XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejamquaisforemosmeiosempregadossemprévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C755

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

Coordenadores: Riva Sobrado de Freitas; Camila Barreto Pinto Silva; Cláudia Mansani Queda de Toledo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-582-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Constituição e Democracia I", durante o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, sobre o Tema Direito, Cidade Sustentável e diversidade Cultural, realizado nos dias 13, 14 e 15 junho de 2018, promovido em parceria com o curso de Direito da Universidade Federal da Bahia. Neste conjunto de comunicações científicas consolidam-se os resultados das relevantes pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação de mestrado e doutorado em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos advindos de pesquisas nacionais e internacionais, que levaram ao encontro científico várias controvérsias acadêmicas e desafios relativos ao direito constitucional, nos objetos de pesquisa de Teoria da Constituição e Democracia, que trazem dos mais diversos temas e que foram enriquecidos pelas exposições e debates subsequentes entre todos os pesquisadores.

O número de artigos submetidos e aprovados foi de 22 ao todo, com a presença de todos os pesquisadores e com abordagens muito inovadoras e pertinentes ao enfrentamento dos temas em relações dialéticas com a realidade diante dos desafios que se apresentam às principais teorias que circundam as propostas do Grupo de Trabalho.

Todos foram permeados de intensos debates, desde as questões relativas ao ensino do direito constitucional e ao alcance da autonomia educacional a partir dos ditames do Estado Democrático de Direito, para também abordar em diversas exposições o núcleo central das críticas à jurisdição constitucional, qual seja, os reflexos acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal, questionando também a sua função social.

A partir deste bloco inicial de discussões, igualmente inseriu-se no contexto das comunicações acadêmicas de pesquisas, as conclusões sobre direitos humanos, perpassando estudos sobre a comissão da verdade, sobre a ideia de deveres fundamentais e as funções dos partidos politicos como pilares da democracia brasileira.

Dada a pluralidade dos assuntos constitucionais em análise tratou-se ainda da doutrina sobre as formulações conceituais sobre a justiça, sobre os limites e possibilidades do

individualismo em marco teórico de John Elster e, para finalizar, com uma produção sobre colidência de direitos fundamentais e a possibilidade de solução dos conflitos pelo método da cedência recíproca.

No contexto das exposições, houve cinco comunicações previamente recomendadas para a plataforma index laws journals.

A leitura indicará a preocupação científica com os déficits democráticos na efetividade dos institutos fundamentais constitucionais que integram o objeto do grupo de trabalho, a demonstrar a contribuição acadêmica que o encontro promovido pelo CONPEDI proporcionou.

Registre-se por parte desta coordenação os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo – ITE

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas – UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

NORMAS, PRINCÍPIOS E CIDADANIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

STANDARDS, PRINCIPLES AND CITIZENSHIP IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL OF 1988

Gilmar Palomino dos Santos
Mario Augusto de Souza

Resumo

Este trabalho aborda os princípios e normas sob o enfoque da relevância da normatividade constitucional e também a cidadania participativa sob a compreensão do Direito, fruto do novo positivismo jurídico. Para tanto, verifica a distinção entre normas e princípios sob a ótica do ordenamento jurídico do positivismo jurídico e aborda a distinção entre regras e princípios sob a perspectiva do pensamento pós positivista. Nessa linha, expõe-se sobre a Constituição como sistema aberto de normas. Por fim, destaca a cidadania como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Constituição federal, Normas, Princípios, Cidadania participativa, Pós positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

This paper approaches the principles and norms under the focus of the relevance of constitutional normativity and also participatory citizenship under the understanding of Law, fruit of the new legal positivism. To this end, it verifies the distinction between norms and principles from the point of view of the legal order of legal positivism and addresses the distinction between rules and principles from the perspective of post-positivist thinking. In this line, it is exposed on the Constitution like open system of norms. Finally, it highlights citizenship as a fundamental principle of the Democratic State of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federal constitution, Standards, Principles, Participatory citizenship, Post positivism

INTRODUÇÃO

A premissa maior do presente trabalho consiste em verificar, sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988, se princípios e normas se situam no mesmo plano jurídico. Referente à cidadania, qual a sua "roupagem" sob a ótica da Carta Magna? O cidadão no exercício dos direitos políticos ativa ou passivamente, se limita a votar ou ser votado?

É cediço que a Constituição Federal de 1988, embora fruto da vontade popular, por isso, democrática, fundada no Estado de Direito, traz em seu bojo valores de ideais do Estado Liberal como igualdade e liberdade, ditos pela doutrina de primeira dimensão ou geração. Daí decorre que a inspiração para idealizar a Carta Magna também reside em momentos históricos e políticos pretéritos.

Nessa linha de pensamento, por entender que a construção e compreensão do Direito consistem em um processo contínuo de repensá-lo, movido por uma sociedade cada vez mais dinâmica, imprescindível "revivenciar" traços do direito natural e positivo.

Nesse sentido, mister, num primeiro momento, abordar o pensamento jusnaturalista para, em seguida, verificar sob a ótica do positivismo jurídico qual a relevância dos princípios e das normas/regras.

No passo seguinte, enfatizam-se as teorias abordadas por Ronald Dworkin e Robert Alexy referentes aos princípios e regras jurídicas. Nessa esteira, com o neoconstitucionalismo, remodelando as Constituições liberais, inevitável verificar qual a relevância dos princípios nessa nova forma de compreender o Direito.

À luz dessa nova "onda" de constitucionalismo, debruçando-se na doutrina, verifica-se a nova "roupagem" dos princípios acerca de seu caráter normativo.

Por fim, enfatiza-se o direito a cidadania, as normas/regras bem como os princípios. sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988.

1 Considerações preliminares: do naturalismo ao positivismo jurídico

Em linhas gerais, antes de expor sobre o tratamento dado aos princípios pelo pensamento positivista, relevante esboçar princípios do jusnaturalismo do direito natural moderno que se funda na natureza e na razão humana, "fruto" dos ideais iluministas.

Esse pensamento jusnaturalista, com seu traço na filosofia do direito, apoiado no direito natural, pressupõe valores, ideais de justiça. Considera o direito produto das ideias, anterior aos códigos, às leis que, segundo Barroso (2011, p.260), cultivado a mais de dois milênios e, ainda, foi superado pelo direito positivo, posto pelo homem por considerar o direito natural anticientífico e metafísico.

Para os seguidores do jusnaturalismo, acima das leis humanas está o Direito Natural. Esses "Condicionam a legitimidade da ordem jurídica elaborada pelo Estado a uma ordem superior e transcendental" (LEITE e LEITE, 2008, p.21).

Nesse sentido, o positivismo jurídico, pautado no conhecimento científico, se identifica como ciência fundada em juízos de fato, não de valores. Outra marca do positivismo jurídico é a objetividade, a neutralidade dos juízes, mero aplicador da lei (BOBBIO, 1995, p. 135).

Nessa contextualização, a doutrina positivista não reconhece os princípios como norma jurídica, o que expõe com maestria o eminente professor Paulo Bonavides (2011, p. 263) ao enfatizar: "(...) o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica".

A irrelevância dada pelos positivistas aos princípios não os reconhecem como normas jurídicas, mas apenas elementos informativos, subsidiários que, nas palavras de Bonavides (2011, p. 263), fundamentavam o direito positivo.

Expoente do positivismo jurídico, Kelsen (2002, p. 22), em sua obra "Ciência Pura do Direito", preconiza o formalismo do direito positivo com ênfase nas normas-regras ao expor: "o sistema de regras que se tem aceito deve ser efetivo, quer dizer, seguido ou cumprido de modo geral."

Assim o sistema era composto por normas-regras que ocupavam o centro do ordenamento jurídico prescrevendo condutas ordenadoras e coercitivas, no dizer de Kelsen (2002, p.30). Por outro lado, ocupavam os princípios, na concepção civilista do positivismo clássico, papel secundário. Ainda sim, como se extrai do magistério de Bonavides (2011, p. 256), gozavam de vida própria e valor substantivo pelo mero fato de serem princípios.

Nessa linha de pensamento, os princípios apenas integravam o ordenamento jurídico para preencher lacunas do sistema. Norberto Bobbio (1995, p. 210), observa que o positivismo jurídico admite casos não resolvidos pela norma-regra, mas não se trata de lacunas dado a completude do ordenamento pode se dar mediante recurso á analogia e aos princípios gerais de direito, integrando tal ordenamento.

Acerca da interpretação das normas jurídicas pelo órgão judicante assinala Norberto Bobbio (1995, p. 28) que o juiz de direito que com a formação do Estado moderno se subordina ao Legislativo produtor das normas jurídicas, salientando:

> Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do poder judiciário órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na

> determinação da norma a aplicar; podia deduzi-las das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural.

Nesse diapasão a atividade de interpretação do juiz ficava adstrita à letra da lei, ao seu formalismo, à vontade do legislador. Os meios clássicos de interpretação prevaleciam como gramatical, teleológico, sistemático e histórico consagrados no positivismo jurídico. O positivismo jurídico fazia do direito um dogma cujo sistema integrado por normas-regras era suficiente para justificar sua existência, buscando a segurança e certeza jurídica.

Luis Roberto Barroso (2011, p. 264), em sua obra, se referindo ao fracasso político do positivismo no pós 2a guerra mundial, com a compreensão do direito tomando, salienta: "Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido".

Nesse sentido os princípios com a proliferação de constituições escritas, em Estados democráticos, os princípios gerais de direito ganham relevo, assumindo novo *status* constitucional.

2 Pós positivismo: normatividade dos princípios

Nesse contexto o direito é repensado. Nova compreensão do direito, dos princípios. É o neoconstitucionalismo. É o pós-positivismo.

Os princípios positivados nos textos constitucionais ganham normatividade, o que equivale a dizer que servem de pilar para as demais normas positivadas no ordenamento jurídico.

2.1 Teoria de princípios e regras de Dworkin e Alexy

Antes de explicitar ensinamentos de Ronald Dworkin, norte-americano, e Robert Alexy, de nacionalidade alemã, acerca de normas-regras e princípios, importante ressaltar que face os objetivos de que se pretende alcançar com o trabalho não coaduna em aprofundar no conteúdo dessa teoria apresentada, sem, evidentemente deixar de abordar com clareza pontos relevantes da teoria desses dois contemporâneos. Também não é o caso de apontar divergências entre o pensamento de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, mas demarcar pontos relevantes da normatização dos princípios.

Ronald Dworkin escreveu, em 1967, a obra "Levando o direito a sério": “quero lançar um ataque geral contra o positivismo”, se ao se referir a dogmática positivista , seu ambiente fechado de regras (FERNANDES; BICALHO, 2011).

Propugna Ronald Dworkin, na filosofia do direito, que os princípios e as regras são espécies do gênero normas jurídicas. Defendia que a discricionariedade do magistrado, diante de lacuna no sistema, nos casos difíceis em que as regras não se enquadravam no caso concreto, era notória. Isso provocava decisões distintas, o que gerava insegurança jurídica. Não só as regras são direito, mas também os princípios, consistem no dever ser, compondo o

Para Humberto Ávila (2010, p. 36), conforme Ronald Dworkin, as regras são aplicadas ao modo do tudo ou nada, aplicadas no plano da validade. Preenchida a hipótese de incidência a regra é válida, sendo assim a consequência jurídica aceita, ou ela é inválida. Para o mesmo doutrinador os princípios possuem uma dimensão de peso, contendo fundamentos que devem ser julgados com outros princípios.

Na obra "Teoria dos Direitos Fundamentais", traduzida para o português, Robert Alexy (2011, p. 87), enfatiza: "Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas".

Para Robert Alexy (2011, p.90) princípios diferem das regras. Princípios são normas cogentes, assim definido:

> Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas das possibilidades jurídicas.

Esses mandados são caracterizados por poderem ser satisfeitos em grau diverso, pelo fato de não depender apenas da satisfação fática, mas também das possibilidades jurídicas. Tal possibilidade é determinada pelos princípios e regras colidentes. Por outro lado, também para Robert Alexy (2011, p.91) as regras são satisfeitas ou não satisfeitas. São mandados definitivos que contêm determinações considerando a situação fática e o que é juridicamente possível. Dai a distinção entre princípios e regras é qualitativa e não de grau.

Ainda se enriquecendo com os ensinamentos de Robert Alexy (2011, p.91), a diferença entre regras e princípios se acentua com maior clareza quando da colisão entre princípios e conflitos entre regras. Prossegue Robert Alexy (2011, p.92) ao ensinar que em conflito de regras a solução está em expurgar uma do ordenamento jurídico inválida, ou em uma cláusula de exceção. Referente a colisão de princípios o tratamento não é o mesmo das regras. Segundo Robert Alexy (2011, p.93), na colisão de dois princípios um cede, sem que o

outro seja declarado inválido ou se introduza uma cláusula de exceção. Em face de determinadas condições determinadas pelo caso concreto o princípio de maior peso prevalece sobre o de menor peso. Assim para os princípios na colisão se leva em conta a dimensão de validade, bem como a técnica de sopesamento, diferente nos conflitos das regras que se verifica no plano da validade da norma.

De todo o exposto sobre o tratamento dado por Ronald Dworkin e Robert Alexy aos princípios e as normas-regras, em que pese a superficialidade da abordagem, é notório que a reflexão sobre a normatividade dos princípios e sobre a distinção desses com as regras "inflamam" os pensadores do direito a reestudá-lo à luz da filosofia do pós-positivismo jurídico ou, usando outra terminologia, neoconstitucionalismo.

2.2 Contemporaneidade do Direito: os princípios

Com o término da Segunda Guerra Mundial, compreender o direito não é mais olhar para a lei e ver o direito, conforme preconizado pelo positivismo jurídico. Nessa filosofia "arcaica" do direito, mas ainda recorrente, o Estado Legislativo de direito monopolizava produção jurídica. Os princípios, meros princípios gerais de direito, não eram tratados como direito. Valores éticos e justiça eram irrelevantes.

O exercício da cidadania, dita liberal, se voltava para a organização e controle estatal. Em outra esfera, extrai-se dos ensinamentos de renomados constitucionalistas, como Dworkin e Alexy, dentre outros contemporâneos, que nesses novos ideais de justiça, com suporte na filosofia do pós-positivismo, o Estado Constitucional de Direito passa para o centro do Direito e, com isso, a legalidade se subordina a rigidez constitucional. Também as fontes do direito se ampliam com a jurisprudência mais ativa.

O Direito Constitucional deixou de ser informado por constituições meramente organizacionais para se constituir em diplomas de conteúdo axiológico-valorativo com conteúdos materiais e formais. Nos dizeres de Pedro Lenza (2013, p. 67), se "espiritualizaram" nesse sentido constituições como a alemã de 1949, a da Itália de 1947, a de Portugal de 1976, a da Espanha de 1978 e a do Brasil de 1988 , "todas com enfoque na perspectiva de redemocratização e Estado Democrático de Direito". A essência de tais constituições democráticas, no pós segunda guerra, passou a ser a dignidade dos valores humanos positivada em norma principialógica fundamental capaz de irradiar e iluminar normas sejam do próprio texto constitucional ou de textos infraconstitucionais e, com isso, servindo de "baliza" para a efetivação de direitos fundamentais a partir de uma hermenêutica com alicerce em fundamentos e argumentos à luz do neoconstitucionalismo.

Esse nova hermenêutica, balizada em normas principiológicas, aponta para a necessidade de um judiciário mais ativo no sentido de fazer com que direitos consagrados potencialmente nas constituições, sobretudo os fundamentais sociais, sejam garantidos ao povo. Com as constituições democráticas em ascensão, não mais como repositórios de normas-regras materiais no plano meramente organizacional dos poderes do Estado, em essência, com a hierarquia das normas no plano - "produto" kelsiano - como os princípios foram acolhidos nessa nova compreensão do direito? Continuam como fonte normativa subsidiária do direito? Sua natureza jurídica? Renascem os princípios?

Nessa esteira, antes de elucidar tais pontos de interrogação, seguem ensinamentos de constitucionalistas renomados que fortalecem a nova teoria constitucional para seu melhor entendimento e reflexões sobre a natureza dos "princípios" à luz do pensamento pós-positivista.

Com propriedade sinaliza Luis Roberto Barroso (2011, p. 271) que essa nova compreensão do direito busca empreender uma leitura moral do direito. Esse ilustre constitucionalista (Barroso, 2011) ainda adverte que não se trata de refutar as concepções positivistas que separam o direito da moral e da política e, também, de se apegar à essência do jusnaturalismo com fundamentos vagos, abstratos e metafísicos. Nessa linha, ainda explicita: "o pós-positivismo inicia a sua trajetória guardando deferência com o positivismo jurídico, mas nele reintroduz as ideias de justiça e de legitimidade". (BARROSO, 2011).

Acentua com propriedade Paulo Bonavides (2011, p.264) valores trazidos no bojo da Constituição e, ainda, realçando o caráter normativo dos princípios, quando expressa: "As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais".

Ricos são os ensinamentos de Luis Roberto Barroso (2011, p.271) que, ao explicitar como marco filosófico do neoconstitucionalismo o pós-positivismo, enfatiza que essa nova filosofia do direito busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto e, ainda, no conjunto de ricas ideais e heterogêneas o reconhecimento de normatividade dos princípios e de sua distinção qualitativa em relação às regras.

No mesmo sentido, com muita propriedade, Jorge Miranda (2011, p. 291) denota a relevância normativa dos princípios e sua relevância no Direito, ao expressar:

> O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbas articuladas entre si. O Direito (....) projeta-se em sistema, é unidade de sentido, é valor incorporado em norma. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.

Extrai-se de tais lições que a subsidiariedade dos princípios, traço marcante na era de preponderância do positivismo jurídico, foi rechaçada pelo pensamento contemporâneo. Renascem os princípios adormecidos durante o "império" do positivismo jurídico da era moderna. Passam a integrar o ordenamento jurídico, ou seja, ser considerados direitos. São espécies de normas jurídicas ao lado das regras. Vistos também numa concepção axiológica os princípios constitucionais dão ao sistema coerência e consistência no sentido de dar unidade ao ordenamento jurídico.

3 Constituição como sistema aberto de normas

Conforme explanado, as constituições contemporâneas democráticas abriram as "portas" para os princípios que juntamente com as regras compõem um sistema de normas. Equívoco seria falar em sistema axiomático-dedutivo nessa nova filosofia do direito no mundo contemporâneo que traz a dignidade da pessoa humana para o centro das constituições, e ainda que refuta a concepção formalista do positivismo idealizador da norma como um fim em si mesmo. Recorrendo as lições de Dworkin, enfatiza Carvalho (2009, p.69): "o Direito não é concebido como um sistema fechado de regras, como postula o positivismo, já que regras e princípios embora diferentes, são normas que vinculam".

Nessa linha, pensar na Constituição como um sistema hermético, impermeável seria negar a normatividade dos princípios e, de forma mais ampla, negar o próprio Direito. Na "carona" de Paulo Bonavides (2011, p. 135), enfatiza-se que os princípios e valores sedimentam a Constituição ao redor de um sistema constitucional axiológico-teleológico.

Joaquim Canotilho (1999, p. 121) evidencia que um sistema aberto de regras e princípios tem o condão de projetar o conteúdo (valores) da Constituição para a efetivamente atender os anseios da sociedade sem gerar falsas expectativas.

De todo o exposto acerca das normas jurídicas se evidenciou, após a 2a guerra mundial, que o direito constitucional ocupou espaço no centro do ordenamento jurídico com as Constituições trazendo em seu bojo a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, um fim a ser perseguido. A carga axiológica e normativa atribuída em potencial aos princípios, sem dúvida, são inexoráveis para que o "discurso da efetividade" se torne algo factível, real, verdadeiro.

4 Constituição Federal do Brasil de 1988

Esboçado acerca das normas à luz do positivismo jurídico, da teoria contemporânea das regras e princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy, da relevância jurídica dos princípios no pós-segunda guerra mundial e da Constituição como sistema aberto de normas, tudo isso para melhor compreensão da "cidadania, normas e princípios à luz da Constituição Federal de 1988 mister algumas provocações.

Sob que "olhar" a Constituição Federal de 1988 deve ser observada considerando as regras e princípios nela positivadas? O seu conteúdo traz em seu bojo ideais jusnaturalistas? Embora inserida num contexto de pensamento pós-positivista, ainda guarda traços do formalismo do positivismo jurídico em que a norma, no silogismo, era tida como premissa maior e o fato premissa menor? Constitui um sistema aberto de normas? A Constituição Federal de 1988 é dotada de força normativa? E os princípios constitucionais são normas jurídicas?

Refletir sobre tais questionamentos, perpassando pelo texto constitucional da Constituição Federal de 1988, é o "caminho" para compreender qual a importância dos princípios e regras a partir do conteúdo que sedimentam.

A reflexão se inicia logo no enunciado do título do trabalho "Cidadania, normas e princípios à luz da Constituição Federal", o qual leva a entender, a partir de uma leitura despretensiosa, que normas e princípios à luz Constituição da República são espécies de algum gênero jurídico. Se assim fosse, os princípios não estariam no campo deontológico. Não refletiria um dever ser, enfim não obrigavam. Mais que isso negaria a própria Constituição no sentido material que traz o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Seria negar a dignidade humana que constitui o fim a ser perseguido no Direito contemporâneo.

Daí questionar negativamente a natureza normativa dos princípios constitucionais, como espécie de norma jurídica, resultaria em questionar a própria força normativa da Constituição já "balizada" pela suprema corte e seguida pelos tribunais, conforme se observa na decisão Remessa de Ofício no. 20150110072192/DF, do TJ-DF, referente a direito fundamental:

> (...) direito fundamental à vida e à saúde. Princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição. Eficácia imediata. Art.5o , §1o, CF/88. 1. as normas definidoras de direitos fundamentais, (...)em nome da máxima efetividade e da força normativa da Constituição (...).

Ainda, negar a natureza normativa dos princípios na Constituição seria colocar em "xeque" o próprio Estado Democrático de Direito que não foi fruto apenas de um momento histórico e político, mas, sem dúvida, de ideias jusnaturalistas que serviram de suporte para a

afirmação do positivismo jurídico e, posteriormente, da filosofia pós-positivista. Ignorar tal linha de raciocínio seria aceitar a filosofia da nova forma de compreender o direito totalmente inovadora, o que não procede. Basta "olhar" para o preâmbulo da Constituição que traz em seu bojo valores como justiça e igualdade.

Sobre o preâmbulo, embora decido sua irrelevância jurídica pelo Supremo Tribunal Federal pela ação de inconstitucionalidade (ADIN n.º 2076-AC), no dizer de Carvalho (2009, p.633), confere legitimidade à Constituição. Para Jorge Miranda (2011, p.301) a Constituição tira sua força do preâmbulo.

Ressalta-se que, diferentemente do preâmbulo, os Atos das Disposições transitórias são revestidos de normatividade.

O preâmbulo preconiza que o povo, detentor do poder, através de seus representantes tem o condão de instituir um Estado Democrático. Nesse sentido segue o seu teor:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus.

Nesse "espírito", o preâmbulo é promulgado sob a proteção de Deus, com a ressalva de que a suprema corte no mesmo julgado, que decidiu pela irrelevância jurídica do preâmbulo, também decidiu que este não constitui norma central da Constituição. Assim a expressão "proteção de Deus" não é de reprodução obrigatória nas constituições estaduais.

Observa-se um preâmbulo "rico" de conteúdo axiológico e principiológico o que coaduna com o espírito do direito contemporâneo defendido pelos neoconstitucionalistas. No entanto, não há que se falar que tais princípios criam direitos ou deveres, conforme já assentado pela suprema corte o preâmbulo não é norma jurídica. No entanto, como bem salienta Carvalho (2009, p.636) esses princípios representaram ideais de um momento histórico contribuindo de pano de fundo para os trabalhos dos constituintes e, ainda, buscando clarear a interpretação do texto constitucional.

Com a relevância política do preâmbulo, o constituinte estabeleceu, no título I da Constituição Federal de 1988, como princípios fundamentais regentes da República Federativa do Brasil: a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a cidadania e o pluralismo político. Enfatizou o princípio da separação dos poderes. Do art.3º da Constituição Federal de 1988 extrai-se metas e objetivos direcionados para o corpo político e governantes.. Por fim, princípios que regem a política

internacional, as relações internacionais, externa da República Federativa nas relações internacionais.

Nesse "espírito" a Carta Magna se alicerça em normas-princíológicas, sendo oportuno ressaltar a herança do constitucionalismo liberal percebida na democracia representativa esboçada no art.1o caput, bem como arranjos fortes de republicanismo, o que pode, por exemplo, ser extraído dos art. 5º, LXXIII e LXXVII, referentes, respectivamente, a ação popular e gratuidade de atos referentes à cidadania. (MILAK, 2014, p.192)

Essa cidadania, como um dos fundamentos da atual República, no Estado democrático ganha novos contornos ampliando o "espírito" liberal que a restringia ao cidadão o exercício dos direitos políticos ativa ou passivamente, em votar ou ser votado.

Nesse sentido, a Constituição Federal, como seu fundamento positivada no art.1º, inciso II, prevê a cidadania como um dos pilares do Estado. Esse fundamento também se faz presente em conteúdos concernentes aos direitos fundamentais, à educação, ao direito de ação, ao meio ambiente equilibrado, enfim se vincula a direitos de todo e qualquer cidadão.

A cidadania tem na educação seu substrato, seu ponto de apoio. A cidadania "alça voo" no momento em que as normas constitucionais - princípios e regras - atinentes à educação interagem com a "realidade social" tornando possível o desenvolvimento humano, em consonância com a redação dada pelo art. 205, caput da Carta Magna, "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

A cidadania é consequência da democracia. Corresponde a direitos e deveres, sendo dever de cidadania opor-se à ordem ilegal.

Assim o Supremo Tribunal Federal decidiu no Habeas Corpus n.º 73.454, *in verbis*: "Ninguém é obrigado a cumprir ordem ilegal, ou a ela submeter, ainda que emanada de autoridade judicial. Mais: é dever de cidadania opor-se à ordem ilegal: caso contrário, nega-se o Estado de Direito".

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça do Maranhão, no mandado de segurança n.º 214852007, evidencia que a cidadania abarca direitos e deveres:

> (...) Todo e qualquer cidadão, independentemente do cargo que ocupa ou da profissão que exerce, tem não apenas direito, mas o dever de fiscalizar a aplicação dos recursos públicos, (...). Com efeito, ao contrário do que parece entender a autoridade impetrada, não apenas os membros das Mesas Diretoras das Assembleias Legislativas têm o direito de exercer a cidadania participativa, que, em verdade, é assegurada a todos os integrantes da sociedade (....).

O Tribunal Regional do Rio de Janeiro, ao decidir o agravo de instrumento n.º 1123763201450100 74, salientou que a cidadania é ato de democracia no exercício de direito de ação pelo cidadão, no seguinte contexto: "(...) aquele que exerce o direito de ação tem consciência de sua cidadania. O direito ao exercício da cidadania é uma consequência da democracia. (...) os que não possuem recursos para demandar em juízo devem ter assegurada a via do Judiciário (...)".

Do exposto, aduz-se que a Constituição de 1988, chamada de Constituição cidadã, revitalizou o conceito de cidadão ao trazer em seu bojo instrumentos políticos-jurídicos para uma participação mais ativa do cidadão nas decisões político-administrativas do Estado. O princípio democrático "abriu as portas" para o cidadão exercer a sua cidadania a qual deve ser lida no texto constitucional em consonância com a dignidade humana. O exercício da cidadania sem oposição do Estado revela o respeito a dignidade humana. Como conteúdo mínimo da cidadania tem-se a vedação absoluta no ser considerado estar o indivíduo a serviço do Estado, ou o indivíduo como instrumento do Estado (TAVARES,2011, p. 1039).

Por fim, vale ressaltar que os dispositivos do texto constitucional devem ser interpretadas no sentido de que a cidadania é uma "via de mão dupla" que enseja tanto direitos quanto deveres.

Talvez o grande desafio seja desenraizar o pensamento de uma sociedade acomodada voltada para uma concepção de cidadania meramente simplista do direito de votar e ser votado, voltada para uma democracia representativa. Talvez esse desafio se esbarre na falta de preparo da sociedade de compreender essa nova concepção do direito contemporâneo pela dificuldade de dialogar com políticos e governantes distanciado e, assim, não participar efetivamente da política. Talvez a dificuldade do cidadão é olhar para si mesmo e vê-lo como coresponsável, juntamente com o Estado, para a transformação de um quadro caótico noticiado pela imprensa no cotidiano: falta educação, falta segurança, falta saúde, falta meio ambiente sustentável, falta políticas públicas, enfim a que se pode atribuir essas faltas? Talvez falta de políticas públicas, falta de pessoas politizadas que desconhecem os seus direitos, falta de não saber como exigir direitos, falta de interesse em cumprir deveres por comodidade ou por usufruir de alguma forma de benefícios. O que não falta? Não falta uma "Constituição cidadã" dirigente com instrumentos, positivados em regras e princípios, que permitem ao cidadão promover uma cidadania participativa seja em defesa de direitos ou em cumprimento de deveres. O que não falta na Constituição Federal um sistema de normas abertas.

Nessa linha, a Constituição, por ser dotada de normas-princípios e normas-regras, constitui um sistema de normas abertas para ser efetivada, para atender os anseios de uma

sociedade cada vez mais complexa, mais exigente, mais emergente. Com essa abertura o que se espera do cidadão é uma "familiarização" com a Constituição no sentido de se aproximar dos direitos nela inseridos e, com isso, poder dialogar com os intérpretes das normas para efetivamente exercer o direito de cidadania.

Esse diálogo, a partir do exercício de uma cidadania participativa, tem o condão de provocar o poder legiferante na produção de normas voltadas para demanda da sociedade, bem como o Judiciário para no caso concreto atuar, dentro dos ditames legais e do espírito de justiça compatível com valores extraídos da norma constitucional.

Sem adentrar nas controvérsias acerca de legitimidade da atuação do Judiciário esse, cada vez mais ativo, participativo decidindo caso concreto e, com efeito, produzindo o direito, deixa manifesto a carga axiológica da Constituição Federal de 1988 que se expressa através dos princípios. Com essa atuação do Judiciário de a partir das normas constitucionais de dizer e produzir o direito, além de efetivá-la, é também uma forma de proteger a Constituição quanto a produção legislativas de "inconstitucionalidades".

Também esse sistema normativo aberto da Constituição influencia as legislações infraconstitucionais, como ocorreu com o Código Civil em 2002, que passou a ser interpretado à luz dos princípios constitucionais.

Nessa esteira, sendo a Constituição um sistema aberto de normas de regras e princípios e, ainda, estes como fundantes da ordem constitucional, servindo de parâmetros para a interpretação judicial das normas, é razoável falar em hierarquia das normas constitucionais?

As normas são gênero sendo espécies regras e princípios os quais não guardam entre si hierarquia diante da ideia da unidade da Constituição devendo as aparentes antinomias serem afastadas (LENZA,2011, p. 148-159).

Referente à hierarquia axiológica entre princípios, Luiz Flávio Gomes (2010) ressalta que deve ser apurada e valorada concretamente. Exemplifica que os princípios da privacidade e da intimidade, da preservação da integridade física etc. são relevantes, mas em algumas situações probatórias eles sucumbem diante do princípio da segurança ou da persecução penal (possibilitando ao juiz determinar a realização de uma prova, mesmo contra a vontade do réu, por exemplo, quando o agente está portando droga no estômago).

> Formalmente não se pode falar de hierarquia de princípios e regras na Constituição. Materialmente, no entanto, essa hierarquia é visível e as tensões envolvendo princípios e regras constitucionais podem ser resolvidas, entre outros meios ou denominações, pelos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da concordância prática, por critérios de convivência e conciliação uns com os outros e pelo contrapeso de valores diante do caso concreto. (DANTAS, 2011)

Aduz-se que não cabe hierarquia das normas constitucionais no plano formal. Nesse sentido não há o que se falar na preponderância de regras sobre princípios ou vice-versa. Essa hierarquia na aplicação da norma pode ocorrer no caso concreto, materialmente, quando da colisão entre princípios com a prevalência de um sobre o outro, sem que haja afastamento do ordenamento jurídico do princípio rejeitado.

Por fim, vale ressaltar que as normas constitucionais transcendem o texto constitucional, em face do art. 5°, § 2º, "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Assim a referida Carta Magna prevê direitos fundamentais explícitos e implícitos, bem como decorrentes de tratados internacionais, o que a doutrina chama de cláusula de abertura material dos direitos fundamentais (SILVA, 2007).

CONCLUSÃO

Nas lições preliminares - do naturalismo ao positivismo - se evidenciou que o Direito positivo para se consolidar buscou no Direito natural ideais jusnaturalistas, sobretudo quando do início da codificação do século XIX. Com o Estado Legislativo produzindo o Direito positivo a norma - regra -, um fim em si mesmo, ocupou seu centro. Os princípios sem relevância jurídica integrava o ordenamento para preencher lacunas.

Relevantes foram os ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, contemporâneos, que desenvolveram teorias acerca dos princípios e das regras. O primeiro na sua obra "Levando o direito a sério" repudiou o formalismo positivista. Ambos defendiam que o ordenamento é composto por regras e princípios e não só por regras.

Em seguida, debruçou-se sobre a "normatização dos princípios" cuja teoria se insere na nova forma de compreender o Direito. De Estado Legislativo de direito passa-se a Estado constitucional de direito. È o Direito Constitucional ocupando o centro do ordenamento jurídico.

Em síntese apertada, abordou a Constituição como centro aberto de regras e princípios. As Constituições do mundo ocidental, antes de cunho formalista, no pós guerra passavam a expressar valores com a dignidade da pessoa humana no seu centro.

Nessa esteira vale ressaltar que ao se estabelecer uma nova ordem jurídica pautado em fundamentos axiológicos romper com o Direito imbuído de formalismo , sucumbindo-o, renegá-lo na sua inteireza, consistiria em repudiar a natureza dinâmica do Direito e, ainda

mais, em "enterrar" conquistas de gerações anteriores que sedimentaram a normatização das novas constitucionais. Ainda consistiria em negar a relevância normativa dos princípios.

Por fim, sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988, abordou-se "cidadania, normas e regras" sob o "olhar" da nova forma de compreender o Direito sem deixar de voltar os "olhos" para o pensamento positivista e naturalista. Afinal, o rompimento de uma nova ordem jurídica não "enterra" a anterior, o que se evidencia na Carta Magna que traz em seu bojo conteúdo normativo-axiológico. Tal documento como sistema aberto de normas se estruturando em princípios e regras, em consonância com ideais pós-positivistas, se "assenta" em fundamentos voltados para a dignidade da pessoa humana, para a pessoa como "ser humano" enquanto sujeito de direitos, enquanto cidadão participativo, conhecedor de seus direitos e deveres.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA. Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11a. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>.
Acessado em 02-jun/16.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito.* Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos F, Rodrigues. Cone Editora. São Paulo: Cone editora, 1995.

BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26a. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus n.73545-5/RJ. Relator: MAURÍCIO, Correa. Publicado no DJ de 07-06-1996. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74517. Acesso em: 08/04/2018.

CARVALHO. Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Positivo*. 15a. ed., rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DANTAS. Rosalliny Pinheiro. *A hierarquia de princípios e regras na Carta Constitucional*. Disponível em: http://www.clubjus.com.br/cbjur.php?artigos&ver=2.36061. Acesso em 01/04/2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do. Remessa de Ofício n.20150110072192/DF. Publicado no DJE:30/03/2016. pag.311. Relator: MACEDO, Cruz. Disponível em http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322869210/remessa-de-oficio-rmo-20150110072192. Acesso em 07/04/2018.

FEDERAL. Supremo Tribunal. Ação Direta de Inconstitucinalidade n^{0}.2076/AC. Publicado no DJE:08/08/2003. Relator: VELLOSO, Carlos. Disponível em http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773544/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2076-ac. Acessado em 07/04/2018.

FERNANDES. Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1). Acesso em: 07/04/2018.

GOMES. Luis Flávio. *Normas, regras e princípios: conceitos e distinções (parte 1)*. Disponível em http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2074820/normas-regras-e-principios-conceitos-e-distincoes-parte-1. Acesso em 01/06/2018.

JANEIRO. Tribunal Regional do Rio de. Decisão no agravo de instrumento n. 217631485/RJ. Relator: CARVALHO. Valmir de Araújo. Disponível em: http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/217631485/agravo-de-instrumento-em-recurso-ordinario-airo-RJ. Acesso em 01/06/2018.

JÚNIOR. Dirley da Silva. *Direito Constitucional Positivo*. 9a. ed., rev. atual e ampl. Salvador: Jus Podium, 2015.

KELSEN. Hans. *Teoria pura do direito: Introdução à problemática científica do direito.* Tradução de J. Cretella Jr e Angnes Crettela. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE. George Salomão e LEITE. Glauco Salomão. *Dos Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição: A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais*. 2ª. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2008.

LENZA. Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17a. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILAK, Heloisa da Silva Krol. Direito *Constitucional Brasileiro. Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais: Cidadania, República e democracia: análise de caso*. CLÉVE, Clemerson Merlin (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do. Acórdão no Mandado de Segurança n.214852007/MA. Relator: SILVA, Marcelo Carvalho. Disponível em http://tj-http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=direito+ao+exerc%c3%8dcio+da+cidadania. Acesso em 07/04/2018.

MIRANDA. Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Tradução da edição portuguesa ISBN 978-85-309-3376-0. 3a. ed., rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA. Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Cristiano Amorim Tavares da. *A amplitude e o significado prático da cláusula de abertura do art. 5°, § 2°, da Constituição*. Revista Jus Navigandi**,** Teresina, ano 12, n. 1296, 18 jan. 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/9393. Acesso em 01/06/2018.

TAVARES. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 9a. ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.