremostradas no ordenamento jurídico e requerer um processo discursivo e argumentativo de avaliação de razões e

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 141.

contrarrações para a determinação do seu conteúdo não quer dizer que o intérprete possa desprezar o modo como a constituição escolheu normatizar a conduta humana - se por meio de estatuição de uma regra ou de um princípio. [...] Cabe-lhe, em vez disso, coerentemente respeitar a normatividade escolhida pela Constituição. Daí a razão da afirmação, feita acima (item 2.4.3), no sentido de que os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais, como se o intérprete pudesse aplicá-los apenas quando assim o desejasse. Os princípios, ao invés disso, instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um determinado estado de coisas. O essencial é que, mesmo no caso dos princípios, o que for necessário para promover o fim é devido.⁹⁸

3.3 PONDERAÇÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O mundo atual está pautado pela velocidade, pelo efêmero, as novas tecnologias – internet, computadores portáteis, tv a cabo etc – transformam o planeta em uma aldeia global, com novidades sendo apresentadas a cada momento e atingindo a todos, independente de fronteiras físicas e políticas, a transnacionalidade é uma realidade, assim como a globalização, essa contemporaneidade não combina em nada com a segurança jurídica, e muito menos a segurança jurídica representada pelas regras ditadas em sistemas fechados, surge daí a importância dos princípios e seu grau de generalidade e indeterminação.

Transcrevo:

Assim a generalidade das regras difere das dos princípios: aquelas são gerais na medida em que fixadas com o fim de reger número indeterminado de fatos ou atos, mas estas regem apenas esses fatos ou atos pois que se referem a uma situação jurídica determinada.

Enquanto os princípios comportam uma série indefinida de aplicações.

Em suma, os princípios em sua generalidade e abstração tendem a abarcar um maior número de questões de fato. Evidentemente os princípios podem ser concretizados em normas mais específicas.

É fato que os princípios constitucionais são normas que ocupam o mais alto patamar na ordem normativa e, que fundamentam todas as demais normas de escalão inferior, não poderiam ser preteridas em sua aplicação para beneficiar tais normas infraconstitucionais, que buscam na Constituição sua razão de existir.

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, *cit.*, p. 141.

Como normas que são, os princípios podem formular uma obrigação, faculdade ou proibição. Não são simples pautas valorativas e incapazes de oferecer soluções concretas a litígios. Os preceitos constitucionais são normas diretamente vinculantes e, salvo as hipóteses de seus limites fático-jurídicos, podem encerrar razões para juízes concretos de dever-ser.⁹⁹

A Constituição, como já foi analisada no primeiro capítulo dessa dissertação (1.2.4), regra geral elenca direitos, valores e garantias jurídicas, positivadas em regras e em princípios, e a cada vez que qualquer deles for objeto de ameaça, por ação ou omissão, sua proteção é dedutível perante o Poder Judiciário.

Cito:

As garantias jurídicas, ao ângulo subjetivo, correspondem aos meios processuais de proteção dos direitos, vale dizer, às ações – respectivos procedimentos – dedutíveis perante o Poder Judiciário. A ele cabe prestar a jurisdição, que é a atividade estatal destinada a fazer atuar o direito objetivo, promovendo a tutela dos interesses violados ou ameaçados. A função jurisdicional é, tipicamente, de restauração da ordem jurídica, quando vulnerada, e destina-se à formulação e à atuação prática da norma concreta que deve disciplinar determinada situação.¹⁰⁰

Nesse trabalho jurisdicional, o magistrado se depara com o caso concreto e, regra geral, ele se resolve de forma singela, aplicando-se o raciocínio tradicional para a aplicação do direito, utilizando a lógica da subsunção, com a aplicação do silogismo das premissas, onde o operador deverá primeiro identificar uma premissa maior, uma norma que incide sobre uma premissa menor, que seria a descrição do caso em conflito, para desse encontro de premissas se alcançar uma conclusão, o ato decisório, com a aplicação da norma ao caso.

Transcrevo:

A doutrina costuma, tradicionalmente, encarar a decisão jurídica sobretudo como problema da construção do juízo deliberativo pelo juiz, mas também pelo administrador, pelo legislador, pela autoridade em geral (cf. Bustamante, 1986:60). A análise formal desse juízo faz-nos pensar, inicialmente, numa construção silogística. Sendo toda decisão jurídica correlata de um conflito que a desencadeia e de uma norma que a institucionaliza, a

⁹⁹ HEUSELER, Denise, LEITE, Gisele. Considerações principiológicas sobre a constituição federal brasileira. In: **Jurisite**. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Constitucional/doutconst125.html>> Acesso em 18 jun. 2015.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, *cit.*, p.121.

primeira imagem que nos vem à mente é a de uma operação dedutiva em que: (a) a norma (geral) funciona como premissa maior; (b) a descrição do caso conflitivo, como premissa menor; e (c) a conclusão, como o ato decisório *stricto sensu*.¹⁰¹

Apesar da aparente simplicidade, o processo acima descrito na prática se mostra repleta de dificuldades, a começar pela escolha da premissa maior, seja também pela descrição de fatos que fogem da norma tipificada. Bem acentuou Miguel Reale, citado em nota de rodapé por Ana Paula de Barcellos:

Não cabe aqui aprofundar o tema, mas fica o registro de que o processo de subsunção jurídica está longe de ser simples e unívoco. A seleção (ou talvez a construção) da premissa maior aplicável, a partir dos diferentes enunciados normativos que se considerem pertinentes, a identificação dos fatos relevantes e a definição da consequência que se deve extrair da premissa maior são questões que se interligam e podem envolver muita complexidade. V. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 1.999, p. 303.¹⁰²

Contudo, em determinados casos de maior complexidade o magistrado se depara com situações onde não encontra no ordenamento regra para solução do litígio, ou a regra apontada para a solução é contrária ao princípio constitucional, e ainda na ausência de regra para dirimir o conflito, acaba por encontrar dois ou mais princípios que podem dar solução ao problema, mas que levam a resultados antagônicos. Para solução destes casos complexos é necessário um novo esforço hermenêutico do intérprete.

Assim, partindo da premissa de que os princípios constitucionais, sejam elas quais forem, são efetivos e aplicáveis aos casos concretos, devemos buscar os métodos para lastrear essa aplicação direta, principalmente em se tratando de casos complexos. Nesse estudo, usar-se-á para buscar a efetividade dos princípios constitucionais a técnica da ponderação tratada por Alexy.

3.3.1 Ponderação

Com já visto acima, a técnica hermenêutica da subsunção se mostra útil aos casos de aplicação de regras, após a eventual solução das antinomias, lembrando que no caso de colisão de regras, segundo a lição de

¹⁰¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, *cit.*, p.316.

¹⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, *cit.*, p. 114.

Alexy apontada no primeiro capítulo dessa dissertação (1.3.3), se resolve sob a forma do ‘tudo ou nada’, ocasionando a exclusão de uma regra para solução do caso concreto, reputada como inválida, todavia, a subsunção não se presta quando o operador não encontra regras para aplicar ao caso concreto, ou a regra é colidente com princípio constitucional ou ainda quando na ausência de regras dois ou mais princípios podem ser aplicados ao caso, mas com resultados finais antagônicos.

Para solucionar o impasse criado nestes casos complexos Alexy aponta a ponderação ou sopesamento dos princípios constitucionais, não teríamos uma situação de validade das normas, pois os princípios colidentes seriam válidos, mas sim de peso de cada princípio para melhor (otimização) pacificação do conflito.

Transcrevo sobre o tema do peso/força dos princípios a lição de Dworkin:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.¹⁰³

Para solucionar esse impasse de escolha de qual princípio será aplicado ao caso concreto, voltando a lição de Alexy, aplicamos a técnica da ponderação, construída para a resolução de casos concretos complexos/difíceis, nos quais encontramos conflito entre princípios jurídicos, dependendo do acervo probatório dos autos para se aferir qual princípio deva prevalecer. Sobre o conceito de ponderação, confira-se a lição de Barcellos:

[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos *difíceis* (do inglês ‘*hard cases*’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso¹⁰⁴

A proporcionalidade é o fundamento da teoria da ponderação, sendo verificada pelos critérios da adequação do meio utilizado para a busca do fim, a necessidade do meio utilizado e a aplicação estrito senso da proporcionalidade.

Assim, ao deparar-se com uma colisão de princípios, para solucioná-la, primeiro deve-se utilizar a adequação do meio, em seguida a necessidade desse meio, e se ainda não for possível a solução da antinomia de princípios, aplica-se a ponderação.

Meio adequado para o fim desejado, no sentido de que o meio posto em uso tem o poder de promover o fim almejado não infringindo ou causando o menor prejuízo possível a outro princípio, em comparação com outros meios possíveis de se alcançar esse mesmo fim.

A necessidade do meio utilizado tem o significado de menor custo, ou seja, foi escolhido o meio menos restritivo a outros princípios, mais suave aos indivíduos, enfim, em uma colisão de princípios a decisão sempre deverá ser em favor do princípio de meio menos gravoso para o fim desejado.

Falhando ou não sendo útil o exame do meio mais adequado e da necessidade do meio utilizado para solução do conflito de princípios, resta então se aplicar a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, no caso o interprete deverá levar em consideração a intensidade e a importância da intervenção na escolha do princípio prevalente para o caso concreto.

Cita-se Vinícius Klein, que em artigo tratou o tema da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito:

A máxima proporcionalidade se subdivide em três: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação se refere à necessidade da verificação da adequação da restrição em um princípio para a proteção do princípio colidente. Trata-se de um critério negativo. Ainda, como defendido nos ajustes mais recentes, a máxima da adequação é uma forma de expressão da eficiência de Pareto.

A máxima da necessidade afirma que entre dois meios adequados para a concretização de determinado princípio seja adotado

¹⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55

aquele que restrinja em menor intensidade o princípio colidente. Novamente a idéia de otimização leva a adoção de um critério próximo à eficiência de Pareto, uma vez que para a obtenção de benefícios similares opta-se pela medida que gera menores custos.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito afirma que quanto maior a restrição em um dos princípios colidentes, maior deve ser o benefício produzido em relação ao outro princípio. Portanto, restrições expressivas em um dos princípios que gerem contribuições mínimas em outro não são proporcionais.¹⁰⁵

A própria ponderação também se desenvolve em três momentos, no primeiro passo o intérprete deverá proceder à análise dos fatos e premissas do caso concreto, para os quais não é possível o juízo de subsunção, tendo em conta o confronto de princípios. Na segunda etapa identificará os comandos normativos ou os princípios relevantes colidentes. Por fim, como última fase da técnica da ponderação, cabe ao intérprete valorar a importância dos bens jurídicos em confronto, mediante as variáveis do peso abstrato e do peso concreto dos princípios.

Mônica Pimenta Júdice versou sobre o tema da ponderação em seu artigo ‘Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras’:

Na ponderação, deve-se ter em conta a intensidade e a importância da intervenção em um direito fundamental. Essas manifestações fazem referência a uma regra constitutiva para as ponderações do Tribunal Constitucional Alemão que pode ser formulada da seguinte maneira: ‘Quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.’

A bem da verdade é que Alexy, através dessa máxima, procurava explicar racionalmente o grau de importância das consequências jurídicas de ambos os princípios em colisão. Em outras palavras, na eventualidade de o embate não ter sido solucionado pelos critérios anteriores, coloca as consequências jurídicas dos princípios ainda em colisão numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto.

Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos:
1 — Definir a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios;

¹⁰⁵ KLEIN, Vinicius. Os desafios da aplicação dos princípios constitucionais sem a mediação das regras. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/746101/OS_DESAFIOS_DA_APLICACAO_DIRETA_DOS_PRINCIPIOS_CONSTITUCIONAIS_SEM_A_MEDIACAO_DAS_REGRAS> Acesso em 16 jun. 2015.

2 — Definir a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, ou seja, a importância da satisfação do princípio oposto;

3 — Realizar a ponderação em sentido específico, i.e., se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.

Percebe-se que, de acordo com o demonstrado, a precedência depende das consequências jurídicas dos princípios, sendo, pois, um pressuposto fático do princípio precedente, ou por outra, que os princípios não têm relação absoluta de precedência e não são quantificáveis. Logo, a dimensão do peso é apenas uma metáfora, já que não é possível quantificar os interesses em colisão de forma abstrata ou absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa.¹⁰⁶

A teoria da ponderação de Alexy é alvo de inúmeras críticas, seja por sua falta de critério científico, seja também por se utilizar de critérios meta-jurídicos para a ponderação dos princípios, todavia, apesar delas, serve de fundamento para a hermenêutica dos princípios.

Reproduzimos análise realizada por Paula Gorzoni:

A primeira crítica diz respeito à suposta falta de racionalidade para o método do sopesamento, que conduziria a um excessivo subjetivismo na interpretação jurídica e, portanto, ensejaria arbitrariedade e voluntarismo nas decisões judiciais. Desse modo, o sopesamento submeteria as disposições constitucionais ao jogo próprio da política e à imprevisibilidade, representando grande ameaça para os direitos fundamentais. Essa é uma das críticas de Habermas, que afirma que não haveria nenhum parâmetro racional para o método.

A segunda crítica concerne à perda de autonomia do legislador por causa da natureza de mandamento de otimização dos direitos fundamentais. Se os princípios devem ser realizados de maneira mais ampla possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, existiria sempre um ponto máximo a ser definido, tirando a discricionariedade do legislador para elaborar normas. Essa é uma das críticas de Ernst-Wolfgang Böckenförde, que se refere principalmente à associação entre o sopesamento e o perigo de excesso dos direitos fundamentais.¹⁰⁷

Ana Paula de Barcellos também apontou séria censura na aplicação da ponderação. Textualmente:

Nada obstante sua inevitabilidade em determinadas hipóteses, o fato é que a ponderação acaba por conferir ao intérprete poderes especialmente amplos, mais ainda em um sistema jurídico rico em

¹⁰⁶ JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. In: **Conjur**. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?pagina=2> Acesso em 16 jun. 2015.

¹⁰⁷ GORZONI, Paula. Entre os princípios e a Regra. In: **Crítica**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n85/n85a13.pdf>> Acesso em 16 jun. 2015.

princípios que veiculam opções valorativas e políticas, bem como em cláusulas gerais, e esse é o ponto fundamental aqui. Por isso mesmo, o emprego da ponderação deve ser reservado para as hipóteses que realmente a exijam e sua utilização envolverá especiais cautelas por parte do intérprete, cujas decisões, nesse ambiente, haverão de ser especialmente motivadas.¹⁰⁸

As críticas tecidas à teoria da ponderação apresentada por Alexy, bem como pela aplicação direta dos princípios sem a ponderação das regras, serão objeto de item próprio ainda nesse capítulo.

3.4 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A idéia primeira desse trabalho é de que os princípios constitucionais podem ser aplicados diretamente, sendo desnecessária a mediação do legislador através das regras, mas com isso não ficando caracterizada agressão aos fundamentos do Estado de Direito e ainda a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais.

O trabalho não irá abordar os casos em que o legislador poderia ser levado a elaboração da regra regulamentadora de princípio constitucional, seja de forma voluntária ou em razão de decisão judicial, o objeto do trabalho é unicamente a possibilidade da aplicação direta dos princípios constitucionais, sem a modulação das regras.

A situação que melhor se enquadra no contexto examinado nessa dissertação, que resulta na aplicação direta dos princípios constitucionais, é o caso onde o operador se depara com a falta de uma regra para regular o conflito ou a regra não se apresenta satisfatória para solução do litígio. Diante dessa situação se pode utilizar dos princípios constitucionais de duas formas:

a) na primeira os princípios são utilizados na sua função interpretativa, e como bem já analisou George Marmelstein Lima no primeiro capítulo desse trabalho (1.4.4), “na ausência de regra específica para regular dada situação (isto é, em caso de lacuna), a regra faltante deve ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios”.

¹⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, *cit.*, p. 117-118.

b) na segunda situação possível, uma demanda é apresentada ao Poder Judiciário para que regule a aplicação de determinado princípio num caso concreto, e é essa a questão que o julgador encontra mais dificuldade.

Não causa qualquer estranheza o uso direto dos princípios com função interpretativa ou ainda supletiva, esclarecendo expressão indeterminada presente nas regras ou complementando uma regra geral lacunosa, todavia, a dificuldade surge quando na ausência das regras, ou na exclusão dela pela incompatibilidade com princípios, quando então estes princípios podem ser aplicados diretamente.

O magistrado, diante do litígio apresentado para que seja solucionado, e se deparando com a hipótese de ausência de regra ou a deficiência dela, não pode se omitir e aguardar a ação dos poderes públicos para produzir uma mediação legislativa, em outras palavras, as infundadas omissões podem e devem ser supridas pelo Judiciário.

Luiz Guilherme Marinoni sobre a omissão legislativa, afirma que incumbe ao juiz o controle da constitucionalidade da falta de lei. Textualmente:

Ora, se o juiz deve controlar a atividade legislativa, analisando a sua adequação à Constituição, é pouco mais do que evidente que a sua tarefa não deve se ater apenas à lei que viola um direito fundamental, mas também à ausência de lei que não permite a efetivação de um direito desse porte.¹⁰⁹

Portanto, quando afirma-se que a aplicação imediata dos princípios constitucionais é autorizada, assim se conclui porque deles se fundamentam direitos e obrigações, é indubitável que o titular destes direitos e obrigações poderá, na hipótese de ameaça ou lesão a eles, pleitear que os seus efeitos sejam judicialmente efetivados, e o magistrado não pode se omitir diante desse pedido.

Nesse particular, transcrevo parte do voto proferido pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADC n. 12/DF, j. 20.08.2008, onde se tratou da aplicação direta de princípios constitucionais. Literalmente:

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.60-61.

A ideia de submissão da Administração à lei é, hoje, quase óbvia. No entanto, como ensina García de Enterría, é preciso ter cuidado para não entender como lei apenas a lei em sentido formal. O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, mas ao ordenamento jurídico como um todo, o que Hauriou chamava de 'bloco de legalidade'. Portanto, quando a Constituição, em seu art. 5.º, II, prescreve que *'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'*, por 'lei' deve-se entender o conjunto do ordenamento jurídico, cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecido na própria Constituição e nas normas dela derivadas. Assim, é certo que não apenas a Lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade administrativa. Esses comandos normativos podem possuir a estrutura de regras ou de princípios. No primeiro caso, a prescrição detalhada e fechada da conduta deontologicamente determinada estabelece uma estrita vinculação da Administração Pública. Por exemplo, a regra da anterioridade tributária descrita pelo enunciado normativo do art. 150, III, da Constituição. *No caso dos princípios, a estrutura normativa aberta deixa certas margens de 'livre apreciação' (freie Ermessen) ao Poder Administrativo. Assim ocorre quando a Constituição, em seu art. 37, determina a obediência, pela Administração Pública, à moralidade e à impessoalidade. [...]. A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação da regra de proibição do nepotismo.* Como bem anota García de Enterría, *na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um 'núcleo fixo' (Begriffkern) ou 'zona de certeza', que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso.* A vedação do nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade. Não é de hoje que o nepotismo é uma prática condenada pela sociedade brasileira. [...]. Dessa forma, o ato administrativo que implique nesse tipo de prática imoral é ilegítimo, não apenas por violação a uma determinada lei, mas por ofensa direta à moralidade que atua como substrato ético da ordem constitucional. *Nesse sentido, é possível afirmar que não seria necessária uma lei em sentido formal para instituir a proibição do nepotismo, pois ela já decorre do conjunto de princípios constitucionais, dentre os quais têm relevo os princípios da moralidade e da impessoalidade.*

Mas a aplicação direta dos princípios, em razão de sua formulação em conceitos abertos, amplos e genéricos, menos específicos que aqueles decorrentes das regras, impõe um controle mais efetivo sobre as justificações veiculadas pelo judiciário.

A possível intensificação do subjetivismo judicial em razão da aplicação direta dos princípios é, naturalmente, um grande problema, em vista disso se mostra urgente a necessidade de um controle interno efetivo destas decisões judiciais (recursos), a ponto de se estabelecer a adoção de um abrangente sistema de precedentes, e com isso buscar-se mitigar o risco de arbitrariedades.

Uma segunda preocupação que surge da aplicação direta dos princípios constitucionais, ainda resultado de sua característica de certa indeterminação, é a possibilidade de situações idênticas serem tratadas de modo diverso, não só por juízes e tribunais diferentes, mas algumas vezes dentro do próprio tribunal que proferiu a decisão, contribuindo esses acontecimentos para a insegurança jurídica, sob a perspectiva da previsibilidade das decisões judiciais.

Ora, a crítica de decisões conflitantes é cabível quando da aplicação direta dos princípios constitucionais, mas também não difere da situação em que a aplicação é mediada por regras, pois as divergências judiciais são corriqueiras, a solução para tal crítica encontramos novamente no efetivo controle das decisões judiciais, reafirmando a importância da uniformização da interpretação constitucional e o respeito aos precedentes, o que mais a frente será examinado.

Até o momento conclui-se que o magistrado deixou de ter como função a mera aplicação de normas pressupostas (Eros Roberto Grau), suas decisões agora tendem a alcançar o próprio conteúdo destas normas, que passa a ser examinada sempre com a lente da supremacia da constituição, a norma não se encontra mais sozinha, mas sempre deverá ser analisada com o enfoque dos valores, direitos e garantias externadas através dos princípios constitucionais, e só assim estará justificada a sua aplicação e devidamente fundamentada a decisão judicial.

Mauro Cappelletti tratou da função do magistrado em sua obra 'Juízes Legisladores?', título apropriado para o exame que nesse momento realizamos:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade,

embora não necessariamente arbitrariedade significa valoração e ‘balanceamento’, significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas argumentos da lógica abstrata, ou talvez decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.¹¹⁰

Evidente que isso não significa o desprezo à atividade legislativa, mas não resta dúvida que a constituição confere aos Poderes do Estado, sem distinção, parte da função política, motivo pelo qual a atuação do Poder Judiciário, através de seus magistrados, mesmo na aplicação direta dos princípios constitucionais, não pode ser considerada antidemocrática. Transcreve-se a lição de Barcellos:

Pois bem. Do que se acaba de expor já é possível extrair uma conclusão. Nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível restringir sua incidência em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar de garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana que eles, direta ou indiretamente, buscam também promover. Mais que isso, não haveria sentido algum em interpretar esses dois princípios contra seu próprio fim, mantendo, a pretexto de respeitá-los, situações de reconhecida e indisputada indignidade dos indivíduos.

Em suma: esses dois subsistemas constitucionais – separação de poderes e o princípio majoritário - não justificam a divulgada impossibilidade de atribuir-se qualquer eficácia positiva ou simétrica aos enunciados normativos pertinentes à dignidade em seu aspecto material, de modo que é possível reconhecer ao Judiciário a legitimidade de sindicarem algum efeito mediante provocações dos interessados.¹¹¹

3.4.1 Aplicação direta dos princípios constitucionais

Para aplicação direta dos princípios o operador deve realizar um trabalho hermenêutico diferenciado e mais complexo do que na interpretação das regras, nesta última o juiz tinha a incumbência de concretizar e revelar a

¹¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 33.

¹¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, *cit.*, p.254.

vontade do legislador, todavia, quando se fala em interpretação de princípios trata-se de analisar as vontades, garantias e direitos para além do legislador, pois uma Constituição é a declaração da vontade política de um povo (item 1.2.4).

Explica J. J. Gomes Canotilho: "Interpretar a constituição é uma *tarefa* que se impõe *metodicamente* a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administração, tribunais). Todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar a constituição devem: (1) encontrar um resultado constitucionalmente <justo> através da adopção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar este *resultado* também de forma racional e controlável (Hesse).¹¹²

Dito isso, pode-se afirmar que o intérprete acaba por criar a norma jurídica, no sentido de que complementa o trabalho do legislador constituinte com sua interpretação, mas esclarece-se que isso não resulta na liberdade ou arbítrio na formulação da norma jurídica na decisão, pois o ofício do intérprete sempre terá como limite o texto da norma e o problema a ser solucionado, texto que é limite e também ponto de partida do trabalho hermenêutico do intérprete. Concluindo, não existe a interpretação por parte do magistrado sem a apresentação de um problema concreto a ser solucionado e uma norma a ser interpretada.

Ensina Humberto Ávila sobre o intérprete se transformando também no criador da norma:

Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. [...]. Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos pela comunidade do discurso. [...]. Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.¹¹³

¹¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1191.

¹¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, *cit.*, p.35-36.

Portanto, o ponto de partida da interpretação constitucional é excluir do exame da aplicação direta dos princípios os casos concretos que não se encaixam nas hipóteses de incidência do próprio princípio, ou ainda aqueles que são excluídos expressamente por ele.

Um exemplo apresentado por J. J. Gomes Canotilho pode aclarar a limitação acima narrada:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de <tudo ou nada>; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <reserva do possível>, fáctica ou jurídica. Assim, por ex., quando no art. 47.o da CRP se garante a liberdade de escolha de profissão <salvas as restrições legais impostas pelos interesses colectivo ou inerentes à sua própria capacidade>, deparemos já com uma dimensão principal: a liberdade de escolha não se impõe em termos absolutos, dependendo de condições fácticas ou jurídicas (assim, um jovem invisual pode ter acesso à Universidade para obter a licenciatura em direito, mas pode já existir a <não possibilidade>, em virtude da sua deficiência física, de acesso ao curso de medicina).¹¹⁴

Realizada a exclusão dos casos concretos não abrangidos pela aplicação direta dos princípios constitucionais, segue-se para realização da norma de decisão ou para a normatividade concreta, ou seja, com a aplicação da norma á realidade. Mais uma vez J. J. Gomes Canotilho expõe o tema de forma clara e didáctica:

Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a <medida de ordenação> nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua <passagem> a norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa.¹¹⁵

Nesse ponto importante faz-se a incontestável ligação da aplicação direta dos princípios com os novos ditames do processo, traçados no

¹¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, *cit.*, p. 1.239.

¹¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, *cit.*, p. 1.205.

segundo capítulo desta obra, pois somente através de uma atividade judicial ampla e com a realização do processo civil garantido por um forte contraditório e ampla defesa, podemos assegurar às partes a efetiva influência na construção da decisão judicial, assim promovendo o debate que dará lastro à decisão. O processo passa a ser o local onde os direitos, desejos e valores constitucionais são garantidos (item 2.5).

Chega-se ao momento da elaboração da decisão de pacificação do litígio, quando da interpretação do princípio elabora-se a norma aplicada ao caso concreto, e apesar das críticas já apontadas nesse trabalho e outras que ainda serão apresentadas adiante, a teoria da ponderação será escolhida para solucionar o dilema da aplicação direta dos princípios constitucionais.

Eros Roberto Grau bem explicou o uso da teoria da ponderação na formulação da norma de decisão, técnica de interpretação constitucional:

Ocorre também que a ponderação entre princípios se dá no momento da formulação da norma de decisão, não no quadro, anterior a este, de produção da(s) norma(s) jurídica(s) resultantes da interpretação. Este é o aspecto que a doutrina não tem considerado adequadamente, mas cuja consideração é indispensável à compreensão da prática da ponderação. A interpretação do direito é inicialmente produção de normas gerais. A ponderação entre princípios apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então definindo a solução que ao caso aplica. A atribuição de peso menor ou maior a um ou a outro princípio é, então, opção entre indiferentes jurídicos, exercício de discricionariedade, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de juízos de legalidade.¹¹⁶

O magistrado nesse momento deve confrontar as vantagens e desvantagens ocasionadas da medida de se aplicar um princípio constitucional e afastar outro, a construção da decisão judicial reclama uma ponderação que impeça tanto eventual hipertrofia de uma das razoáveis leituras do princípio constitucional invocado, como, por igual, a hipertrofia do princípio constitucional em disputa.

Claro que toda essa ponderação é realizada mediante ampla fundamentação promovida pelo julgador, e publicidade para ser examinada em

¹¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 284.

todos os seus pormenores pelas partes do processo, evitando com isso casuísmos. J. J. Gomes Canotilho continua ensinando: "A ponderação é um modelo de verificação e tipicização da ordenação de bens em concreto. Não é, de modo algum, um modelo de abertura para uma justiça 'casuística', 'impressionística' ou de 'sentimentos'."¹¹⁷

O trabalho hermenêutico do magistrado, claro, é totalmente incompatível com a existência de uma única resposta correta para a decisão, ora, se houve o esforço para descobrir qual princípio se aplicar em uma colisão de possibilidades, algumas inclusive contraditórias, resta claro que a resposta única para o problema é uma falácia, o que obtemos com a interpretação é a melhor resposta para o caso concreto, exigindo-se do juiz que a justificação da decisão demonstra fundamentadamente ser a resposta dada(melhor retirar?) realmente a melhor.

Outro problema surge após a elaboração da decisão que aplicou o princípio ao caso concreto, pois ela não deve ficar circunscrita ao caso apresentado, mas também servir de parâmetro para a solução de casos semelhantes ou equiparados, ou seja, em termos diferentes mas similares, é preciso que o magistrado dispense aos jurisdicionados uma resposta convergente, sem sobressaltos ou surpresas.

A ideia de universalidade das decisões pressupõe tratamento isonômico das situações que não encerrem em substanciais diferenças, servindo de 'bússola' ao juiz na densificação dos princípios constitucionais, surge daí o embrião do precedente, o instrumento que melhor pode dar os limites para a aplicação direta dos princípios constitucionais.

Realizada toda a operação interpretativa e aplicando-se diretamente o princípio constitucional ao caso concreto, a decisão judicial fica sujeita ao controle de constitucionalidade, especificamente ao controle material de constitucionalidade, e somente após o seu trânsito em julgado, sua imutabilidade processual, se poderá concluir ser essa decisão a melhor resposta dada ao caso concreto.

No Brasil essa decisão é assegurada, em última instância, ao Supremo Tribunal Federal, para em seguida servir de referência para os

¹¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, *cit.*, p. 1.222.

demais órgãos do Judiciário, evitando, com isso, que os desacordos sociais sejam perpetuados na esfera judicial, garantindo a unidade e a coerência do sistema normativo, mas essa função fiscalizadora acaba por ser exercida por qualquer Corte com competência constitucional.

Na Europa unificada o controle dessa constitucionalidade/conformidade, em relação às normas e aos tratados é realizado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE, responsável por garantir a aplicação dos tratados firmados pelos países membros e a coerência do ordenamento.

Sobre a existência de uma verdadeira ‘constituição europeia’, Alessandra Silveira assim se manifestou:

A União Europeia, como sabemos, não é um Estado (na concepção moderna), mas cria direitos como se fosse, isto é, cria normas jurídicas que vinculam obrigatoriamente os Estados-Membros e seus cidadãos. Ou seja: o sistema europeu funciona enquanto ordem jurídica, ou como um conjunto organizado de normas jurídicas. [...] Por tudo isso se diz que os tratados constitutivos funcionam como a Constituição da União Europeia, na medida em que consagram uma ordem jurídica fundamental que vincula todo o poder público europeu.¹¹⁸

Sobre a função do Tribunal de Justiça da União Europeia, tratou Jörg Neuner, no artigo ‘A competência e a metodologia interpretativa-decisória do Tribunal de Justiça da União Europeia’, traduzido por Pedro Scherer de Mello Aleixo:

De modo correspondente à visão clássica da doutrina da separação dos poderes, o Tribunal tem, além disso, a tarefa de interpretar a totalidade do direito comunitário de modo vinculativo. O Tribunal garante, nos termos do art. 19, alínea 1, do TUE, “o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados”. Isto abrange, para além da mera interpretação do direito legislado orientada ao sentido literal da norma, também a competência para o desenvolvimento judicial do direito (*interpretação extensiva*), na medida em que o direito comunitário contenha uma lacuna de regulamentação contrária ao plano. Neste sentido, destaca também o Tribunal: “Consoante jurisprudência reiterada, hão de ser considerados na interpretação de um preceito jurídico-comunitário não apenas o seu sentido literal, mas também o seu contexto e as finalidades perseguidas com a regulamentação da qual ele faz parte.

¹¹⁸ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia, Doutrina e Jurisprudência**, *cit.*, p.28-29.

Os tribunais nacionais, inclusive os tribunais constitucionais, têm, nos termos do art. 267, alíneas 2 e 3, do TFUE, competência e – na medida em que estejam decidindo em última instância – são obrigados a remeter a questão para o Tribunal de Justiça da União Européia com a finalidade de obter uma *decisão prévia* acerca da interpretação do direito comunitário primário, bem como da interpretação e validade do direito comunitário secundário. Não há necessidade de levar a cabo uma remessa, nos termos da doutrina do “acte-clair” do Tribunal de Justiça da União Européia, excepcionalmente, “quando o preceito jurídico-comunitário em apreço já tiver sido objeto de interpretação pelo Tribunal ou (...) a correta aplicação do direito comunitário for de tal forma evidente, que não haja espaço para uma dúvida razoável”¹¹⁹

3.4.2 Segurança jurídica das decisões e o sistema de precedentes.

Depois de concluir-se pela possibilidade da aplicação direta dos princípios constitucionais sem a mediação de regras, resta tratar da compatibilização da previsibilidade e estabilidade que deve pautar o direito, e o melhor caminho escolhido neste estudo para promover essa segurança jurídica é o fortalecimento dos precedentes, notadamente na sua força vinculante. É fundamental que o sistema *civil law*, não obstante a priorização conferida à legislação, igualmente atribua importância aos precedentes.

A aplicação dos princípios constitucionais almeja previsibilidade e estabilidade, decorrendo daí a maior idoneidade dessa espécie normativa. Essa leitura não apenas torna efetivo o direito da parte (tutela subjetiva de direitos), como também estabelece parâmetros objetivos para a solução de casos semelhantes (eficácia dos precedentes).

O sistema de precedentes para fornecer a segurança necessária na aplicação direta dos princípios constitucionais busca dar, além da efetividade promovida na interior da decisão do caso concreto, uma efetividade externa, estabelecendo parâmetros claros e objetivos para solução de casos semelhantes, reduzindo uma eventual dispersão entre as decisões judiciais, e tanto melhor será se o entendimento promovido pelo precedente se estender para os demais órgãos da estrutura judiciária (eficácia vertical dos precedentes). Enfim,

¹¹⁹ NEUNER, Jörg. A competência e a metodologia interpretativa-decisória do Tribunal de Justiça da União Européia, In: **Doutrina Estrangeira**. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/10_Dout_Estrangeira_4.pdf> Acesso em 17 jun. 2015.

o sistema de precedentes é importante tanto para reduzir a indeterminação dos princípios constitucionais como para estabilizar as colisões intra e interprincípios.

Esclarece Daniel Mitidiero:

A decisão judicial – desde que assentada à interpretação como outorga de sentido ao texto e como reconstrução da ordem jurídica – abre oportunidade para que a partir dela a doutrina realize um duplo discurso: um *discurso voltado para o caso concreto* e um *discurso para a ordem jurídica*. [...]. Vale dizer: *fundamentação e precedente são dois discursos jurídicos, com endereços e funções distintas, a que dá azo à decisão judicial no Estado Constitucional*.¹²⁰

Pode-se encontrar certa dificuldade na utilização dos precedentes, principalmente pela indispensável distinção que o aplicador do direito deve fazer entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, ambos elementos que são extraídos no exame da decisão judicial. A importância dessa diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* se mostra imprescindível para se manejar os precedentes, pois somente o primeiro deles autoriza a produção do efeito vinculante dos precedentes.

A *ratio decidendi* é encontrada na fundamentação da decisão judicial, mas é preciso conjugá-la com o relatório e também com o dispositivo da decisão de modo que desse conjunto podem ser retirados os pontos centrais (*ratio decidendi*), excluindo os pontos marginais (*obiter dictum*) da decisão proferida e que não servem para balizar um precedente.

A *ratio decidendi*, portanto, são os fundamentos jurídicos, a opção hermenêutica ou a tese jurídica que sustentam a solução de determinado caso concreto, sem os quais a norma individual não teria sido formulada daquela maneira, já o *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), também chamado de *dictum*, são os argumentos jurídicos expostos apenas de passagem na motivação da decisão, mencionadas incidentalmente pelo juiz e dispensáveis para a fundamentação e para a conclusão da decisão, sua falta na fundamentação não altera a decisão final do caso concreto.

Enfim, a fundamentação utilizada em uma decisão judicial é que conduzirá o julgamento de casos futuros que com ele guarde compatibilidade

¹²⁰ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial.

de fatos, a força vinculante dos precedentes é resultado da importância que deve ser dada a *ratio decidendi*, ou seja, ao núcleo da decisão judicial.

José Rogério Cruz e Tucci explica o fundamento da Teoria dos Precedentes Judiciais:

O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações idênticas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os *precedentes* como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes *precedentes*, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior.¹²¹

Assim, estabelecido o devido processo legal e se chegando a uma decisão definitiva sobre o caso concreto apresentado, não é razoável que as cortes inferiores ou os juízes monocráticos se mantenham prolatando decisões divergentes do precedente, ressaltando que esse agir em momento algum pode ser interpretado como cerceamento da liberdade do magistrado decidir, pois a independência dos juízes se encontra intimamente ligada à coerência do sistema jurídico em que está inserido.

O juiz que julga de forma diferente quanto ao princípio constitucional invocado em situação semelhante a outra já definitivamente julgada por corte constitucional, não atua com liberdade mas sim com arbitrariedade. Não basta a ele sustentar posição diversa daquela estabelecida por uma corte constitucional, se a *ratio decidendi* foi estabelecida e se o caso futuro não difere substancialmente daquele analisado, espaço não há para distinção.

Como bem analisou Luiz Henrique Volpe Camargo, o sistema de precedentes não fere as garantias funcionais do magistrado em sua atividade jurisdicional:

O respeito aos precedentes não fere a autonomia funcional do juiz. A garantia da independência funcional do juiz existe para assegurar a liberdade de julgar, livre de pressões políticas e do medo de represálias (subsídio reduzido, transferência para a inatividade, etc.). Existe para que o juiz possa decidir a favor de

¹²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12-13.

quem realmente tem direito, é uma garantia do juiz em benefício do jurisdicionado e não do próprio magistrado em si¹²²

No mesmo sentido Luiz Guilherme Marinoni, quando apresenta a curiosa situação de que o tratamento crítico aos precedentes, como agressão a independência funcional dos magistrados, não alcança o duplo grau de jurisdição, que atua de forma bastante similar ao sistema de precedentes:

No direito brasileiro contemporâneo há uma absurda e curiosa não percepção da contradição existente entre a mitificação do duplo grau e a ausência de respeito às decisões dos tribunais superiores. De forma acrítica, ao mesmo tempo em que se vê na obrigatoriedade dos precedentes um atentado contra a liberdade do juiz, celebra-se o duplo grau como garantia da justiça.¹²³

O sistema de precedente também é utilizado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, garantindo com isso a segurança jurídica necessária a uma Corte que tem os princípios como fundamento de suas decisões.

Sobre os princípios desenvolvidos através da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, segue trecho da Ficha Técnica sobre a União Europeia:

d)Princípios gerais do direito da União e direitos fundamentais
Os Tratados fazem escassas referências aos princípios gerais do direito da União. Estes princípios têm sido essencialmente desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (segurança jurídica, equilíbrio institucional, confiança legítima, etc.). Além disso, a jurisprudência do Tribunal também está na origem do reconhecimento dos direitos fundamentais enquanto princípios gerais do direito da União. Estes princípios estão agora consagrados no artigo 6.º, n.º 3, do TUE, que faz referência aos direitos fundamentais, tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.¹²⁴

Jörg Neuner, no artigo 'A competência e a metodologia interpretativa-decisória do Tribunal de Justiça da União Europeia', traduzido por

¹²² CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A Força dos Precedentes no Moderno Processo Civil Brasileiro . In **Direito Jurisprudencial**. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2012, p.553-674.

¹²³MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.132-133.

¹²⁴ UNIÃO EUROPÉIA. Ficha Técnica sobre a União Europeia. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.1.html> Acesso em 18 jun. 2015.

Pedro Scherer de Mello Aleixo, falou sobre o tema precedentes junto ao Tribunal de Justiça da União Europeia:

Apesar de o Tribunal de Justiça da União Europeia tomar apenas decisões de caráter concreto e individual, afigura-se significativo o fato de sua jurisprudência desenvolver uma eficácia bastante ampla na vida jurídica e constituir uma fonte 'fática' do direito. Os cidadãos da União Europeia orientam-se a partir dos julgados do Tribunal e esperam segurança jurídica por intermédio do igual tratamento de casos similares. De regra, também o Tribunal se orienta, por conseguinte, a partir de sua jurisprudência pregressa. Um pressuposto de fato ensejador de confiança pode ser fundamentado já com base em uma única decisão e sedimentar-se por intermédio da reiteração jurisprudencial...¹²⁵

Não é finalidade desta dissertação as minúcias do sistema de precedentes, mas apresentá-lo como a melhor resposta para promover a garantia de segurança jurídica às decisões que aplicarem diretamente os princípios constitucionais.

3.5. Ativismo, judicialização da política e 'panprincipiologismo'.

A partir do reconhecimento da Constituição como força normativa, da expansão da jurisdição constitucional, bem como do desenvolvimento de novas categorias da interpretação constitucional surgiu, como já visto nos capítulos anteriores, a judicialização das relações sociais, bem como a constitucionalização do Direito, fenômenos que proporcionaram a atitude ativista do Poder Judiciário, que remontam à jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana, que criou o controle judicial da constitucionalidade das leis federais.

Delineada a origem histórica, convém traçar elementos que diferenciam a judicialização do ativismo judicial, que embora próximos e alguns autores não distingam esses dois conceitos, retratam fenômenos distintos, ou seja, não são gerados pelas mesmas causas imediatas e devem ser devidamente conceituados.

Trata-se a judicialização de um sistema de controle de constitucionalidade abrangente que permite a tramitação de ações judiciais

¹²⁵ NEUNER, Jörg. A competência e a metodologia interpretativa-decisória do Tribunal de Justiça da União Europeia, *cit.*

acerca de discussões de largo alcance político e moral e decorre, regra geral, da vontade do próprio constituinte.

Por outro lado, o ativismo judicial é guiado pela denominada construção constitucional, interpretação criativa, expressão que bem traduz essa nova linguagem do Poder Judiciário, esse novo modo proativo de interpretar a constituição, ou ainda, como sugere Mauro Cappelletti “produção do direito por obra dos juízes.”¹²⁶

O ativismo judicial ocorre quando o juiz cria uma norma ou um direito não contemplado na legislação pátria, quando inova o conjunto de normas jurídicas, quando diante de casos o Juiz se utiliza de mecanismos das leis para solucionar o conflito e interpretar a constituição.

Luís Roberto Barroso tratou do tema ativismo e judicialização, em seu artigo Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.¹²⁷

Em função do modelo institucional vigente, o Poder Judiciário quando provocado diante da inefetividade das instituições políticas deve se pronunciar, e nesse caso decidirá de forma proativa quando o faz sob o desejo de acelerar a mudança social e garantir os direitos individuais. O juiz não pode se omitir, se recusar a decidir alegando a falta de norma para o caso concreto.

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, *cit.*, p.13.

¹²⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 18 jun. 2015.

Não há qualquer dificuldade em afirmar que o Poder Público possui o dever de assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais e implementar o comando constitucional, basta saber se diante da ineficácia ou até mesmo omissão dos Poderes Legislativos e Executivo poderá o Poder Judiciário garantir esses direitos sem configurar uma invasão injustificada no domínio dos outros Poderes Estatais, como uma prática antidemocrática.

Ao analisar a separação dos poderes numa concepção jurídico-formalista poder-se-ia afirmar que não cabe ao Poder Judiciário implementar as políticas públicas, bem como a participação em decisões de caráter político e público o que acaba por alterar as funções clássicas dos magistrados.

Contudo, não se trata de se sobrepor ao Poder Legislativo ou interferir na separação dos poderes e sim de garantir os direitos fundamentais como meio de promover a justiça e em última análise de realizar justiça acima de qualquer outra consideração.

A divisão das funções previstas para cada um dos poderes e a sua independência não são absolutas, podendo sofrer interferências, que objetivam estabelecer o sistema de freios e contrapesos. O desafio está justamente em fixar os limites do controle de um Poder sobre outro e buscar o equilíbrio necessário à realização do bem da sociedade a fim de evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro.

A discussão acerca do ativismo baseia-se, portanto, em definir o grau, os modos e o limite de criatividade do magistrado em face da interpretação judiciária, a discricionariedade estendida ao juiz não pode ser confundida com arbitrariedade e o julgamento deverá se pautar de acordo com certos limites processuais e substanciais, como já examinou-se nos ítems acima deste mesmo capítulo.

Por outro lado, não poderá o juiz se abster de externar na sua decisão elementos de valoração e balanceamento não apenas de caráter objetivo e formal, mas também no elemento discricionário. Como afirmou Cappelletti:

(...) o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa de concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma

“neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa.¹²⁸

De qualquer forma, subsume-se que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito maior será a interpretação judicial e o alcance de atuação da legislação e dos direitos sociais no âmbito criativo da atividade judiciária, por isso o ativismo se serve dos princípios para sua melhor atuação. Os juízes ao resolver os conflitos se tornam protetores dos novos direitos difusos, coletivos e fragmentados, além dos tradicionais direitos individuais.

A dificuldade está na concretização desses direitos fundamentais, que muitas vezes pelo custo de uma ação individual distancia o cidadão da efetiva garantia dos direitos constitucionalmente garantidos, que de forma isolada não se mostra capaz de buscar a proteção pelas vias adequadas. Justamente nesse ponto surge o papel do magistrado, quando em sua decisão visa concretizar os direitos fundamentais, especialmente nos casos em que não há previsão orçamentária para suprir as necessidades primárias da população.

3.5.1 Críticas ao ativismo e esclarecimentos sobre a judicialização da política.

Percebe-se que um dos fatores que levaram a busca de uma nova interpretação constitucional foi a sujeição de questões políticas e sociais ao julgamento pelo judiciário, com base na ponderação de valores subjetivos, na argumentação jurídica e na força normativa dos princípios, em face da omissão ou incapacidade dos poderes Executivo e Legislativo.

No tocante às objeções que a doutrina explora em relação ao tema, merece destaque inicialmente a problemática que surge na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário. Outra objeção que se faz é o risco do Poder Judiciário, composto por juízes, desembargadores e ministros que não são agentes públicos eleitos, invadir indevidamente na tarefa do legislador perdendo sua legitimidade democrática.

128 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, *cit.*, p.33.

A alegada incompetência institucional para agir de forma proativa e inovar o ordenamento jurídico pelo simples argumento de que para a criação do direito é necessária a utilização de instrumentos não acessíveis aos juízes ou tribunais não merece prosperar. Em questões que dependam de estudos técnicos e científicos de grande complexidade poderá o magistrado se utilizar de mecanismos e dispor do conhecimento de terceiros, a exemplo do *amicus curiae*, através de pareceres técnicos e perícias e assim obter de forma criteriosa a razoável criatividade jurídica.

Cita-se Mauro Cappelletti, que tratou do tema:

Também é certo, contudo, não faltarem casos e domínios da vida jurídica em que o tipo de conhecimentos, instrumentos e recursos, dos quais o juiz pode dispor, mostra-se perfeitamente adequado para funções de razoável criatividade judiciária. Por outro lado, a gravidade do problema muitas vezes pode ser atenuada mediante o recurso ampliado a pareceres técnicos ou perícias, à intervenção de terceiros no processo – também com finalidade proeminentemente informativa, a exemplo do '*amicus curiae brief*' e outras formas análogas – e o emprego de expertos como membros 'laicos' de órgão judicante.¹²⁹

O segundo argumento apontado pela crítica contrário à aplicação do ativismo pelos membros do Poder Judiciário é o de que estes não foram eleitos pelo povo e conseqüentemente não há legitimação democrática do direito jurisprudencial. Inovando o ordenamento jurídico, segundo essa corrente, estaria o Poder Judiciário exercendo indevidamente na função legislativa, criando regras antes desconhecidas.

Assim o tema foi tratado por Luis Roberto Barroso:

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar

¹²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, cit., p.88-89.

a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.¹³⁰

E mais adiante o autor falou sobre o risco de politização da justiça, expurgando também essa espécie de crítica a atuação da magistratura quando faz valer os princípios constitucionais, mesmo sem a mediação de regras:

Os riscos da politização da justiça, sobretudo da justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa *jurídica*. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.¹³¹

3.5.2 Crítica à aplicação direta dos princípios

Para resumir as críticas a aplicação direta dos princípios, nessa dissertação expor-se-á o pensamento de Lenio Streck, que consegue em sua obra ‘Hermenêutica Jurídica e(m) Crise’ apresentar séria e fundamentada crítica à aplicação direta dos princípios, sem a intermediação de regras, afirmando de forma incisiva que não há princípios que possam ser aplicados sem a intermediação da regra.

Transcreve-se:

Trata-se de uma análise equivocada da função dos princípios constitucionais, ou seja, enquanto os princípios gerais de direito se constituíam em uma ‘autorização’ para a discricionariedade, um fator que justificava a ‘saída’ do juiz do sistema codificado para solucionar o caso que lhe era apresentado e que não encontrava resposta no Código (foi para isso que dispositivos desse jaez foram colocados nos Códigos), os princípios constitucionais apresentam-se, contemporaneamente, como um contraponto a essa discricionariedade [...] Ora, os princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência’ das regras. Não são, pois ‘mandados de otimização’ ou postulados interpretativos. [...] A regra não subsiste

¹³⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**, *cit.*

¹³¹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**, *cit.*

sem o princípio. Do mesmo modo, não há princípio que possa ser aplicado sem o 'atravessamento' de uma regra. A regra não explica; a regra esconde. O princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra (pelo enunciado, que pretende impor um universo significativo autossuficiente). O princípio é a enunciação do que está enunciado.¹³²

O autor se mantém crítico também quando analisa os princípios como valores sociais que merecem ser objeto de garantia, ou ainda que estes foram positivados na constituição. Segue Lenio Streck com suas palavras:

Parece, assim, que o maior problema reside na 'equiparação' dos princípios aos 'valores. Efetivamente, parcela considerável dos juristas optou por considerar os princípios constitucionais como um sucedâneo dos princípios gerais do direito ou como sendo o 'suporte dos valores da sociedade' (o que seria isso, ninguém sabe e tampouco houve alguém que arriscasse a dizê-lo). Um dos chavões com que a discussão vem sendo posta é que, no novo constitucionalismo, ocorreu a 'positivação dos valores'. Esse 'anúncio' facilita a 'criação' (sic), em um segundo momento, de todo tipo de 'princípios' (sic), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a 'pedra filosofal da legitimidade principiológica', da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou 'corrigir' (sic) as incertezas da linguagem.¹³³

Encerra Lenio sua crítica ao uso dos princípios como fundamento direto das decisões judiciais, ao que ele chamou de 'panprincipiologia', afirmando que este modo de agir do julgador acaba por enfraquecer o direito. Veja o que disse:

Dito de outro modo, o que se tem visto é o crescimento 'criativo' de um conjunto de álibis teóricos que vêm recebendo 'convenientemente' o nome de 'princípios', os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas da cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de metarregas, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de o reforçar.¹³⁴

Em que pese toda a argumentação exposta por Lenio Streck em sua crítica ao uso dos princípios constitucionais sem a mediação de regras, pode-se concluir nesse ponto do trabalho que o operador do direito em várias ocasiões se depara com lesões a direitos, garantias ou valores expressos na constituição, e com a ausência de regras para proteção de todos estes, dito isso,

¹³² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 141 – 145.

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, *cit.*, p. 147.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, *cit.*, p. 150.

mesmo não sendo a melhor saída, a aplicação direta dos princípios nas decisões judiciais é solução viável, e se bem utilizada resulta em prejuízos mínimos ao sistema de normas, ficando longe de fragilizar o direito.

Barroso resume a situação da seguinte forma:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.¹³⁵

¹³⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática.** , *cit.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conclusões finais dessa dissertação são expostas através de destaques do próprio texto:

Podemos concluir que o valor supremo da Constituição é algo bastante recente, resultado da evolução histórica do Estado e das teorias que o examinaram e racionalizaram. Esse é o momento de superioridade da Constituição e a subordinação a ela dos Poderes, ao mesmo tempo em que fica clara sua força limitadora do Estado. A lei maior se apresenta também como instrumento de concretização de valores morais e políticos em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis, tema que será tratado no decorrer desta dissertação.

As regras e os princípios constitucionais se referem ao universo do 'dever ser', ou seja, são formulações de que alguma conduta 'deve ser', dar 'permissão para algo' ou 'proibir algo', e tendo sua origem num ato soberano em um determinado território, são normas, disso não se tem dúvida. Princípios e regras são, então, duas categorias de normas jurídicas.

A última fase da evolução normativa dos princípios, a denominada por Bonavides de pós-positivista, se inicia com as novas constituições promulgadas nas últimas décadas do século passado, onde então os princípios foram apresentados como fundamentos de todo o ordenamento jurídico, adquirindo força normativa para impor obrigações e não somente promover a integração do direito.

Importante já nesse final deixar bastante clara a evolução do caráter normativo dos princípios, onde eles deixaram de ser meramente normas fundamentais ou gerais do sistema legal, com força meramente programática, mas passaram a ser fundamentos de toda a ordem jurídica, instância valorativa máxima, conferindo unidade normativa de todo o sistema jurídico, impondo-se como diretriz tanto para interpretação das regras como para a atuação do Estado.

Os princípios têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão de valor, maior ou menor, e sua consagração é alcançada na positividade dos

textos constitucionais, onde passam à esfera decisória dos arestos, e com isso se constituem através de jurisprudências.

Enfim, no primeiro capítulo foi apresentada a evolução do Direito Constitucional, o conceito de Constituição e a classificação das normas jurídicas em regras e princípios, no segundo capítulo tratar-se-á do processo, ou seja, do lugar onde o magistrado, exercendo sua função de pacificador dos litígios, aplica o direito (as normas tratadas no primeiro capítulo) ao caso concreto, seguindo para tanto procedimentos e métodos para conhecer o litígio e formular sua decisão.

O processo civil moderno é aquele que alcança até nossos dias, é também conhecido como o processo na fase científica, e tem início com a atribuição do magistrado da livre análise das provas e de sua produção, ficando liberto do sistema de provas pré-valorizadas, o magistrado abandona o papel de observador e passa a atuar na direção do processo, na busca de melhor aplicar o direito material ao caso concreto.

Não se tem dúvida que o processo é relação jurídica que envolve as partes e o Estado representado pelo magistrado, envolvimento que se caracteriza por uma relação triangular, com cada uma destes interessados se colocando em um dos ângulos do triângulo, com interações mútuas de direitos e deveres.

Como já foi visto, de forma singela pode-se tratar o processo como instrumento para pacificação dos conflitos apresentados pelas partes, e o local onde os interessados apresentam suas pretensões, seus desejos, suas lides, para serem analisadas e decididas pelo Estado, representado pelo magistrado, que assim pode resolver a questão posta, inclusive utilizando a força do Estado para obrigar as partes a obedecerem a decisão tomada.

Apesar de algumas críticas apontarem o fim da fase instrumental do processo, indubitável que a teoria mais aceita é aquela que indica que ainda não se exauriu o processo como instrumento, até porque a ideia no neoconstitucionalismo claramente se coaduna com a visão instrumental do processo, sendo desnecessárias novas denominações ou ainda a elaboração de

novas fases de instrumentalidade do processo para se buscar a *práxis* constitucional.

Conseguiu-se elaborar nos pontos anteriores desse capítulo a evolução do processo e de suas teorias no decorrer do tempo, chegando ao ponto em que ele não pode ser considerado uma mera técnica de resolução de conflitos, se transformando em instrumento de realização de valores, e agora especialmente de valores constitucionais, pois é inegável, como já foi visto no primeiro capítulo deste estudo, a positivação integral nas normas constitucionais, portanto, o processo também é instrumento para aplicação e efetivação dos anseios e desejos presentes na constituição.

O processo é o instrumento onde o juiz e as partes participam na elaboração do direito, onde os conflitos são solucionados e os desejos concretizados através da tutela jurisdicional, e ao juiz cabe o dever de promover essa pacificação, efetivando direitos fundamentais expostos na constituição e garantindo que sua decisão seja justa, assuntos que serão melhor apresentados no capítulo seguinte.

Humberto Ávila tem seu discurso afirmando que o interprete não pode deixar de aplicar a norma constitucional, de dar efetividade ao ordenamento, sob o pretexto de que se trata de singelo princípio, muito pelo contrário, o interprete não pode aplicá-los ou excluí-los quando assim desejar.

Contudo, em determinados casos de maior complexidade o magistrado se depara com situações onde não encontra no ordenamento regra para solução do litígio, ou a regra apontada para a solução é contrária ao princípio constitucional, e ainda na ausência de regra para dirimir o conflito, acaba por encontrar dois ou mais princípios que podem dar solução ao problema, mas que levam a resultados antagônicos. Para solução destes casos complexos é necessário um novo esforço hermenêutico do intérprete.

Para solucionar o impasse criado nestes casos complexos Alexy aponta a ponderação ou sopesamento dos princípios constitucionais, não teríamos uma situação de validade das normas, pois os princípios colidentes

seriam válidos, mas sim de peso de cada princípio para melhor (otimização) pacificação do conflito.

A teoria da ponderação de Alexy é alvo de inúmeras críticas, seja por sua falta de critério científico, seja também por se utilizar de critérios meta-jurídicos para a ponderação dos princípios, todavia, apesar delas, serve de fundamento para a hermenêutica dos princípios.

O magistrado, diante do litígio apresentado para que seja solucionado, e se deparando com a hipótese de ausência de regra ou a deficiência dela, não pode se omitir e aguardar a ação dos poderes públicos para produzir uma mediação legislativa, em outras palavras, as infundadas omissões podem e devem ser supridas pelo Judiciário.

Portanto, quando afirma-se que a aplicação imediata dos princípios constitucionais é autorizada, assim se conclui porque deles se fundamentam direitos e obrigações, é indubitável que o titular destes direitos e obrigações poderá, na hipótese de ameaça ou lesão a eles, pleitear que os seus efeitos sejam judicialmente efetivados, e o magistrado não pode se omitir diante desse pedido.

A possível intensificação do subjetivismo judicial em razão da aplicação direta dos princípios é, naturalmente, um grande problema, em vista disso se mostra urgente a necessidade de um controle interno efetivo destas decisões judiciais (recursos), a ponto de se estabelecer a adoção de um abrangente sistema de precedentes, e com isso buscar-se mitigar o risco de arbitrariedades.

Dito isso, pode-se afirmar que o intérprete acaba por criar a norma jurídica, no sentido de que complementa o trabalho do legislador constituinte com sua interpretação, mas esclarece-se que isso não resulta na liberdade ou arbítrio na formulação da norma jurídica na decisão, pois o ofício do intérprete sempre terá como limite o texto da norma e o problema a ser solucionado, texto que é limite e também ponto de partida do trabalho hermenêutico do intérprete. Concluindo, não existe a interpretação por parte do magistrado sem a apresentação de um problema concreto a ser solucionado e uma norma a ser interpretada.

Outro problema surge após a elaboração da decisão que aplicou o princípio ao caso concreto, pois ela não deve ficar circunscrita ao caso apresentado, mas também servir de parâmetro para a solução de casos semelhantes ou equiparados, ou seja, em termos diferentes mas similares, é preciso que o magistrado dispense aos jurisdicionados uma resposta convergente, sem sobressaltos ou surpresas.

A aplicação dos princípios constitucionais almeja previsibilidade e estabilidade, decorrendo daí a maior idoneidade dessa espécie normativa. Essa leitura não apenas torna efetivo o direito da parte (tutela subjetiva de direitos), como também estabelece parâmetros objetivos para a solução de casos semelhantes (eficácia dos precedentes).

Barroso resume a situação da seguinte forma: “Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.”

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito – Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Disponível em:
<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 18 jun. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CEARÁ. **Petição 1458**. Tribunal de Justiça. Fortaleza. Relator: Celso de Mello. Julgado em: 26/02/1998. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14758230/peticao-pet-1458-ce-stf>> Acesso em 16 abr. 2015.

CICCO, Alceu. Artigo: Evolução do direito processual, In: **Rev. Jur.**, Brasília, v. 8, n. 81, outubro. /novembro. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_81/artigos/Alceu_rev81.htm> Acesso em 18 maio 2015.

CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Novo Direito Constitucional Europeu**. São Paulo: Almedina, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1982.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DONIZETTI, Elpídio. Artigo: Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neoprocessualismo. In: **JusBrasil**. 2013. Disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940209/evolucao-fases-do-processualismo-sincretismo-autonomia-instrumentalismo-e-neoprocessualismo>> Acesso em 20 maio 2015.

DUTRA, Nancy. Artigo: História da formação da ciência do direito processual civil no mundo e no Brasil. In: **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11192/historia-da-formacao-da-ciencia-do-direito-processual-civil-no-mundo-e-no-brasil#ixzz3aWMmiEm0>> Acesso em 18 maio 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GORZONI, Paula. Entre os princípios e a Regra. In: **Crítica**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n85/n85a13.pdf>> Acesso em 16 jun. 2015.

GRAU Roberto, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros: 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HEUSELER, Denise, LEITE, Gisele. Considerações principiológicas sobre a constituição federal brasileira. In: **Jurisite**. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Constitucional/doutconst125.html>> Acesso em 18 jun. 2015.

RITT, Leila Eliane Hoffmann. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>. Acessado em 29/01/2014.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. In: **Conjur**. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?pagina=2> Acesso em 16 jun. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEIN, Vinicius. Os desafios da aplicação dos princípios constitucionais sem a mediação das regras. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/746101/OS_DESAFIOS_DA_APLICACAO_DIRETA_DOS_PRINCIPIOS_CONSTITUCIONAIS_SEM_A_MEDIACAO_DAS_REGRAS> Acesso em 16 jun. 2015.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012.

LIMA, George Marmelstein. As funções dos princípios constitucionais. In: **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/imprimir/2624/as-funcoes-dos-principios-constitucionais>> Acesso em 16 abr. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 8. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo – Repro**, v.37, n.206, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEUNER, Jörg. A competência e a metodologia interpretativa-decisória do Tribunal de Justiça da União Européia, In: **Doutrina Estrangeira**. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/10_Dout_Estrangeira_4.pdf> Acesso em 17 jun. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 1998.

SILVEIRA, Alessandra Aparecida Souza. **Interconstitucionalidade**: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial.

SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia, Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível**: fundamentos e técnica. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

UNIÃO EUROPÉIA. Ficha Técnica sobre a União Europeia. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_1.2.1.html> Acesso em 18 jun. 2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A Força dos Precedentes no Moderno Processo Civil Brasileiro . In **Direito Jurisprudencial**. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2012.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. Campinas: Bookseller, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Ed. Alfa Ômega, 1994.