

1 Introdução

A Constituição de 1988, em seu art. 1º, após a reafirmação explícita de que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, estabeleceu, como seus fundamentos, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Adotou, assim, com tais fundamentos, os quatro princípios básicos que identificam a sua natureza: o princípio do Estado Democrático, o princípio do Estado Federativo, o princípio do Estado Social e o princípio do Estado de Direito.

Nessa esteira, "o Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional" (STRECK, 2003, p.261).

Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o *Welfare State*¹ lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazifascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica (HABERMAS, 1997. p. 297).

Ocorre que é necessária a diferenciação entre regras e princípios constitucionais, para que a hermenêutica não possa ser vista como instrumento de afastamento da égide constitucional fundamental, sob pena de se estar utilizado o escudo como arma para o próprio suicídio do Estado Democrático de Direito.

O objetivo geral do trabalho é evidenciar os casos em que a mitigação do texto constitucional é possível sem lesão ao próprio Estado Democrático de Direito. Os objetivos específicos são definir, diferenciadamente, regras e princípios constitucionais; caracterizar as correntes interpretativas de John Hart Ely e Ronald Dworkin; e, por fim, identificar os permissivos da flexibilização do texto constitucional.

A metodologia utilizada foi de revisão bibliográfica e estudo comparado a partir das obras dos autores indicados, cronologicamente, com o auxílio das obras de intérpretes mais recentes, como Norberto Bobbio. E a importância da pesquisa se dá

¹ O termo se refere ao *Welfare State* de John Maynard Keynes (1926), uma teoria que rompia totalmente com o ideal Liberalista de Adam Smith, afirmando que o Estado deveria interferir na sociedade e na economia quando necessário. Esse pensamento foi adotado por muitos países após o fim da Segunda Guerra Mundial, já que a interferência estatal parecia essencial para a recuperação do mundo no pós-guerra.

principalmente na necessidade de se observar a possibilidade e legitimidade da mitigação de regras e/ou princípios constitucionais, discussão recorrente na corte suprema nacional.

Já os métodos utilizados para a investigação serão o analítico, o dedutivo e o indutivo (LAKATOS; MARCONI, 2010). Para o primeiro, examinar os componentes de dois sistemas interpretativos, para assim conhecer as causas e naturezas dos problemas; para o segundo, estabelecer uma formulação geral e buscar-se elementos legais, doutrinários e jurisprudenciais com o compromisso prévio de testar a formulação já estabelecida; e, ao terceiro, utilizar a realidade da mitigação de normas constitucionais brasileiras como ponto de partida para uma das críticas que direcionará a pesquisa à resposta do problema (PASOLD, 2011)

O presente artigo enquadra-se em duas formas de investigação, um primeiro de análise documental em razão do uso de documentos escritos públicos e privados, tais como a Constituição Federal de 1988, jurisprudências, doutrinas, entre outros e; num segundo momento, da análise comparativa, apoiando-se na aplicação de dois métodos de hermenêutica como forma de verificar a hipótese (FLICK, 2009).

2 Normas constitucionais: Princípios *versus* Regras

Após breve explanação do papel defensor da hermenêutica, é igualmente importante diferenciar os princípios das regras constitucionais, em especial para poder identificar em que situações poderia o tribunal constitucional mitigar um em favor do outro. Na verdade, é o caso de identificar a forma constitucionalmente viável de aplicação do critério da ponderação.

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. E princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação devera se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso

que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível².

Relembra-se que a ponderação é um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios de Alexy, a quem as obras supracitadas fazem total referência. Por esse motivo, certamente, Lênio Streck questiona "se a ponderação é o procedimento do qual o resultado será uma regra posteriormente subsumida ao caso concreto, o que temos como resultado da 'ponderação de regras'? Uma 'regra' da regra? Uma regra para aplicação da regra?" (STRECK, 2011, p. 24.).

Sabendo diferenciá-los e ciente que a ponderação não tem albergue (originariamente) na interpretação de regras constitucionais, chega-se ao ponto fulcral do presente trabalho: a mitigação de normas constitucionais, indiscriminadamente, é condizente com o Estado Democrático de Direito? Para (tentar) responder à questão, duas correntes serão utilizadas: o procedimentalismo de Ely e a interpretação construtiva de Dworkin.

3 O procedimentalismo de John Hart Ely

Apesar de declarar a insuficiência do pensamento interpretacionista³, John Hart Ely evidencia uma grande vantagem neste modelo: os juízes firmemente convictos de que determinada postura interpretativa é a correta, devem utilizá-la para não intervir nos casos em que o texto Constitucional não trata expressamente da matéria.

Correlacionando com os conceitos do item anterior, fica claro que se está falando de interpretação somente de Regras e não de princípios, em decorrência da abstração e indeterminação destes últimos.

Com relação à função da justiça constitucional, Habermas (1997), influenciado por John Hart Ely, defende que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. Afasta-se da figura do guardião da ordem de

² (BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de - A nova interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 3ª ed., 2008, p.338-339).

³ Refiro-me ao item "sedução do interpretacionismo", em que o autor ataca diretamente o interpretacionismo por criar uma falsa ilusão de atrelamento estrito ao texto constitucional, já que na maioria das discussões a norma constitucional não é clara e óbvia (ELY, 2010, p. 3).

valores substanciais ideológicos supranormativos. Novamente direcionando a atuação do judiciário às regras constitucionais.

A celeuma se inicia na conclusão do mesmo autor diante da "impossibilidade de um interpretacionismo preso às cláusulas constitucionais"; afirma inicialmente que "se a tarefa do juiz é aplicar a Constituição, então é a Constituição que ele deve aplicar, e não a solução que lhe parecer melhor naquele momento"; mas que "podemos admitir que não é possível atribuir um conteúdo inteligível a certas frases constitucionais apenas com base em sua linguagem e na história legislativa em que estão inseridas, e que de fato algumas delas parecem precisar de uma injeção de conteúdo vindo de fora do próprio dispositivo" (ELY, 2010).

Defende dessa forma que o Poder Judiciário poderia praticar o *judicial review* de maneira a mitigar as falhas do "mercado político". Nessa perspectiva o Judiciário "só pode tratar de questões de participação, e não dos méritos substantivos das decisões políticas impugnadas".

A teoria do autor parte do entendimento de que o judiciário havia nos anos anteriores ultrapassado de maneira corriqueira os limites de sua atuação, fazendo-o através da hermenêutica jurídica de matriz principiológica, que acabava justificando a reformulação de regras gerais quando da aplicação do direito, na busca de valores morais.

O autor ainda tenta uma segunda vertente do interpretacionismo vinculado à constituição, afirmando que, mesmo nesses casos de busca por uma fonte alheia ao dispositivo, essa fonte deve ser derivada do texto da própria constituição. Contudo, aparenta ser o início de um ciclo de busca incessante de respostas concretas e objetivas naquilo que não é concreto e objetivo (princípios constitucionais).

Como informado acima, o próprio Ely (2010) criticou o interpretacionismo, apontando sua insuficiência na explicação e justificação da aplicação do direito.

Por outro lado, o autor apresentou as bases de um controle de constitucionalidade baseado em procedimentos, defendendo o reconhecimento da inconstitucionalidade das leis que causem prejuízo de representação e de participação política, posto serem regras do jogo democrático.

Para Maus (2010), assim como para Ely (2010), há excesso do Judiciário no tratamento da interpretação e sua inovação do direito legislativamente construído. Porém, a autora enxerga o problema por outro ângulo, mais agudo, e afirma que a sociedade moderna seria órfã e este seria um fator para a referida expansão.

Nesse mister, expõe a autora:

Na família, assim como na sociedade, a figura do pai perde importância na definição do ego. A construção de uma consciência individual passa a ser determinada muito mais pelas diretrizes sociais do que pela intermediação da figura dominante do pai, e a sociedade se vê cada vez menos integrada por meio de um âmbito pessoal, no qual se pudesse aplicar a seus atores o clássico modelo do superego (MAUS, 2010, p. 184).

No extremo, o judiciário acabaria por descolar suas aspirações morais para dentro da aplicação do direito através do discurso de aplicação de princípios, subvertendo as regras construídas democraticamente em detrimento da ideia de separação dos poderes.

Ferro (2008), ao analisar a teoria de Ely, apresentou conclusões interessantes e, ao tratar sobre sua caracterização, diante das hipóteses de autorização do controle de constitucionalidade (*judicial review*) com base na teoria de Ely explica que o autor autoriza a revisão para além do texto, mas se manteria um interpretacionista. Nas suas palavras:

Isto não implica rendição ao não-interpretacionismo, dado o caráter patente de sua posição com respeito ao fato de que os tribunais não devem assumir uma postura que enseje a usurpação da função das legislaturas e a consequente imposição de valores fundamentais. Se ele está próximo de alguma corrente, é do interpretativismo, mas formulado em novos termos, inovadores termos (FERRO, 2008, p. 118).

Por outro lado a ausência de mecanismos de controle do legislativo pode incorrer em violação dos direitos das minorias que formam a sociedade, de forma que Ely se preocupava em um modelo que possibilite a defesa da democracia, sem a autorização para autoritarismo majoritário.

Desta forma, defende uma tutela do judiciário para a defesa da democracia, através do desbloqueio dos canais de participação política. Poderiam se afastar regras que criem empecilhos para o exercício do poder político, porém sem o escopo de através dos princípios definirem outras regras gerais, em vista da ausência de legitimidade do judiciário para tal mister.

A conclusão é que, mesmo a corrente fortalecedora da atividade judicante constitucional interpretativa reconhece da impossibilidade de o julgador decidir pela aplicação (ou não) daquilo que é abstrato e indeterminado. Novamente resgatando os conceitos dos itens passados, ainda que se aceite a mitigação de normas constitucionais por força da interpretação das normas, essas normas não poderão referir à princípios, somente às regras, ainda que se utilize uma em prol de outra⁴.

4 Interpretação Construtiva de Ronald Dworkin

É certo que a identificação de Dworkin sobre princípios e direitos fundamentais apresenta certa confusão, mas, para tratar do presente tema será utilizada uma conceituação diversa da proposta por Bobbio (2004), em que "moral rights" seriam os direitos naturais, na tradição jurídica continental europeia. No presente trabalho, "moral rights" destina-se aos direitos fundamentais, com vista aos princípios constitucionais.

Partindo à hermenêutica dworkiniana, é possível destacar a postura do jusfilósofo acerca daquilo que ele denomina como realismo moral. Como destaca Guilherme Scotti e Menelick de Carvalho Netto:

"Em que pese a adoção da terminologia do realismo moral, Dworkin se vale de uma postura construtivista para lidar produtivamente com o princípio hermenêutico, de modo a não permitir que as tradições se legitimem de maneira autônoma e acrítica, pois exige a reflexividade ética com base em uma noção universalista de direitos fundamentais ou humanos (human rights)." (SCOTTI; CARVALHO NETTO, 2012. p. 76).

O mesmo autor, ainda complementa dizendo que "a interpretação construtiva é o modelo hermenêutico adotado por Dworkin para lidar com obras de expressão humana, em especial o direito. Em contraste com a interpretação científica empírica, em que se busca a interpretação de dados fáticos, e com a interpretação conversacional, em que a intenção do falante é o objeto central (...)" (SCOTTI; CARVALHO NETTO, 2012).

⁴ Notadamente a crítica de Lênio Streck quando falado sobre a diferenciação de regras e princípios de Robert Alexy.

O próprio Dworkin, ao aproximar a hermenêutica jurídica da artística afirma que "ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica. (...) atribuirei a ambas a designação de formas de interpretação 'criativa'." (DWORKIN, 1999, p. 61).

Em consonância com isso, a Teoria do Direito de Dworkin não foge da necessidade de utilizar princípios como norte para qualquer (r)estruturação do ordenamento jurídico, inclusive morais.

Para Dworkin (2010, p. 51) "poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela". Assim, tem-se percepção da vinculação que o autor constrói entre o direito e moral, esta que pautou e pauta a construção de princípios jurídicos abstratos.

Defende Dworkin (2006, p.9) que a maior contribuição da história americana não é o controle de constitucionalidade, mas "o ideal de um governo sujeito não somente à lei, mas também a princípios". O autor afirma, ainda, que "A democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham" (DWORKIN, 2006, p. 10).

Nas palavras de Habermas (1997, p. 61), para Dworkin devem se valer os aplicadores do ordenamento jurídico sistematicamente estruturado em princípios para buscar decisões corretas que mostrem o direito como um todo em sua melhor luz, como um empreendimento coletivo legítimo de uma comunidade de princípios, que trate a todos os seus membros como merecedores de igual respeito e consideração. Trata-se de uma evidente aproximação dos princípios à ética e à moral.

Já o sistema de regras, visto de forma perniciosa por Dworkin, seria aquilo que exatamente não vai guiar as decisões ao essencialmente moral e constitucionalmente correto. Nesse pensar, Guilherme Scotti, falando de Dworkin destaca que:

"Num modelo de comunidade de fato, em que as pessoas não se sentem vinculadas por nenhuma responsabilidade em especial, e num modelo de comunidade de regras, em que a responsabilidade recíproca se baseia em meras convenções contratuais, o tipo de vínculo existente entre os cidadãos e de responsabilidade exigível da comunidade não remete necessariamente a princípios de conteúdo moral. (...) apenas numa comunidade de princípios

as normas estabelecidas podem ganhar conteúdo universal e serem vistas como condição de possibilidade para a liberdade e a igualdade (...)." (SCOTTI; CARVALHO NETTO, 2012. p. 80).

Como exemplo maior de um pensamento não-interpretacionista, Ronald Dworkin apresentou uma interpretação constitucional voltada para o resultado, que nem sempre terá obediência estrita ao texto legal, estes que serão lidos através dos princípios aplicáveis que importam para a melhor decisão jurídica possível. Para Dworkin (2010, p. 233) esta relação é necessária e indissociável:

“o direito constitucional não poderá fazer um verdadeiro progresso enquanto não isolar o problema dos direitos contra o Estado e tornar esse problema parte de sua própria agenda. Isso conta como argumento em favor de uma fusão do direito constitucional e da teoria moral, uma relação que, inacreditavelmente, ainda está por ser estabelecida”.

A ilustração maior utilizada como justificativa da necessidade de aplicação de princípios no direito e a possibilidade dos mesmos influírem sobre as regras é apresentada pelo caso *Brown x Board of Education*, uma vez que a Suprema Corte modificou seu posicionamento anterior, para afirmar que era inconstitucional a segregação racial no sistema de ensino.

A decisão do caso *Brown* é defendido também por Ely (2010, p. 202) com base na decisão do caso *Carolene Products Co*, que previa atuação da Suprema Corte para garantir a proteção do processo democrático e impedir a discriminação de minorias.

Contudo, Dworkin (2005, p. 85) refuta a possibilidade de manutenção do sistema democrático através do controle de regras defendido por Ely, apresentando uma argumentação que expõe a incompatibilidade da defesa da regra de maneira estrita, ao mesmo tempo em que aponta a impossibilidade de aplicação da teoria de Ely enquanto meramente procedimental, expondo a necessidade de um controle da regra através do princípio constitucional, ou seja um controle substancial das leis:

Ele tem apenas dois argumentos a favor do programa que descreve: que os tribunais estão bastante habilitados para fazer julgamentos sobre o processo justo, mas muito mal habilitados para fazer julgamentos políticos substantivos, e que julgamento feitos em tribunal sobre processos são compatíveis com a democracia, ao passo que julgamentos feitos sobre substância não são. Se o Tribunal não pode fazer os julgamentos sobre

substância que condena, então sua teoria será distorcida por seus próprios argumentos. O argumento de Ely (ou qualquer outra versão de uma teoria Carolene products) pode sobreviver a esse desafio oferecendo um argumento-insumo a favor da democracia?

Desta maneira, Dworkin (2005) aponta que Ely (2010) baseia sua defesa da aplicação do direito através exclusivamente das regras, numa defesa do controle de constitucionalidade de forma “procedimental”, numa concepção substancial de democracia, logo principiológica.

Não fosse assim, teria de aceitar que sua teoria é inaplicável. Posto que, ao defender a existência de uma democracia ideal e ao recomendar aos juízes que promovam a sua guarda, acaba por recomendar um controle substancial, principiológico sobre a regras postas.

Dworkin (2006) afirma que esta decisão reconheceu um princípio de igualdade que não foi pensado pelo legislador original, e que também não foi a interpretação do judiciário sobre o dispositivo legal por diversos anos. Contudo, a decisão é correta, visto que a interpretação através do que ele define como leitura moral, impõe reconhecer que não poderia haver aquele tipo de diferencial racial. Situação que violava a necessidade de igual respeito e consideração, premissa de uma democracia constitucional.

Tem-se, ainda, que para referido autor o debate entre a forma como se aplicam os princípios traz a implicação da necessidade de diferenciação entre argumento de política, baseados em concepções de bem-estar geral e interesse público e argumentos de princípios, que são baseados em elementos jurídicos internos ao direito. As decisões jurídicas devem ser baseadas apenas no segundo argumento, logo o Judiciário é o fórum do princípio. (DWORKIN, 2005)

Assim, a conclusão atingida é que eventual mitigação de normas regentes da comunidade devem se ater às regras, que identificam convenções e concretudes, pois os princípios (moral rights) estão conectados à moral e à ética, aos quais não se admite a ignorância para alcançar uma suposta resposta aos cidadãos, o que consistiria uma contradição em si mesma.

5 A realidade jurisdicional da ignorância à distinção de princípios e regras

Nesse cenário de mitigação desenfreada, o Poder Judiciário busca saídas, por vezes icônicas, para satisfazer os anseios populares, sem mensurar devidamente as consequências de interpretações transgressoras de princípios constitucionais, por vezes assegurados por cláusulas pétreas.

A exemplo o julgamento do Habeas Corpus no 126292 (17.02.2016) e o julgamento em conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.386, 2.397 e 2.859 e do Recurso Extraordinário no 601.314 (24.02.2016); ambos orquestrados pelo mais recente plantel de ministros daquela Corte, Dias Toffoli, Edson Fachin e Teori Zavascki. Aparentemente, as divergências têm sido embandeiradas pelo resquício garantista⁵ do Supremo Tribunal Federal, os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, vencidos em ambos os casos.

No primeiro caso, ao negar o Habeas Corpus no 126292, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, justificando que não há ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência, exatamente porque a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

Essa decisão modificou o antigo entendimento da Corte que, desde 2009, no julgamento do Habeas Corpus no 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva.

Já no segundo, o Supremo decidiu ser constitucional o dispositivo da Lei Complementar no 105/2001, que permite aos órgãos da administração tributária quebrar o sigilo fiscal de contribuintes sem autorização judicial. O que seria isso, afinal, senão um dos “mecanismos de percepção e de decodificação”, como citados na obra de Ulrich Beck (2011).

⁵ Trata-se da teoria pela qual se estabelecem as bases conceituais e metodológicas do que foi chamado de garantismo penal. A obra critica a idéia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis; trata-se uma ilusão metafísica, pois, tanto as condições de uso do termo "verdadeiro" quanto os critérios de aceitação da "verdade" no processo exigem inevitavelmente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

Isso se torna mais claro quando o ministro Ricardo Lewandowski, ao modificar o entendimento adotado em 2010, no julgamento do RE 389.808, manifestou-se da seguinte forma:

Tendo em conta os intensos, sólidos e profundos debates que ocorreram nas três sessões em que a matéria foi debatida, me convenci de que estava na senda errada, não apenas pelos argumentos veiculados por aqueles que adotaram a posição vencedora, mas sobretudo porque, de lá pra cá, o mundo evoluiu e ficou evidenciada a efetiva necessidade de repressão aos crimes como narcotráfico, lavagem de dinheiro e terrorismo. (BRASIL, 2010).

O problema é o esquecimento (às vezes propositado) que Estado Democrático de Direito liga-se inexoravelmente à função transformadora que o Direito assume, dando a ideia de Direito como ordenação e até mesmo de promoção, exurgindo um papel que vai muito além da Constituição enquanto mero instrumento para a aferição da parametricidade formal.

A discussão citada é acerca da constitucionalidade do texto do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 que permite ao Fisco, sob determinadas condições, ultrapassar o sigilo bancário independentemente de autorização judicial. Apesar da recente confirmação, boa parte da doutrina⁶ e a minoria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda dão sobrevida à afirmação de lesão à cláusula pétrea constitucional da garantia do sigilo bancário, ao devido processo legal, à presunção da inocência, à reserva de jurisdição, à dignidade da pessoa humana, à inviolabilidade da vida privada e à intimidade.

É também importante destacar que a decisão afirmou que, na verdade, não se configura quebra de sigilo bancário propriamente dita, mas sim transferência de informações entre bancos e o Fisco, ambos protegidos contra o acesso de terceiros e, como estas instituições têm o dever de preservar o sigilo dos dados, não há ofensa à Constituição Federal. Na decisão também foi destacado que Estados e Municípios devem regulamentar, assim como fez a União no Decreto nº 3.724/2001, a necessidade de haver processo administrativo para obter as informações bancárias dos contribuintes.

⁶ A ADIn nº 4010 teve como mentores: Roque Antonio Carrazza, Vladimir Rossi Lourenço, Ives Gandra da Silva Martins, José Augusto Torres Potiguar e Miguel Vicente Centurion M. Impaléa.

A realidade é que o sigilo bancário sempre foi um assunto muito delicado, tratado a luvas e pinças e, ainda hoje, defendido por boa parte dos doutrinadores brasileiros, que consideram a Lei Complementar nº 105/2001 atentatória ao art. 5º, X e XII, da Carta Magna.

De acordo com os contrariados pelo Supremo, os dispositivos constitucionais supracitados dispõem que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, por esse motivo os dados financeiros do cidadão são uma das espécies do gênero dados que a lei trata, reforçando a necessidade de ordem judicial.

Nessa mesma esteira, o art. 60, §4º, IV, da Constituição da República preleciona que o sigilo bancário só pode ser violado em casos graves e com a autorização judicial, constitui-se em uma garantia individual que não pode ser abolida sequer através de Emenda Constitucional.

Corroborando esse entendimento a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. XII, traz que ninguém será sujeito às interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação.

Em suma, não faltam garantias constitucionais, nem normas de cunho internacional, para assegurar a proteção à movimentação bancária privada. Nada obstante, a LC nº 105/2001, no art. 1º, § 4º, permite a decretação da quebra do sigilo bancário, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos crimes que coincidem com os riscos da sociedade pós-moderna de Ulrich Beck: terrorismo; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; crimes contra o sistema financeiro nacional; lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores e praticado por organização criminosa etc.

É grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desvio aparentemente provisório; em realidade, seria a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário (CAPELLETTI, 1999).

Nesse contexto, também se reconhece *a priori* Poder Judiciário dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos, do bem-estar social, almejando proteger a população contra crimes da sociedade pós-moderna. Malgrado seu, pode terminar metamorfoseando-se em um novo instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática (CAPELLETTI, 1999).

6 Considerações Finais

A sociedade contemporânea, de massa, demanda da máquina estatal uma penetração e uma eficiência inimagináveis em passado bastante recente. As carências sociais multiplicam-se em proporção avassaladora e as estruturas estatais, antes compatíveis com a demanda e suficientemente aptas a dar vazão àquele fluxo de exigências, passam a demonstrar níveis insatisfatórios de eficiência, despertando a gradativa intolerância dos administrados (CARVALHO NETO, 2013. p.128).

Portanto, é fundamental diferenciar, no âmbito de norma constitucional, os princípios (fundamentais) das regras (estruturais), mantendo aqueles em guarda constante e possibilitando, a depender da situação a flexibilização desses, sob pena da utilização de uma hermenêutica suicida e depredadora do Estado Constitucional pelo seu próprio guardião.

6 Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Org). **Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ANTUNES, Flavio Augusto. **Presunção de Inocência e Direito Penal do Inimigo**. Porto Alegre: Núria Frabris Editora, 2013.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2000.

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A nova interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 3ª ed., 2008.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BRASIL, STF - **RE 389808**, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 15.12.2010.
- BRASIL, STF – **ADI 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF, ADI 2859/DF**, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 18.02.2016.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **Controle jurisdicional da Administração Pública: Algumas ideias**. Revista de informação legislativa. Ano 50. Número 199. Brasília: 2013
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. – 3ª ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Ed. Martins Fontes: São Paulo, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. **Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely**. – Belo Horizonte: Decálogo, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade.** vol. I. trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.** Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun.

STRECK, LÊNIO LUIZ. **Novos Estudos Jurídicos.** Vol. 8. Nº 2, maio/ago. 2003.

TEBET, Diogo. **Processo Penal e Ativismo Judicial - Supremo Tribunal Federal e a proteção a dignidade humana.** Disponível em:

<<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/processo-penal-e-ativismo-judicial-supremo-tribunal-federal-e-a-protecao-a-dignidade-humana>> Publicado em: [?]. Acesso em: abril, 2017.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. de; CUNHA MELO, M. P.; BURGOS, M. B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, s/d.