

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I**

**RIVA SOBRADO DE FREITAS**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

**ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

C758

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Lucas Gonçalves da Silva, Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-288-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

---

### **Apresentação**

A sociedade brasileira continua fortemente marcada pelo processo de transição democrática que permitiu a adoção da atual Constituição brasileira de 1988. De fato, o desafio da nova Constituição brasileira continua sendo o da efetividade. Se no final dos anos noventa a problemática da efetividade da Constituição encontrou no Judiciário um espaço de pressão para a concretização dos direitos sociais, a atualidade da crise econômica e política questiona fortemente a atuação do Judiciário que cotidianamente se envolve em questões políticas e sociais.

O GT Constituição e Democracia I nos ofereceu primeiramente uma série de trabalhos críticos sobre a atuação do Judiciário. A problemática da legitimidade desloca a expectativa de efetividade da Constituição para o espaço democrática de decisão política. Observa-se não somente a crise de legitimidade dos poderes do Estado, mas sobretudo, surge uma nova expectativa de participação política que não se contenta com os instrumentos do sistema representativo, exigindo uma escuta da vontade das ruas, dos movimentos sociais, das manifestações apartidárias, que ultrapassam claramente a vontade dos representantes eleitos ou selecionados pelos concursos públicos de provas e títulos. As críticas e questionamos fundamentos no espaço democrática de decisão política denunciam os limites do constitucionalismo brasileiro pós-1988, ou de outro modo, pós-transição democrática. Com efeito, novo constitucionalismo exige respeito ao texto constitucional; sinceridade na aplicação dos valores e princípios constitucionais e, sobretudo, reconhecimento da diversidade cultural marcada pelo pluralismo jurídico e à crítica ao positivismo das decisões de Justiça.

Pensar a diversidade cultural, econômica e social no Brasil contemporâneo implica necessariamente enfrentar escolhas antagônicas no debate político e partidário, cujo único ponto de contato seria a promoção da justiça social. De fato, a problemática da efetividade da Constituição deixa de ser um objetivo em si mesmo, para despertar a importância sobre o método de promoção dos direitos constitucionalmente protegidos.

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas - UNOESC

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato - FURG

**DESAFIO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: A BUSCA DO PONTO DE  
EQUILÍBRIO NA NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**  
**NEOCONSTITUCIONALISM CHALLENGE: THE SEARCH OF BALANCE POINT  
IN NEW CONSTITUTIONAL INTERPRETATION**

**Carlos Pinna De Assis Junior**  
**Lucas Gonçalves da Silva**

**Resumo**

O estudo analisa os postulados delineados pelo neoconstitucionalismo, em especial a nova dogmática de interpretação constitucional e o conseqüente risco do subjetivismo ideológico. Pretende, precipuamente, tracejar os limites que devem nortear a atividade de interpretação das normas constitucionais, revelando que a justa medida na aplicação da ponderação e da proporcionalidade nos diversos campos do direito é, pois, o desafio que se estampa hodiernamente. Demonstra, por fim, que a utilização desmesurada de tais técnicas gera riscos à própria democracia. Utiliza-se, para tanto, o método hipotético-dedutivo e as fontes precípua são a revisão bibliográfica e as normas constitucionais afetas ao tema.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo, Interpretação constitucional, Equilíbrio, Democracia

**Abstract/Resumen/Résumé**

The study analyzes the assumptions outlined by neoconstitutionalism, especially the new dogmatic constitutional interpretation and the consequent risk of ideological subjectivism. Want, primarily, expose the limits that should guide the activity of interpretation of constitutional norms, revealing that the application of weighting and proportionality in the various fields of law, then, is the challenge that is stamped in our times. It demonstrates finally that the disproportionate use of these techniques creates risks for democracy itself. It is used for both the hypothetical-deductive method and its primary sources are the literature review and the constitutional rules about the subject.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Neoconstitutionalism, Constitutional interpretation, Balance point, Democracy

## 1 INTRODUÇÃO

O longo caminho percorrido pela filosofia jurídica até a chegada ao Estado de direito como hoje é concebido – com a profunda valorização constitucional e suas conseqüências – denota quão instigante é a busca por um modelo de Estado que promova e assegure os mais fundamentais anseios do indivíduo e da sociedade.

Perpassando as inúmeras compreensões que ensejaram a evolução do protótipo de Estado, verifica-se, em todas elas, a inafastável necessidade de superação de um modelo tipicamente egocêntrico, alcançando-se um panorama de profunda valorização ética e moral, conciliado com as necessidades sociais de cada momento.

Neste processo evolutivo, é precisamente o novo contexto jurídico instaurado após a Segunda Guerra Mundial, caracterizado pela supervalorização das Constituições, que induziu, inevitavelmente, à necessidade de redesenho da atividade de interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Fenômeno de repercussão mundial e de relevância inquestionável, o neoconstitucionalismo, insurgente modelo jurídico calcado, dentre outras características, em uma nova dogmática da interpretação constitucional, constitui verdadeira transformação na concepção de Estado e do direito constitucional.

Tal movimento, contudo, apresenta desafios cujo enfrentamento não se pode relegar, sobretudo em relação à indigitada dogmática interpretativa, pautada em parâmetros principiológicos que, não raro, estimulam o criacionismo não fundamentado e o subjetivismo ideológico do intérprete e aplicador do direito.

Em nítida inversão ao verdadeiro escopo da normatividade constitucional, observa-se, hodiernamente, uma arriscada tendência a interpretações constitucionais desarrazoadamente principialistas, disseminando-se a subjetividade arbitrária. Como conseqüência, verifica-se a produção de decisões judiciais anti-isonômicas, colocando em cheque a própria concepção de justiça.

Tal ocorre, por exemplo, na judicialização das políticas públicas sociais, especialmente na área da saúde e assistência social, requerendo permanente alerta a fim de estabelecer a atuação adequada por parte dos aplicadores da lei, tudo com vistas a evitar decisões absolutamente conflitantes e desprovidas de isonomia.

De igual modo, no direito penal e processual penal constata-se o risco a que a má utilização das novéis técnicas de interpretação submete a segurança jurídica, além de agravar as históricas desigualdades existentes no âmbito da esfera criminal.

Registre-se, neste contexto, que a necessidade e importância da reflexão acerca do tema se evidenciam na medida em que a jurisdição calcada na coerência e na integridade do direito é uma efetiva prerrogativa dos cidadãos, razão pela qual se impõe a urgente observância de certos limites à atividade interpretativa criacionista.

Adota-se no presente estudo como fontes de pesquisas a análise de doutrinas, repositórios jurisprudenciais e a internet para atualização, bem como renovação de conceitos, tudo a fim de bem explorar o tema que se propõe a abordar.

Nesta ótica, será utilizado o método hipotético-dedutivo, indo além da pesquisa metodológica interpretativa das leis e da pesquisa metodológica qualitativa, com a finalidade de estabelecer um elo envolvendo o método histórico e o método evolutivo.

## **2 O NEOCONSTITUCIONALISMO NO CONTEXTO MUNDIAL E BRASILEIRO**

Cunhada primitivamente na Espanha e na Itália e propagada, sobretudo, pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, a expressão “neoconstitucionalismo” inaugura um novo ciclo do pensamento jurídico no pós-guerra.

Abordada por inúmeros juristas como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, constitui moderna doutrina a instigar a necessidade de um redesenho na aplicação e interpretação do direito contemporâneo, notadamente impulsionado por uma sociedade plural, diversificada e ávida pela juridicização em grau máximo de seus direitos, constitucionalizando-os.

É notório que no cenário mundial, até a Segunda Grande Guerra, a cultura jurídica predominante caracterizava-se pela compreensão da lei como fonte primordial do direito, conferindo-se à Constituição o rótulo de mero programa político a servir de estímulo ao legislador, sem, contudo, atribuir-lhe qualquer força normativa. A este período, bastava para a interpretação e aplicação do direito a subsunção da norma ao fato concreto.

Sobre esse peculiar momento jurídico, lucidamente rememora Paulo Ricardo Schier:

Viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da ideia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados lingüísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição. (SOUZA NETO, 2007, p.253-254)

É na segunda metade do século XX, no entanto, com o fim dos regimes totalitários e o aprendizado extraído desse período, que se redefine o eixo das Constituições, impregnando-as de normas de elevado teor axiológico e sobressaindo-se a jurisdição constitucional. A partir de então, os mais diversos temas e institutos são alçados ao texto constitucional, impondo-se a necessidade de evolução na tradicional interpretação e aplicação das normas jurídicas, agora influenciadas pelo diploma constitucional: é a constitucionalização da ordem jurídica.

Com efeito, após os dois primeiros estágios de modelos institucionais (o Estado pré-moderno e o Estado legislativo de direito), brotou no século XX, precisamente a partir do final da Segunda Guerra Mundial, uma nova compreensão jurídica pautada na supervalorização da Constituição e na máxima de que a ela deve se subordinar todo o sistema jurídico: é o Estado constitucional de direito. Na valiosa lição de Luis Roberto Barroso, verifica-se nesse novo panorama que:

A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com normas constitucionais. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos e a jurisprudência passa a desempenhar novos papéis, dentre os quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição. (SOUZA NETO, 2007, p. 205)

Luis Roberto Barroso (2009, p. 262) elenca ainda as características essenciais desse novo fenômeno denominado neoconstitucionalismo: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.

O primeiro predicado – força normativa da constituição – remete, desde já, à clássica ideia desenvolvida por Konrad Hesse, para quem a Constituição será concebida como força ativa na medida em que consiga impor tarefas realizáveis e haja vontade de concretizar tais ordens, assim arrematando:

Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, nas consciências dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*WillezurMacht*), mas também a *vontade de Constituição* (*WillezurVerfassung*). (HESSE, 1991, p. 19)

Concernente à expansão da jurisdição constitucional, verifica-se a modificação do eixo de proteção dos inúmeros direitos fundamentais inseridos na Constituição, incumbindo ao Poder Judiciário, por meio de diversas formas de controle de constitucionalidade, a preservação dos mesmos.



É, entretanto, no que tange à nova interpretação constitucional que se constata um dos maiores desafios do neoconstitucionalismo, uma vez que se por um lado a nova dogmática propicia a subjetividade criacionista, por outro prisma não se deve permitir que tal tarefa deságüe para o arbítrio e a mera prevalência de convicções pessoais do intérprete.

O fato é que, com suas vantagens e riscos, o fenômeno neoconstitucionalista e suas características propagaram-se pelo mundo. No Brasil, o ambiente político estabelecido com a restauração da democracia, após longo período de regime militar, induziu ao florescimento da Constituição Federal de 1988, reconhecidamente consentânea aos valores e interesses mais reclamados pelos cidadãos àquele período.

Na esteira da evolução jurídica mundial, é inegável a transformação paradigmática por que passou o modelo jurídico brasileiro após o advento da Carta de 88, com a projeção de novos padrões interpretativos e de aplicação do direito pela doutrina e jurisprudência. Como consequência de tal modificação, verifica-se o surgimento de fenômenos jurídicos independentes (porém interligados), os quais Daniel Sarmento na sua visão enumera:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. (SARMENTO, 2009)

Com efeito, a presença de elementos normativos de amplitude indeterminada e a supervalorização dos princípios jurídicos, frutos do neoconstitucionalismo, conduziram, inevitavelmente, à adoção de técnicas interpretativas que não se restringissem à mera subsunção.

Como conseqüências destas características insurgentes derivam os desafios a serem superados hodiernamente, dentre os quais se especifica a necessidade de preservação da isonomia nesta nova dogmática da interpretação constitucional e o conseqüente estabelecimento de parâmetros na atividade criacionista do intérprete da Constituição.

Pode-se asseverar que, da sua gênese ao modelo atual, a concepção de Estado evoluiu. E com a assunção ao neoconstitucionalismo, despontaram novos e relevantes desafios, dentre os quais se insere a necessidade cada vez mais premente de se estabelecer parâmetros razoáveis à interpretação das normas da Constituição, agora impregnada de

princípios, valores e interesses diversificados, reforçando-se, para tanto, a preservação, o respeito e o limite das funções de cada Poder.

### **3 A PONDERAÇÃO COMO TÉCNICA INTERPRETATIVA NO PANORAMA NEOCONSTITUCIONAL**

A força normativa das Constituições – agora impregnadas de valores e direitos consubstanciados em princípios – e a abertura semântica das normas nelas contida despertam a necessidade de novos parâmetros na atividade de interpretação e aplicação do direito.

Se para a resolução dos conflitos entre regras o intérprete se vale da lógica do “tudo ou nada”, como leciona Dworkin, e as submete aos critérios de validade e vigência, o mesmo não se pode aplicar às colisões entre princípios.

Como ensina J.J. Gomes Canotilho, o arcabouço constitucional possui peculiaridade a ser observada:

1. o sistema constitucional carece de regras jurídicas: a constituição, por exemplo, deve fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral ativa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de otimização: um cidadão é ou não é maior aos 18 anos para efeitos de direito do sufrágio; um cidadão ‘só pode ter direito à vida’;
2. mas além disso, o sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos;
3. em virtude de sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da justiça, da idéia de direito, dos fins de uma comunidade), os princípios têm uma função normogénica e uma função sistémica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional;
4. ademais, as regras e os princípios, para serem ativamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática: o direito constitucional é um sistema aberto de regras e princípios que, através dos processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action*, para uma *living constitution*. (CANOTILHO, 1998, p. 1123)

Para a resolução de conflitos entre princípios constitucionais, passou-se, assim, a se invocar as técnicas da ponderação e da proporcionalidade. Neste contexto, e diante da generalizada utilização de tais meios interpretativos, a experiência jurídica atual demonstra a inadiável necessidade de reflexão por parte dos aplicadores do direito acerca do grau de manejo de tais instrumentos em casos concretos e nos diversos campos do direito, a fim de que produzam interpretações (e, por conseqüência, decisões) verdadeiramente isonômicas.

A técnica da ponderação, com efeito, configura-se como método de conciliação de princípios em conflito, assim como os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade

servem para solucionar conflitos entre regras. E como bem doutrina Robert Alexy, todo o processo de ponderação tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade.

Remonta à época clássica as primeiras concepções da proporcionalidade no Direito. Desde o Período Antigo, observando as ideias desenvolvidas pelo jusfilósofo Aristóteles, já se pode vislumbrar o florescer desta compreensão. Nessa época, a proporcionalidade vinculava-se às noções de “meio-termo” e de “justa medida”. Para Aristóteles (1997, p. 21), então, em pensamento que bem sintetiza a sua visão de justiça, “o justo é portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade”.

Dada a vaguidade e abrangência do termo, e com vistas a evitar que o aplicador da norma subverta a sua utilização, torna-se relevante a delimitação do sentido com que a proporcionalidade deve ser compreendida na esfera jurídica. Assim, a concepção do princípio da proporcionalidade no campo das relações jurídicas fundamenta-se em duas dimensões que se complementam: a dimensão de princípio geral de vedação à prepotência estatal e a dimensão de concretização prática dos direitos, interesses e garantias constitucionais.

Na primeira das dimensões (a de cláusula anti-arbítrio) o princípio da proporcionalidade atua, no dizer de Helenilson Cunha Pontes (2000, p. 57), exercendo em relação ao Estado uma “função negativa ou de proteção”. Nesta atuação, busca-se precipuamente avultar a proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder estatal. Já na segunda dimensão (a de efetivação das garantias constitucionais), a proporcionalidade, ainda no entendimento de Helenilson Cunha Pontes (2000, p. 57), apresenta uma “função positiva”, posto que consuma e ratifica a normatividade dos comandos constitucionais.

Saliente-se a mais, por importante, que, tanto na primeira quanto na segunda dimensões, o princípio da proporcionalidade exerce a dupla função de constituir o limite e o fim da atuação estatal. Assim, independente da dimensão por ele assumida, constituirá sempre um juízo de adequação, necessidade e conformidade entre o limite imposto em razão de um interesse público e o peso que este bem jurídico representa no caso concreto.

Tudo isto pelo fato de que, no sentido que ora se demonstra, a proporcionalidade deve ser aplicada somente a situações em que houver uma relação de causalidade entre dois elementos correlatos, ou seja, entre um meio utilizado e um fim pretendido. Tal concepção é compartilhada por Ingo Sarlet, que acrescenta ainda acerca da relevância da proporcionalidade nos diversos âmbitos do mundo jurídico:

O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos - tanto comissivos quanto omissivos - dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados. (SARLET, 2010, p. 405)

Neste passo, necessário se faz a análise dos aspectos que compõem a essência deste princípio. Tais aspectos – também reconhecidos como subprincípios – decorrem da doutrina alemã e formam o substrato normativo do princípio da proporcionalidade. São eles: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O comando da “adequação” almeja que a ação administrativa ou legislativa emanada do poder público seja apta para o alcance dos fins que a inspiraram. Ou seja: o meio utilizado pelo Estado na obtenção da finalidade por ele pretendida deve ser apropriado para tal tarefa.

A “necessidade” impõe ao Estado a adoção da medida menos gravosa possível para a obtenção de determinado objetivo. Deste modo, se há diversas formas viáveis para se alcançar o resultado pretendido, o legislador ou administrador deve optar por aquela mais suave, ou seja, aquela que efetivamente cause menos prejuízo.

O aspecto da “proporcionalidade em sentido estrito”, também denominado de “mandado de ponderação”, intenta que o benefício proporcionado pela norma seja superior ao ônus por ela imposta, sob pena de inconstitucionalidade. Trata-se, assim, sob uma análise sumária, de uma relação de custo-benefício da norma examinada, como lúcida e didaticamente expõe Daniel Sarmento:

Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade. (SARMENTO, 2003, p. 89)

A justa medida da aplicação da ponderação e da proporcionalidade nos diversos campos do direito é, portanto, o desafio que se estampa. Ambas revelam importante papel na atividade interpretativa, desde que devidamente manejadas e fundamentadas. É precisamente em relação a estas novas técnicas, especialmente no que atine à legítima, porém arriscada, atividade criacionista do intérprete, quando injustificada, que reside um dos maiores perigos do neoconstitucionalismo.

#### **4 RISCOS À NOVA DOGMÁTICA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O SUBJETIVISMO IDEOLÓGICO E ANTI-ISONÔMICO**

Não há dúvidas de que a utilização injustificada e desmesurada da ponderação e proporcionalidade gera riscos à própria democracia na medida em que o poder criacionista (decorrente da principiologização) passa a ser utilizado para a prevalência de ideologias pessoais do intérprete e do aplicador do direito, em detrimento do verdadeiro escopo da

norma. É o que se tem verificado hodiernamente a mancheias nos vários âmbitos do direito, como bem leciona Paulo Ricardo Schier:

O que parece é que o discurso (sedutor) da dogmática principialista, tomado sem cautelas, tem se prestado a relativizar todo e qualquer bem ou valor constitucionalmente protegido através dos princípios. Sob esta perspectiva, a idéia de dogmática principialista, que, como se afirmou, de partida emergiu como mecanismo de afirmação da normatividade constitucional, tem-se valido para, na prática, realizar o seu contrário. Ou seja, a exacerbação do processo de principiologização não pode atingir o ponto de tornar tudo ‘subjetivo’ (no sentido de arbitrário). Até porque, quando se fala em possibilidade de se avaliar os princípios na perspectiva de peso e qualidade, tal não quer dizer que o intérprete será absolutamente livre no momento da ponderação. É de se tomar os cuidados aos quais a metodologia do Direito se reporta para buscar evitar que o irracionalismo tome conta das decisões judiciais. (SOUZA NETO, 2007, p. 260)

Ainda segundo o referido doutrinador, “afirmar que o processo de ponderação é subjetivo é uma verdade. Mas nem por isso deve ser, repise-se, arbitrário.”. Neste mesmo sentido, extrai-se de Luis Roberto Barroso a preciosa lição:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. (SOUZA NETO, 2007, p. 248)

A busca por uma interpretação jurídica que represente a verdadeira essência da norma – a denominada argumentação racional, contraposta pela argumentação prática – é também o sentido que permeia a “Teoria da Argumentação Jurídica” de Robert Alexy (2011, p. 19), um dos mais festejados pensadores jurídicos da atualidade, ao expor as dificuldades de se buscar um sistema de regras de fundamentação.

Para o jurista alemão, a dificuldade se revela, de início, com os denominados “cânones de interpretação”, mecanismos jurídicos utilizados para a consecução por ele almejada, registrando que a verdadeira problemática reside na dificuldade de adotar critérios de ordenação hierárquica entre eles (os cânones), tarefa de difícil execução.

De igual modo, partindo da ideia de que se um sistema é o conjunto de princípios gerais de um ordenamento jurídico, surge o desafio de como se aplicar tais princípios para fundamentar as decisões jurídicas. Adentra-se, nesse contexto, na perspectiva de valoração:

A pergunta é onde e em que medida são necessárias valorações, como deve ser determinada a relação dessas com os métodos da interpretação jurídica e com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica, e como podem ser racionalmente fundamentadas ou justificadas essas valorações. (ALEXY, 2011, p. 24).

Remonta a Thomas Hobbes (1588-1679) o alerta do grande risco que a discricionariedade desmedida pode gerar para a sociedade. Afirma o autor de “Leviatã” que

“nos casos nos quais o soberano não prescreveu nenhuma regra, o sujeito tem a liberdade de agir ou de se abster de acordo com a sua própria discricionariedade”. Atualmente, no entanto, o risco da discricionariedade ilimitada não se restringe à ausência de normas. O risco atual é o de que, ainda que haja a norma, a sua aplicação seja realizada sem a devida justificação interpretativa, acarretando graves distorções às partes interessadas.

O ímpeto de se sobrepor convicções pessoais em uma dogmática pautada pela principiologia é imenso. Por esta razão, faz-se imperiosa a adoção de critérios exatos na aplicação das normas, a fim de evitar decisões díspares e, por consequência, afrontosas ao próprio espírito de justiça. Com efeito, atribuir um valor a determinada conduta é tarefa que exige profunda coerência. Como bem doutrina Robert Alexy, valores e princípios estão umbilicalmente ligados:

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 princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. (ALEXY, 2011, p. 144).

Corroborando-se a máxima de Recaséns-Siches (1903-1977) em “A lógica do razoável”, segundo a qual o direito não busca a verdade, ele busca o equilíbrio, conclui-se que mais intensa ainda deve ser a busca pela isonomia na aplicação da norma, afastando-se os preconceitos e as ideologias maléficas. Acerca das ideologias, bem explicita Ricardo de Brito A. P. de Freitas:

Embora a ideologia seja considerada incompatível com o conhecimento científico, admite-se, por assim dizer, uma distinção entre o discurso com um viés ideológico aceitável e um outro pernicioso. Ele é aceitável quando passível de ser facilmente identificado como tal, permitindo a redução de seu potencial de falseamento. Em sentido contrário, é inaceitável quando de uma dada proposição se extrai toda a sua carga histórica e subjetiva na tentativa de lhe dar uma conotação absoluta e objetiva. Nesse caso, a ideologia é perniciosa ao discurso científico porque se presta à manipulação. (FREITAS, 2007, p. 377)

O risco que se verifica no neoconstitucionalismo, desta forma, é a enorme disparidade de rigor na interpretação e aplicação das normas, muito por conta da subjetiva utilização de princípios constitucionais sem a correspondente justificação fundamentada.

Nos diversos ramos do direito, verifica-se frequentemente a absoluta ausência de isonomia na nova dogmática interpretativa, ocasionando verdadeira afronta à própria concepção de justiça.

Tome-se como exemplo, inicialmente, as recorrentes decisões judiciais que versam sobre direitos sociais, especialmente o direito à saúde. É sabido que proliferam, atualmente, as

ações judiciais com vistas à concessão de medicamentos e procedimentos cirúrgicos a cidadãos que deles necessitam. O direito individual a um medicamento ou a um procedimento cirúrgico específico acarreta, evidentemente, o direito a que todos os cidadãos que se encontrem na mesma situação também os recebam por parte do Estado.

O desafio que se revela, nestes casos, não se limita apenas à questão da denominada “reserva do possível”, mas, sobretudo, à colisão do direito individual de um cidadão que buscou judicialmente o seu medicamento (ou procedimento cirúrgico) com o direito de outros cidadãos que não o fizeram, embora igualmente necessitados.

Do mesmo modo é o que se verifica em decisões judiciais que concedem benefícios assistenciais como, por exemplo, auxílios mensais previstos em lei para custear moradia de cidadãos hipossuficientes. Frequentemente, decisões judiciais em ações de reintegração de posse condenam entes públicos a concederem o benefício a cidadãos que irregularmente ocupam imóveis privados, privilegiando-se estes ocupantes (que, mais das vezes, não preenchem os requisitos legais para serem beneficiários), estimulando a prática de ocupação ilegal e prejudicando aqueles outros cidadãos que fazem jus ao benefício e que aguardam a observância da ordem cadastral para serem contemplados.

Assim, resta patente que a judicialização das políticas públicas sociais, especialmente na área da saúde e assistência social, requer permanente alerta a fim de estabelecer a atuação adequada por parte dos aplicadores da lei, tudo com vistas a evitar decisões absolutamente conflitantes e desprovidas de isonomia. O que se deve impedir é que, sob a justificativa da sagrada proteção ao direito à vida ou à dignidade, os aplicadores da norma passem a comandar a destinação dos recursos públicos em políticas sociais, cada qual à sua ideologia e, mais das vezes, de modo absolutamente infundado.

Com efeito, é o que se extrai de brilhante artigo publicado no Jornal Folha de S. Paulo, em 19 de junho de 2014, sob o título “As duas portas do SUS”:

Não se coloca em questão, evidentemente, o valor da vida e da saúde do bebê ou de qualquer outro cidadão brasileiro que entre na Justiça para pleitear tratamento médico. Mas esse mesmo valor, e os direitos correspondentes, aplicam-se à vida e à saúde de toda a população. Negar um tratamento não significa necessariamente ignorar o valor da vida e da saúde do demandante, mas dar-lhe o mesmo valor que à vida e à saúde de todos que também dependem do sistema. A judicialização da saúde no modelo brasileiro está criando um SUS de duas portas: uma para aqueles que vão ao Judiciário, para quem “a vida não tem preço” e conseguem assim acesso irrestrito aos recursos estatais para satisfazer suas necessidades em saúde; outra para o resto da população, que, inevitavelmente, tem acesso limitado, e mais limitado ainda pelo redirecionamento de recursos que beneficia aqueles que entraram pela outra porta. O argumento daqueles que defendem incondicionalmente a judicialização como simples proteção da vida deve portanto ser adaptado para exprimir seu verdadeiro sentido: “A vida não tem preço, mas a vida de alguns tem menos preço que a vida de outros”.

Também no direito penal e processual penal constata-se com perfeita nitidez o risco a que a má utilização das novéis técnicas de interpretação submete a segurança jurídica, além de agravar as históricas desigualdades existentes no âmbito da esfera criminal.

Invoca-se aqui, como exemplo, os denominados crimes de colarinho branco, modalidade na qual se vislumbra, não raro, uma maior suavidade na condução dos processos, aquilatando as garantias processuais aos denunciados/réus e valorizando instrumentos judiciais em seus favores que, corriqueiramente, não são aplicados com igual recorrência aos autores de crimes comuns, a exemplo do habeas corpus.

Tais delitos, como se sabe, produzem imensurável prejuízo social, uma vez que atingem o patrimônio público, da coletividade. No exame de tais delitos, portanto, necessário se faz o amoldamento do direito penal e do direito processual penal a uma realidade que proporcione a verdadeira isonomia na aplicação das normas, evitando-se injustificadas disparidades punitivas aos receptores da tutela estatal e jurisdicional, como, infelizmente, ocorre hodiernamente.

Remonta ao francês Michel Foucault a concepção de desigualdade no direito penal, como consequência da sociedade capitalista. Desigualdade, no seu entendimento, consubstanciada na distinção da intensidade de punições entre os delitos:

Para as ilegalidades de bens - para o roubo - os tribunais ordinários e castigos; para as ilegalidades de direitos - fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares - jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas etc. (FOUCAULT, 1987, p. 80)

De fato, não há – como nunca houve – igualdade no tratamento do direito penal em relação aos cidadãos. Desde Edwin Sutherland menciona-se a seletividade do sistema penal: o mesmo direito penal que é rigorosamente repressor em relação a determinados grupos sociais é extremamente benevolente com outros.

Tais constatações de desigualdade decorreram – e decorrem, sobretudo atualmente – do curvilíneo comportamento que o os intérpretes do direito penal e processual penal dedicam às modalidades de crimes cujos personagens diametralmente se opõem no que se refere às condições sócio-econômicas. Daniel Sarmento menciona tal fenômeno com a peculiar lucidez:

Esta singularidade das nossas relações sociais não atua de forma neutra em relação a todos os cidadãos. Ela implica na adoção de posturas estatais em geral muito benevolentes em relação aos donos do poder e seus apaniguados, e de posições muito mais duras dirigidas aos grupos excluídos e marginalizados. Uns poucos acabam pairando acima das leis, que não os alcançam para limitar a sua conduta ou sancionar os seus desvios, enquanto outros permanecem abaixo dela, sendo atingidos apenas pelo braço punitivo do Estado, pois a violação rotineira dos seus direitos é naturalizada, tornando-se invisível (SARMENTO, 2009).



Ainda que a justificativa para tal disparidade encontre como uma de suas razões o fato de o bem jurídico envolvido nos crimes de colarinho branco ser de interesse difuso, (não havendo vítima específica e não ensejando, por consequência, um clamor individual pela sua solução), o fato é que tal benevolência, além de gerar enorme prejuízo social, denota, em termos jurídicos, inequívoca afronta ao princípio da isonomia.

O sopesamento utilizado para justificar a discrepância de ações estatais, embora método legítimo e inteiramente racional, não pode jamais se confundir com subjetivismo, como bem alerta Robert Alexy:

Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes. Essas objeções são precedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são precedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional. (ALEXY, 2011, p. 164).

Resta evidente, assim, que o atual sistema criminal brasileiro requer uma readequação no tratamento conferido às diferentes modalidades de crimes cometidos. Não soa razoável que a aplicação das leis penais e processuais penais seja, de um lado, realizada de forma implacável e rigorosa e, de outro, abrandada, por exemplo, pela ponderação ou pela proporcionalidade.

Seja no âmbito dos direitos sociais, seja na seara do direito criminal, portanto, o fato é que a tendência a prestigiar determinados valores em detrimento de outros é prática das mais perigosas, posto que tal valoração pode estar impregnada de induções pessoais, permeadas por elementos, mais das vezes, demasiadamente subjetivos e injustificados.

## **6 CONCLUSÃO**

Na essência do neoconstitucionalismo, a interpretação da norma, porque fincada em um sistema jurídico, deve, invariavelmente, ser realizada considerando como parâmetro maior as Constituições – agora impregnadas de valores consubstanciados em princípios jurídicos. Estes constituem verdadeiros mandamentos de conduta, alicerces primordiais a qualquer atividade jurídica.

Se é inegável que os critérios tradicionais de solução de conflitos entre princípios constitucionais se revela insuficiente ante à nova dogmática preponderante, é imperioso que se encontre o ponto de equilíbrio da atividade interpretativa, sob pena de se subverter a

finalidade colimada. Para tanto, necessário, sobretudo, que o intérprete desenvolva espécies de “filtros” durante o processo de interpretação.

A permanente recondução das decisões ao sistema jurídico, ou seja, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento, é um destes mecanismos de proteção do intérprete. De igual modo, a utilização de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis: com efeito, incumbe ao intérprete cultivar a máxima de que decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas. E, por fim, tanto quanto possível, deve o intérprete preservar o núcleo essencial dos direitos, concordando os valores em disputa.

O que se verifica, portanto, é que ao intérprete e, sobretudo, ao aplicador do direito competem a tarefa de encontrar o limite de sua subjetividade. Com efeito, é o que lucidamente alerta Daniel Sarmento:

Ademais, naquelas hipóteses em que a aplicação de princípios for realmente apropriada, ela deve dar-se de forma mais racional e fundamentada. Deve-se adotar a premissa de que quanto mais vaga for a norma a ser aplicada, e mais intenso o componente volitivo envolvido no processo decisório, maior deve ser o ônus argumentativo do intérprete, no sentido de mostrar que a solução por ele adotada é a que melhor realiza os valores do ordenamento naquele caso concreto. A tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um dos seus fundamentos – a noção básica de que as decisões sobre o que os cidadãos e o Estado podem e não podem fazer devem ser tomadas preferencialmente por quem represente o povo e seja por ele escolhido. (SARMENTO, 2009)

Como tentativas de solução para a problemática posta, Robert Alexy questiona a necessidade de o julgador se ajustar aos “valores da coletividade ou de círculos determinados” e a necessidade de o mesmo se valer do “sentido do ordenamento jurídico considerado em sua totalidade”, demonstrando, no entanto, serem ambas as possibilidades insuficientes.

É preciso, pois, conter o ímpeto judicial na utilização da ponderação, pois tal prática, como demonstrado, constitui grave ameaça à própria democracia. E não é só, como bem leciona Robert Alexy:

E o sopesamento de direitos fundamentais não ameaçaria apenas a sua força em geral. Ele implicaria também o risco de que os direitos fundamentais fossem vítimas de ‘juízos irracionais’, pois não haveria nenhum parâmetro racional para esse sopesamento: ‘como faltam parâmetros racionais para tanto, o sopesamento é realizado ou de forma arbitrária ou irrefletida, baseado em standards e hierarquias sedimentados. (ALEXY, 2011, p. 576).

Arremata o doutrinador alemão, com a sapiência de sempre, que “em primeiro lugar, os direitos fundamentais são flexibilizados, ao serem transformados em mandamentos de otimização; depois, ficam ameaçados de desaparecer no turbilhão do sopesamento irracional.”

A solução está, para Alexy, no sopesamento fundamentado, justificando-se exaustivamente a sua utilização:

No entanto, a um tal modelo *decisionista* de sopesamento pode ser contraposto um modelo *fundamentado*. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. (ALEXY, 2011, p. 576)

Com efeito, também na precisa lição de Humberto Ávila, o caminho seguro para a preservação da isonomia na nova interpretação constitucional é a adoção de critérios, mecanismos essenciais para a contenção de vaguidades interpretativas decorrentes da utilização desmesurada do princípio da proporcionalidade:

É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais. (ÁVILA, 2004, p. 94)

Neste mesmo sentido, Lênio Streck e sua relevante análise acerca dos limites do subjetivismo na nova interpretação constitucional:

Numa palavra final: podemos achar que o conhecimento do mundo, a interpretação que fazemos e as conclusões que tiramos, são produtos de nossas subjetividades, de nossos interesses, de nossas intuições e desejos. E que tudo é relativo. E que, afinal, vale a interpretação de quem tem o poder de fazê-la (ou de impô-la, como um arbitrário juridicamente prevalecente, para ficar nos limites do direito). Em face disso – e busco socorro em Contardo Calligaris – parece que estamos diante da seguinte encruzilhada: ou desistimos da verdade, considerando que o mundo é um vasto teatro em que as subjetividades se enfrentam e que o que importa é apenas a versão de quem ganha a luta (retórica ou armada); ou, então, talvez seja possível amparar a verdade, preservá-la de nossas próprias motivações. (STRECK, 2011, p. 452)

De tais compreensões, constata-se a urgente necessidade, portanto, de se encontrar um ponto de equilíbrio para a atividade interpretativa constitucional, em que a aplicação do direito não seja realizada com fundamento apenas nas regras, tornando-o excessivamente rígido, tampouco se fundamentando apenas nos princípios (como parece preponderar atualmente), tornando-o excessivamente aberto.

A justa medida da nova interpretação constitucional, portanto, perpassa a adoção de critérios, a exigência do sopesamento fundamentado, a preservação de núcleos essenciais de direitos e a salvaguarda da isonomia.

Sendo certo que o neoconstitucionalismo oportunizou uma maior liberdade de atuação do intérprete e do aplicador do direito em uma conjuntura normativa eminentemente

principiológica, também é certo que tal fato requer uma permanente vigilância no tocante aos limites na atuação interpretativa, sob pena de se comprometer o próprio regime democrático ao desviar-se da verdadeira pretensão normativa.

Exigir uma maior responsabilidade interpretativa por parte dos aplicadores da norma é tarefa que se impõe como solução ao necessário ponto de equilíbrio da nova dogmática de interpretação constitucional. Em tempos de neoconstitucionalismo, a advertência reveste-se de imensa importância: o preço da liberdade interpretativa é a permanente vigilância de seus limites, tarefa de todos os personagens do imenso cenário jurídico.

#### REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Revista de Direito Administrativo n. 217, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Forense, 2011.

ARISTÓTELES. **Obra Jurídica**. São Paulo: Ícone Editora, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta; WANG, Daniel WeiLiang. **As duas portas do SUS**. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/171851-as-duas-portas-do-sus.shtml>>. Acesso em 6 de jun. 2016.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As condições da pesquisa científica em direito penal**. Verba Juris, ano 6, n.6 jan/dez 2007

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

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

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade**. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. Belo Horizonte: Atlas, 2011.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2011.