

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

MARCOS LEITE GARCIA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Marcos Leite Garcia; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-404-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Esta obra que ora temos a honra de apresentar é fruto de mais um evento patrocinado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), que reúne os pesquisadores da área do Direito e organiza os maiores eventos acadêmicos ligados à Ciência Jurídica.

Os artigos são oriundos do IV Encontro Virtual do CONPEDI, com o tema central: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021.

De fato, este é mais um evento realizado na modalidade virtual, que não pode ser realizado de forma presencial, por razões de segurança sanitária, em decorrência da pandemia do COVID-19, registrando-se que o Brasil enfrenta uma crise na área de Saúde, sem precedentes, sendo certo que na data da redação da presente (23/11/2021), o país contabiliza 613.123 mortes e 22,3136 milhão de casos de pessoas infectadas com coronavírus.

Entretanto, mesmo diante da gravidade dos fatos, o evento foi realizado de forma virtual, por meio de um conjunto de ferramentas que exibia palestras, painéis, fóruns, assim como os grupos de trabalhos tradicionais e apresentações de exibição, alterações ou o formato e as edições já usadas durante os eventos presenciais, com o emprego da plataforma RNP (Rede Nacional de Ensino e Pesquisa), tudo após grande esforço da comissão organizadora do evento.

Os professores ora signatários ficaram responsáveis pela Coordenação do Grupo de Trabalho intitulado Direitos e Garantias Fundamentais II e pela organização desta obra.

Assim, no dia 10 de novembro de 2021, vinte artigos ora selecionados foram apresentados e defendidos pelos seus autores, após avaliação feita por pares, pelo método double blind review, pelo qual cada artigo é avaliado por dois pareceristas especialistas na área com elevada titulação acadêmica, foram apresentados oralmente por seus autores e, como forma de dar publicidade ao conhecimento científico, compõem o presente livro.

O primeiro artigo intitulado “Povos indígenas: um comparativo entre a Constituição Federal do Brasil de 1988 e a Constituição do Equador de 2008”, de Débora Zanini Ghellere, trata

dos textos constitucionais do Brasil e do Equador, no que tange a proteção dos povos originários.

Em seguida, Maria Cristina Teixeira e Flavia Piva Almeida Leite, no artigo “O financiamento da educação na Constituição de 1988 – A Emenda Constitucional 108/2020” visa sistematizar e analisar o financiamento da educação na Constituição de 1988, promovendo uma reflexão que considere os aspectos históricos, econômicos e sociais de cada período e os impactos que as alterações realizadas pelas Emendas Constitucionais 14/1996, 53/2006, 59/2009 e, especialmente a 108/2020, produziram em sua realização.

Depois, em “O reconhecimento do direito de estar triste e a proteção da integridade psíquica do ser humano na perspectiva dos direitos da personalidade”, de Lidiane Moura Lopes e Maria Vital Da Rocha se propõe a examinar o direito de estar triste, em contraposição à realização da felicidade como meio de alcançar a dignidade humana, por meio de um diálogo com a psicologia, a psiquiatria e com fulcro nos direitos da personalidade e análise de alguns julgados dos tribunais brasileiros.

Ato contínuo, no artigo “Direito, Sustentabilidade e Violência nas favelas da Maré: um direito fundamental à segurança pública em aglomerados”, Pedro José de Campos Garcia, Jádna Cristina Germânio de Souza Ferreira e Tiago Batista Leal se dedicam a estudar a violência no complexo da Maré, no Município do Rio de Janeiro, que afeta a saúde mental daquela população, bem como a sustentabilidade e o direito fundamental à segurança pública.

Logo depois, em “Direito fundamental à vida e projeto necropolítico da modernidade: as respostas do constitucionalismo latino-americano”, Lara Ferreira Lorenzoni examina o conceito de necropolítica, buscando compreender o direito à vida na modernidade, em especial nas regiões coloniais.

O sexto artigo intitulado “A privacidade na era digital sob a égide da LGPD, de Lucas Gonçalves da Silva e Jefison De Andrade Das Chagas, se dedica a examinar e identificar os reflexos da LGPD no direito à privacidade, apontando os reflexos positivos da nova legislação, dentre os quais se encontram: o fortalecimento do controle, por parte dos usuários, dos seus próprios dados, uma maior segurança jurídica aos usuários, a previsão de sanções e o direito à reparação em caso de violação.

Depois, Ana Débora Rocha Sales, Marcella Mourão de Brito e Alexandre Antônio Bruno da Silva, no artigo “O Princípio da Vedação ao Retrocesso na reforma da Previdência no Brasil trata sobre reforma da previdência e o princípio da reserva do possível, que age como uma

limitação aos direitos sociais, levando em consideração os recursos disponíveis pelo Estado, enfatizando o desrespeito ao princípio da vedação ao retrocesso.

No artigo denominado “A violência sexual e física sofrida pelas mulheres em situação de rua no Brasil e a proteção do direito fundamental da dignidade humana”, Bruna Nogueira Guimarães Tibo e Jessica Teodoro Xavier abordam a violência contra a mulher em situação de rua e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na sequência, Eliana Cristina dos Santos Farcic e Edmundo Alves de Oliveira, no artigo “Brasil, mapa da violência e intolerância religiosa. educação e ensino cultural sob a égide da Constituição Federal e da BNCC” analisam os dados do Disque 100 mapeando conflitos, resultados quantitativos diante da Constituição Federal e do texto base da BNCC, em busca de novos caminhos para a construção de uma sociedade equilibrada, pacífica e religiosamente respeitosa.

No décimo artigo “Direito a saúde e pandemia: o impacto econômico e social do coronavírus no Brasil”, Almir Gallassi destaca a omissão do Estado brasileiro contribuiu para o grande número de mortes proveniente do novo Coronavírus e as medidas efetivas no combate à pandemia da Covid-19, no que se refere à prestação de serviços essenciais para a preservação e manutenção da vida.

A seguir, Diones Cristian Melha e Guilherme Dill, no artigo “A proporcionalidade e o garantismo penal no constitucionalismo brasileiro”, tratam da aplicabilidade do garantismo penal e sua constitucionalidade no sistema penal brasileiro, as suas transformações jurídicas democráticas, bem como a figura do garantismo penal, o princípio da proporcionalidade, o garantismo negativo e a vedação ao excesso e o garantismo positivo e a vedação à insuficiência.

Depois, Bruno Oliveira Falcão, no artigo “Do espaço da Constituição ao lugar do ensino: o direito fundamental à educação e a regulamentação do ensino domiciliar” estudam a adequação dos projetos de lei que regulamentam a educação domiciliar no Brasil ao direito à educação conforme previsto na Constituição Federal de 1988, em especial os projetos de lei 3179/2012, 2401/2019 e 3262/2019 são examinados à luz dos marcos teóricos fixados anteriormente.

O décimo terceiro artigo, de Júlio César Laureano e Fabio Fernandes Neves Benfatti nominado “A Lei Geral de Proteção de Dados pessoais e os impactos nos serviços notariais e registrais brasileiros: uma análise a partir da proteção de valores e princípios

constitucionais”, se dedica a analisar a aplicação da LGPD aos serviços notariais e registrais brasileiros, tendo como escopo a proteção dos valores e princípios constitucionais.

Outrossim, Lucas Santos de Almeida, Felipe Rotta Marquette e Ana Maria Viola de Sousa, apresentam o artigo “Direitos Fundamentais: desrespeito ao trabalho, desemprego e pobreza no Brasil pandêmico, no qual examinam a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, no contexto das repercussões socioeconômicas da pandemia da covid-19 no Brasil, bem como a flexibilização dos direitos trabalhistas, insuficiência do benefício do Auxílio Emergencial, desrespeito dos direitos fundamentais dos trabalhadores e aumento exponencial do desemprego e da pobreza, diante da inexistência de planejamento econômico e de políticas públicas eficazes por parte do Poder Público.

O décimo quinto artigo, “Aspectos éticos e legais da prática do infanticídio nas tribos indígenas”, de Debora Morgana Cassiano e Marcus Geandré Nakano Ramiro estuda a situação da prática de infanticídios nas tribos indígenas assim como seus motivos e os princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade, assim como as noções de relativização cultural e universalismo dos direitos de personalidade.

Depois, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Patricia Juliana Marchi Alves e Jackeliny Ferreira Rangel, no artigo “A não integração do período de licença-gestante concedido às servidoras públicas federais no cômputo do estágio probatório como medida de igualdade de gênero” examinam a igualdade de gênero a partir do advento da Constituição de 1988 e a decisão administrativa da AGU, que, interpretou a Lei n. 8.112, de 1990, entendendo a integração do período de licença-gestante, concedido às servidoras públicas federais, no cômputo do estágio probatório.

Logo na sequência, Guilherme Nunes de Paiva e André Studart Leitão, estudam o “Direito ao esquecimento: evolução, nuances e decisão do STF no RE nº 1.010.606-RJ, no qual debatem o direito ao esquecimento e o julgamento do RE nº 1.010.606/RJ diante da proteção dos direitos da personalidade.

Ato contínuo, Izabella Flávia Sousa Antunes Viana de Medeiros e Paulo Marcio Reis Santos, apresentaram o artigo a “Polarização de grupos e vulneração das minorias – os efeitos do racismo nos altos índices da violência contra negros no Brasil”, que trata de analisar a polarização de grupos no Brasil, com a aparente colisão entre grupos autodenominados conservadores ou de direita, em oposição a grupos de esquerda ou ditos progressistas, bem como essa polarização gera incremento da violência contra grupos minoritários, em especial os negros, promovendo o racismo e os altos índices de violência contra os negros no Brasil.

Depois, Sibila Stahlke Prado , Bruna Azevedo de Castro com o artigo “Apontamentos sobre a liberdade de manifestação de pensamento, esfera pública seletiva e subalterna no Brasil no contexto da sociedade da informação e do conhecimento” discutem a expansão da esfera pública por meio das novas tecnologias da informação, como forma de garantir o princípio da igualdade, a partir da concepção de esfera pública elaborada por Habermas para identificar esferas públicas seletivas e subalternas.

Por fim, em “A modificação da postura do Poder Judiciário a partir da ponderação e a Teoria de Luis Prieto Sanchís”, Marcelo Bezerra Ribeiro , Paulo Henrique Pinheiro dos Santos discutem a mudança paradigmática do Direito quanto a normatividade dos princípios, o procedimento de ponderação capaz de ampliar a atuação dos magistrados e o limite dessa intervenção, abordando o instrumento da ponderação na visão de Luís Prieto Sanchís, permitindo a análise dos pontos positivos e negativos desse novo agir por meio da jurisdição.

Com a presente apresentação, desejamos a todos uma boa e agradável leitura.

José Fernando Vidal de Souza – Universidade Nove de Julho -UNINOVE

Riva Sobrado De Freitas - Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC

Marcos Leite Garcia - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

**A MODIFICAÇÃO DA POSTURA DO PODER JUDICIÁRIO A PARTIR DA
PONDERAÇÃO E A TEORIA DE LUIS PRIETO SANCHÍS**

**THE MODIFICATION OF THE POSITION OF THE JUDICIARY BASED ON THE
WEIGHTING AND THEORY OF LUIS PRIETO SANCHÍS.**

Marcelo Bezerra Ribeiro ¹
Paulo Henrique Pinheiro dos Santos ²

Resumo

A mudança paradigmática do Direito quanto a normatividade dos princípios, acentuou um caminho a evolução na proteção dos direitos fundamentais, dissolvendo conflitos entre as regras, assim como entre os princípios, estes entendidos de acordo com o seu peso de importância, surgindo o procedimento de ponderação capaz de ampliar a atuação dos magistrados. Dessa maneira, o entendimento da existência de legitimidade na ampliação jurisdicional, traz à tona o limite dessa intervenção, abordando o instrumento da ponderação na visão de Luís Prieto Sanchís, permitindo a análise dos pontos positivos e negativos desse novo agir por meio da jurisdição.

Palavras-chave: Modificação da postura, Poder judiciário, Direitos fundamentais, Ponderação, Jurisprudência

Abstract/Resumen/Résumé

The paradigm shift of Law regarding the normativity of principles, accentuated a path towards the evolution in the protection of fundamental rights, dissolving conflicts between the rules, as well as between the principles, these understood according to their weight of importance, giving rise to the weighing procedure capable of expanding the role of magistrates. Thus, the understanding of the existence of legitimacy in jurisdictional expansion brings out the limit of this intervention, approaching the weighing instrument in the view of Luís Prieto Sanchís, allowing the analysis of the positive and negative points of this new act through jurisdiction.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Change of posture, Judicial power, Fundamental rights, Weighting, Jurisprudence

¹ Pós-doutor em Direito pela PUC/RS, Doutor e Mestre em Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá (UNESA), Professor permanente do PPGDF da Universidade da Amazônia (UNAMA).

² Bacharel em Direito – ICJ/UNAMA, Mestrando em Direitos Fundamentais – PPGDF/UNAMA, Bolsista CAPES.

1. INTRODUÇÃO

A modificação da postura do Poder Judiciário na ordem jurídica foi determinante para a ampliação das responsabilidades dos magistrados, a partir do reconhecimento da normatividade presente nos princípios, não havendo mais o pensamento restrito de sua existência somente nas regras, condicionando a observância das normas jurídicas postas à uma vinculação com os princípios constitucionais, a partir da ruptura realizada pelo constitucionalismo, reconhecendo a Constituição em sua ordem de supremacia em face das outras normas legais, exigindo dos magistrados um dever mais exacerbado no que tange ao encontro das soluções dos casos concretos.

Dessa maneira, a problemática maior é a forma como vão ser resolvidos os conflitos existentes entre regras e entre os princípios, sendo encontrados instrumentos capazes de fomentarem essa finalidade, que é a subsunção e a ponderação, ganhando premência o ato de ponderar os princípios constitucionais, extraindo de sua essência os limites presentes em sua efetivação, permitindo uma maior liberdade ao Poder Judiciário para a prolação de decisões as mais diversas, capazes de intervirem em uma aspecto atrelado, originalmente, a órbita dos outros Poderes da República, caminho esse que pode ser permitido a partir do uso da ponderação na solução dos conflitos entre os princípios.

Dessa maneira, como objetivo geral é o entendimento de até que ponto a ponderação poderá ser usada a partir das conclusões concedidas pelas ideias de Prieto Sanchís, pensador ligado ao Neoconstitucionalismo, é necessário percorrer a origem do pensamento atrelado a normatividade dos princípios, e como eles fazem parte do ordenamento jurídico em geral, partindo ao objetivo de entender qual o instrumento necessário para a solução dos conflitos entre eles, e por fim o entendimento dos pensamentos de Luís Prieto Sanchís quanto a legitimidade presente no procedimento de ponderação das normas jurídicas.

Diante disso, a partir de elucidação por meio da bibliografia especializada na temática, no que concerne a análise das diferenciações entre regras e princípios, e a evolução do entendimento quanto aos efeitos das normas principiológicas, e Luís Pietro Sanchís quanto a análise da legitimidade dos rumos tomados pelo instrumento da ponderação, entre outros relacionados a temática central, constituindo uma pesquisa do tipo bibliográfica, na busca da existência de limites a intervenção do Poder Judiciário em assuntos estranhos a sua função típica.

Na primeira parte deste estudo, é discutido o caminho para o reconhecimento da normatividade dos princípios, passando eles a pertencerem ao aglomerado de produção de

efeitos dentro do ordenamento jurídico, retirando a exclusividade exercida pelas regras quando ainda não tinha a preocupação quanto ao teor valorativo das normas, passando pela transformação ocorrida a partir do constitucionalismo, fatos essenciais para a mudança profunda nos rumos percorridos pelo Direito.

Na segunda parte, há uma discussão sobre o uso da ponderação como instrumento de técnica dos conflitos entre os princípios, principalmente por causa da sua não concretude, diferenciando-os a partir do caso concreto em análise, ao ser reconhecidos em decorrência de seus diferentes graus de importância em certa lide, podendo haver a prevalência de um em relação aos demais como a consequência direta do uso da ponderação.

Na terceira parte é explorada sobre a modificação da postura do poder judiciário, ao permitir a ampliação de sua área de intervenção a partir do instrumento da ponderação, e como Prieto Sanchís conclui suas ideias sobre a existência de discricionariedade por parte do magistrado quando pondera princípios conflitantes em uma certa situação, com a possibilidade de não prolações de decisões com o puro subjetivismo por parte do juiz, entendendo as principais ideias do Neoconstitucionalismo defendido por esse autor.

2. A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E SUA DISTINÇÃO DIANTE DAS REGRAS

Os princípios sempre fizeram parte do ordenamento jurídico em geral, apesar de não ter em seu primórdio o mesmo peso de importância das regras no momento de conceber direitos e deveres a sociedade e ao Estado, contendo uma carga valorativa neutra, no que concerne a sua falta de aplicação prática na resolução dos conflitos discutidos em sede judicial, concebendo-os essencialmente como princípios gerais, ou seja, não vinculados diretamente ao conteúdo do direito, mas sim como uma mera forma de complementação na falta de disposição normativa, evidenciando uma preferência no uso da técnica da subsunção, no que concerne o positivismo exegético, ligado a sintaxe dos dispositivos legais (STRECK, 2014, P. 73-74), sendo as normas jurídicas instrumentalizadas por meio de regras, não havendo outro instrumento jurídico capaz de externalizar os anseios necessários ao alcance de uma segurança jurídica adequada no meio social.

Dessa maneira, no século XX, o pensamento mais aclamado na época era o de Hans Kelsen, defensor do positivismo normativista, por meio da publicação de sua Teoria Pura do Direito, buscou individualizar aqueles assuntos pertinentes a seara jurídica, e excluir de seu

campo de exploração outras temáticas que poderiam obstaculizar, obscurecer, contradizer a essência que deve ser entendida como pertencente ao âmbito jurídico, concebendo uma verdadeira espécie de “pureza” no momento de idealizar as teorias em face do estudo do Direito em sua totalidade, reafirmando a existência de normatividade somente às regras jurídicas (KELSEN, 1988, P. 139).

A preocupação dos pensadores desse período, fundamentados nas ideias Kelsenianas, estava atrelada somente com a norma em si mesma, e não com os aspectos valorativos que poderiam ser extraídos de sua interpretação ou em sua praticidade, pois compartilhavam um certo tipo de temor em ampliar o espectro visionário dos juristas, tendo estes o dever de atentar aos assuntos sintéticos, breves, sem muitas observações ligadas a outras áreas capazes de aperfeiçoarem a seara jurídica através da interdisciplinaridade essencial para a evolução da ciência, fomentando aparatos alcançáveis somente a partir do enlace de ideias entre áreas autônomas mas harmônicas entre si, fazendo uma espécie de analogia ao princípio da separação de poderes, conforme o artigo 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ficando os aspectos valorativos, como a justiça, em uma área de esquecimento (KELSEN, 1988, P. 140-141).

Nesse ponto de vista, não existia uma espécie sequer de lacunas no ordenamento jurídico, pois a simples observância do procedimento formal de criação das normas jurídicas já seria o bastante para dar completude a ordem normativa, não necessitando analisar algum tipo de lacuna, espaço, defeito em seu conteúdo, prevalecendo o que podemos entender pelo disposto na parte inicial do artigo 5º, da Carta Magna de 1988, no concernente a igualdade de todos perante a lei, não necessitando haver maiores digressões a respeito das peculiaridades e singularidades de cada pessoa formada na sociedade, pois todos deveriam ser tratados e protegidos em seus direitos na mesma proporção, não havendo necessidade de preocupação mais aprofundada em um entendimento baseado na igualdade material, ou seja, a mera observância formal do artigo 59 e seguintes da Lei Fundamental em vigor, como exemplo, sem uma evolução em sua matéria, a respeito das modificações sociais, que poderia ser relegadas exclusivamente a sociologia e antropologia, que para o positivismo jurídico de Kelsen não adentrariam no âmbito do Direito, seria suficiente para a concepção de um ordenamento jurídico total, sem nenhum tipo de déficit normativo (KELSEN, 1988, P. 171).

Dessa forma, nesse momento histórico, somente as regras eram consideradas normas, não havendo esse mesmo entendimento quanto aos princípios, os quais eram totalmente destituídos de normatividade e, em consequência de eficácia jurídica, o que pode ser entendido, realizando uma breve e corajosa analogia, com o preâmbulo da Constituição Federal Brasileira de 1988, o qual é entendido como uma mera introdução ao texto normativo da Lei Fundamental,

não realizando nenhum tipo de efeito sobre o ordenamento jurídico (BARCELLOS, 2018, P. 107-108), assim sendo, os princípios não poderiam ser conhecidos como instrumentos de efetivação dos direitos, e muitos menos como base para se chegar a uma ampliação do aparato jurídico no que concerne a proteção dos bens jurídicos, pois havia o entendimento de que as regras tornaram-se suficientes na busca da concretização dos anseios da sociedade através da proteção e garantia dispostas nas leis (DUARTE, 2011, P. 174).

Contudo, a partir da segunda metade do século XX, com o advento de uma nova corrente denominada de pós-positivismo¹, os princípios não são mais concebidos como destituídos de eficácia jurídica, mas a partir desse momento admite que são autênticas normas jurídicas, externando efeitos no ordenamento jurídico, capazes de fomentarem resultados alcançados anteriormente somente pelas regras, passando a fundamentar toda a ordem legal (STRECK, 2010, P. 163-166).

A partir desse giro quanto a consideração da existência de normatividade nos princípios jurídicos, retira-se aquela preocupação somente ligada aos aspectos formais, ao introduzir a vinculação deles com a atividade do intérprete constitucional, crescendo mais a limitação desse agente no instante de fundamentar, motivar e implementar uma certa decisão aos casos concretos de sua competência, expandindo o horizonte alcançável do Direito, retirando as amarras que a muito atrapalhavam a evolução do ordenamento jurídico no caminhar a favor da proteção das relações sociais, as quais fomentam as possíveis relações jurídicas, tendo a observância das ideias de justiça, ao contrário do exposto no parágrafo anterior, trazendo à tona o conteúdo das normas, modificando todo o aparato presente no evoluir do Direito, pois os princípios são o “oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa” (BONAVIDES, 2004, P. 288).

Diante disso, os princípios ganharam mais carga de importância quando do crescente movimento do constitucionalismo, pois as Constituições começaram a adquirir uma elevada força normativa, principalmente por causa de que muitas de suas normas são princípios jurídicos, fazendo deles uma mola propulsora nesse brilhantismo concebido em torno das Leis Constitucionais em efervescência no cenário mundial.

A partir desse novo entendimento, começam as discussões sobre as diferenças, particularidades e relações entre princípios e regras. E, um dos assuntos mais destacados é a possível existência de hierarquia entre essas duas normas jurídicas, mas, como consenso da

maioria, entre elas não há como conceber uma espécie de hierarquia, tendo somente como um pensamento especulativo baseado na ordem de preferência na busca das soluções dos conflitos emergentes, podendo chegar a diferenciações no âmbito da prática, ou seja, no momento deles efetivaram os efeitos esperados na solução dos casos concretos, como qual a violação é mais gravosa, pois:

[...] a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2019, P. 842).

Entretanto, essa maneira de trazer mais importância aos princípios no que tange ao grau de seriedade em ser desrespeitados, em contrapartida aos efeitos das regras, é uma espécie de mostrar uma possível diferenciação hierárquica entre essas duas normas jurídicas no âmbito de sua concretude, mas não pode ser levada em consideração como uma margem capaz de efetivar essa possível hierarquização.

Partindo do ponto destacado há pouco, há a evidente possibilidade de diferenciação entre princípios e regras, mesmo que essa tentativa seja de certa forma complexa, principalmente quando deixa em destaque as características e o modo de praticidade de cada uma delas, seja quanto ao grau de abstração, concretude, entre outros aspectos chaves.

Dessa maneira, os pensamentos de Dworkin, na busca da diferenciação entre essas duas espécies de normas jurídicas foram essenciais para construir um pensamento atrelado ao aperfeiçoamento de suas efetivações, pois as regras seguiram a ideia do “tudo ou nada”, ou seja, se uma regra é válida em certo caso concreto, ela deve ser aplicada, mas se houver o contrário, ela não deve ser usada na busca da solução, concebendo que os conflitos entre as regras jurídicas são resolvidas a partir de sua validade, a qual pode ser destrinchado por meio de critérios de composição, como o critério cronológico, da especialidade e hierárquico, não havendo peso entre elas, e muito menos medidas, não ocorrendo de uma regra ser mais importante do que a outra quando em conflito, de forma a concretizar um sopesamento entre elas (DWORKIN, 2010, P. 39-40).

Quanto aos princípios, o filósofo da ideia de que eles têm uma dimensão de peso ou importância, ou seja, em caso de colisões entre eles, alguns podem prevalecer sobre os outros, mas sem retirar a validade daquele que foi afastado, tendo o seu intérprete o dever de verificar qual será o princípio preponderante naquele conflito, surgindo a ideia de ponderação,

necessitando da observância da força de cada um, não prevalecendo nesse âmbito o “tudo ou nada” visto na solução dos conflitos entre as regras (DWORKIN, 2010, P. 41-43).

Como maneira de aprofundar essas diferenciações entre esses dois tipos de normas jurídicas, Robert Alexy trás aspectos mais específicos em torno de suas características, entendendo que as regras são mandamentos definitivos, não precisando de muitas digressões em torno do seu entendimento, somente é necessário cumprir o que está disposto em seu texto, não havendo espaço para feitura de gradações, podendo os conflitos serem solucionados a partir da inclusão de uma cláusula de exceção, ou seja, esse jurista segue quase a mesma essencialidade de Dworkin quanto as regras (ALEXY, 2017, P. 91).

De outro modo, em relação aos princípios, esse pensador já demonstra uma certa particularidade de suas ideias, pois concebe-os como mandamentos de otimização², sendo diferenciados em graus e cumpridos de acordo com o grau escolhido, dependendo da situação prática em vigência. Quando há colisão entre os princípios a sua ideia é percorrer um caminho não ligado a invalidação de um deles, e sim a aplicação de um em detrimento do outro, mas sem que este deixe de fazer parte do ordenamento jurídico, podendo ser usado em outra circunstância fática ou jurídica, concebendo a ideia de ponderação (ALEXY, 2017, P. 92-93).

Portanto, a evolução torna-se patente no caminho da materialização dos princípios concebidos como normas jurídicas, capazes de fomentarem efeitos dentro do ordenamento jurídico em prol da evolução do Direito no que tange os novos anseios populares, e a uma certa modernização dos instrumentos essenciais a vivência e consolidação da Democracia mais voltada a participação popular nas escolhas dos rumos a serem consolidados no meio jurídico, através das iniciativas legislativas e as inúmeras mudanças nas ações sociais, trazendo modificações importantes a implementação progressiva dos direitos sociais através das políticas públicas.

3. PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E A AÇÃO JUDICIAL

A partir da análise das diferenças no que tange a superação dos conflitos entre as regras e entre os princípios, algo especial existe na discussão do modo como será realizada a solução dos possíveis confrontos que podem surgir a partir do caso concreto em que estão em dissintonia

² Um contraponto é defendido por Lenio Streck em seu livro *Hermenêutica Jurídica e (em) crise*, pois ele não entende que os princípios são mandados de otimização, pois isso desencadearia em sua aplicação além dos limites democráticos no ordenamento jurídico.

dois princípios fundamentais capazes de concretizarem diversos caminhos, dependendo de qual ganhará a prevalência no caso em questão, fomentando a discussão concernente sobre qual o instrumento que deve ser escolhido pelos juristas ao adentrarem nessa seara jurídica.

Dessa maneira, quando em conflito os princípios constitucionais, é necessário ir em busca, em certa situação específica, de qual deles irá prevalecer, não podendo ocorrer a invalidação do outro não escolhido como prevalente nesse momento, pois ele poderá ser aplicado em outros casos análogos mais favoráveis à sua efetividade, percebendo uma certa graduabilidade entre esse tipo de norma jurídica, sendo que:

[...] primeiro é avaliado o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio (ALEXY, 2017, P. 594).

Isso é marca patente quando entra em discussão a efetividade progressiva dos direitos sociais, as quais dependem, de forma típica, da ação dos Poderes Legislativo e Executivo, em formalizar e executar as políticas públicas escolhidas para certa área social, pois a feitura das preferências elencadas em seu texto planejado, advém de um planejamento anterior, condicionado a partir das leis orçamentárias que fazem parte do sistema de planejamento do poder público, atrelados a deveres essenciais para oportunizar vantagens das mais diversas, principalmente as pessoas mais vulneráveis, as quais devem ser guiados pelos princípios da adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito, sendo esse último uma das sub-regras da proporcionalidade, o qual está muito ligada a ideia de ponderação (DUARTE, 2011, P. 174).

Nisso posto, quando o Poder Público está diante de dois caminhos atrelados a benefícios alcançáveis através da efetivação de determinado direito fundamental, como o fornecimento de um medicamento essencial ao tratamento de uma doença rara, ou que não está elencado nas listas do Ministério da Saúde, para haver a observação e respeito básico a proporcionalidade em sentido estrito, faz-se vistas a ponderação entre benefícios e prejuízos, pois para não invalidar a medida escolhida, os prejuízos devem ser menores do que os benefícios, havendo a ideia de que:

[...] ela nos conduz à ideia de conformidade, sopesamento entre a limitação imposta e o fim pretendido, devendo o ônus ser menor que o benefício alcançado. Implica o balanceamento dos princípios colidentes, na busca da melhor e mais justa solução do conflito (BRAGA, 2009, P. 115).

Essa discussão tratada acima coloca em evidência que quando em colisão direito fundamentais, muitos deles relacionados a princípios constitucionais, para a preservação do direito mais vital em um dado caso concreto há a necessidade de um sopesamento entre o quanto aquele direito é realizável e o quanto dele pode ser restringido, concebendo em que medida podem ser adotadas certas escolhas restritivas, sem haver a invalidade do outro direito fundamental não prevalecente naquele caso concreto, como pode ser discutido quando existe a transgressão em face da lista de espera na doação de órgãos do Sistema Único de Saúde (SUS) e as pessoas que conseguem seu direito através do Poder Judiciário.

Isso repercute no entendimento acerca do Neoconstitucionalismo, disposto por Pietro Sanchís (SANCHÍS, 2011), como modelo de Estado de Direito, o qual reúne dois tipos de tradições, uma ligada a origem norte-americana, aonde é estabelecido um conjunto de direito mínimos, entregando certa autonomia, para que em cada momento histórico, as decisões coletivas e os planos de vida se desenvolvam livremente, colocando a Constituição em um plano superior, restando sua garantia ao Poder Judiciário, limitando as ações do Poder Legislativo, o qual fica competente por somente as regras básicas da organização política (SANCHÍS, 2001, P. 126).

Por outro lado, a outra tradição é atrelada a origem francesa, concebendo uma Constituição, podemos dizer, mais intrusa, pois condiciona as decisões coletivas, não se resumindo em um simples documento escrito, pois materializa a vontade popular nas matérias envoltas de direitos sociais, passando a se preocupar com quem deve mandar, em uma supremacia constitucional vinculada a um garantismo jurisdicional, baseada nos ideários defendidos na Revolução Francesa, tendo como principal autor o Poder Legislativo, ficando evidente suas diferenças em relação a tradição norte-americana (SANCHÍS, 2011, P. 125).

Diante disso, Luís Prieto invoca que o Neoconstitucionalismo é uma mistura dessas duas tradições, fortalecendo acentuadamente seu conteúdo normativo e de garantia jurisdicional:

Del primeiro de los modelos enunciados se deduce la garantía judicial, que es el método más consecuente de articular la limitación del legislador; pero de a segundo se deducen los parámetros del enjuiciamiento, que ya no son reglas formales u procedimentales, sino normas substantivas (SANCHÍS. 2011, P. 129).

No que concerne ao Neoconstitucionalismo como ideologia, a importante digressão é na sua acepção de filosofia política, a qual concebe o constitucionalismo como melhor e mais

justa forma de governo (SANCHÍS, 2011, P. 123), pois a tradição atrelada a origem francesa, concebendo a Constituição como um modelo mais intruso nas decisões coletivas da população, traz um embate democrático no que concerne a sua larga margem de ponderação, crescendo na mesma proporção as esferas de escolhas individuais que devem ser protegidas no texto constitucional, tendo consequência no crescimento dos princípios preponderantes no sistema jurídico, mas em contrapartida, as esferas de decisões vão ser drasticamente reduzidas, mostrando duas grandezas inversamente proporcionais (OTTO; PAZZOLO, 2010, P. 67).

A repercussão desse tipo de pensamento está na nova teoria do Direito, principalmente no que concerne a resolução de conflitos, com a transição do Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito, em que os traços marcantes estão na disposição de que:

Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución em todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos minimamente relevantes, en lugar de espacios exentos em favor de la opción legislativa oregulamentaria; omnipotência judicial em lugar de autonomia el legislador ordinário; y, por último, coexistência de una constelación plural de valores, a veces tendenciosamente contradictorios, em lugar de homogeneidade ideológica em torno a um puñado de principios coherentes entre sí y em torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas (SANCHÍS, 2011, P. 131-132).

A ponderação foi essencial para chegar à conclusão referente ao não uso absoluto da cláusula da reserva do possível, sem antes está protegido e efetivado o mínimo existencial, pois sem uma verdadeira medida capaz de conceber um denominador comum ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, todo o cerne dos direitos fundamentais estaria abalado por decisões arbitrárias por parte do poder público, permitindo um controle da racionalidade da lei:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida [...], na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade, estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos (BARCELLOS, 2002, P. 245-246).

Nesse aparato, a utilização de mais princípios do que regras, segundo Sanchís, é baseada no entendimento de eles se respeitam, mesmo quando entram em conflitos, pois em vez de haver a aplicação da subsunção, técnica usada na resolução de conflitos entre regras, a ponderação evidencia os valores positivados, ampliando o campo de regulação das decisões individuais, como por exemplo as políticas públicas de saúde, educação, cultura, entre outras,

que concebe a subjetividade dos direitos sociais, que podem ser considerados como direitos fundamentais para fins do novo constitucionalismo, e como não existe uma solução certa para a resposta ansiada pelo meio social no ordenamento jurídico, os princípios estariam assumindo esse papel central, não sendo a inespecificidade do direito, muitas vezes presente, obstáculo na evolução da proteção jurídica, na busca da melhor decisão, em consonância da defesa do direito como integridade (DWORKIN, 2010, P. 127).

No que concerne ao uso de mais ponderação do que subsunção, põem em voga de que a maioria dos princípios no plano abstrato são totalmente ordenados, mas quando são aplicados aos casos concretos apresentam diversos conflitos, e o uso da ponderação não será na busca de um equilíbrio, mas sim de um princípio que está em maior evidência, chegando a melhor decisão, melhor sentença, definindo as proporções que podem ser aplicadas de cada princípio, pois eles tratam de mandamentos de otimização, e a medida de cumprimento de um deles depende diretamente do nível de exigibilidade do outro (SANCHÍS, 2011, P. 137).

Entretanto, Sanchís não concebe uma ideia de que a ponderação, como instrumento de destaque em sua teoria, exclui a subsunção, pois essa sempre é um caminho anterior em direção ao ato de ponderar, pois não tem como saber quais os princípios estão em conflitos antes de subsumir do caso concreto quais deles estão nessa ação de contradição. Identificados, no final desse procedimento a norma ponderada não é mais aquela genérica aplicável em todos os casos concretos, mas específica para aquele em questão, podendo essa se tornar geral em casos assemelhados, após sua nova subsunção (SANCHÍS, 2011, P. 132).

Dessa forma, a concepção de que no Direito Constitucional não pode haver espaço ou lacunas, por causa da supremacia da Constituição, como exemplo a Constituição Federal do Brasil de 1988, abrangendo as mais diversas áreas do ordenamento jurídico, havendo um amplo regimento, crescendo o âmbito de influência dos efeitos advindos dos princípios e direitos fundamentais, havendo um amplo rol de direitos e garantias no art. 5º, da Lei Fundamental, foi necessário a modificação da atividade interpretativa do Poder Judiciário, que com o Neoconstitucionalismo, deve lidar com as normas constitucionais através da ponderação.

A partir desse ponto, o entendimento da onipresença da Constituição é mais claro, elegendo a onipresença do magistrado no lugar da autonomia do legislador ordinário, reduzindo o espaço de atuação deste, por causa da abrangência cada vez maior das escolhas individuais, trazendo o Poder Judiciário ao centro dessa organização, sendo o principal autor para que as normas constitucionais sejam garantidas, pois na existência de um conflito, será chamado, fazendo uso da ponderação, para encontrar um denominador comum capaz de fornecer qual deles deve prevalecer em relação as peculiaridades do caso concreto (SANCHÍS, 2011, P. 141).

Portanto, a inovação em relação ao positivismo de Kelsen, o qual via o Direito como puro em si mesmo, é a colocação do Poder Judiciário no centro de todos os conflitos entre princípios constitucionais e direitos fundamentais, concebendo o direito sem lacunas ou espaços, chegou-se em um denominador comum, concretizado a partir do novo prisma de atuação dos magistrados, abrindo espaço a efetividade progressiva dos direitos fundamentais sociais.

4. CONSTITUCIONALISMO FORTE E A AÇÃO POSITIVA DO JUDICIÁRIO

A modificação da atuação do Poder Judiciário foi o ponto de partida para as mudanças em relação a dinâmica de proteção dos direitos fundamentais, no que concerne ao Neoconstitucionalismo, colocando os magistrados em uma função de protagonismo dentro do Estado Social e Democrático de Direito, fomentando a ampliação das responsabilidades do Judiciário no cenário jurídico em geral.

Podemos assistir essa maior intervenção do Poder Judiciário em outros poderes da República Federativa Brasileira, quando aquele é chamado para intervir em assuntos relacionados as suas atividades atípicas, ou que nem faziam parte de suas competências em momentos anteriores, como o orçamento público e a implementação das políticas públicas, pois o instrumento da ponderação somente pode ser exercido pelos magistrados, os quais tem o poder da jurisdição como condição de suas funções, exercendo forças capazes de modificar todo um aparato direcionado a certa áreas relacionadas ao desenvolvimento de um Estado, em face das inúmeras omissões por parte do Poder Público (ROCHA, 2011, P. 243).

O fato de o Poder Público não usar de suas próprias atribuições para efetivar os seus deveres constitucionais, omitindo-se na concretização dos meios para as pessoas alcançarem a capacidade fática de viverem seus direitos na mais pura liberdade jurídica possível, pesa no que concerne a fomentação dos ideários ligados a superação de uma igualdade apenas formal, vinculada a aplicação da lei no seu sentido interpretativo, sem levar em consideração as nuances materiais cabíveis para a superação de parte da desigualdade social tão aprofundada no meio social brasileiro, não sendo aceitável um direto desrespeito ao texto da Norma Fundamental de 1988, pois:

Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a

avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito (BRASIL, 2002).

Nesta monta, é concebido o entendimento de que o legislador e o administrador não têm liberdade absoluta para realizar suas vontades da forma como bem entender, principalmente no que concerne aos destinos dos gastos públicos, mas na prática as contínuas omissões por parte do Poder Público compromete a confiança que os eleitores entregam aos candidatos no dia de exercer seu direito ao voto, para eles assumirem suas responsabilidades no exercício de seus cargos, colocando em vigor os anseios do povo da maneira mais razoável possível, não podendo ter na prática a modificação das finalidades vinculadas na norma constitucional, havendo a necessidade de um aparato jurídico capaz de contornar as dificuldades encontradas nesse âmbito público (SCAFF, 2005, P. 97).

Essa restrição a liberdade de conformação do legislador advém do respeito a supremacia da Constituição, tendo como núcleo consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é fundamento da República Federativa Brasileira, de acordo com o artigo 1º, inciso III, da Carta Magna 1988, a ideia de dar preferência as ideias ligadas a igualdade material, não dependendo somente da sua livre disposição no mercado, pois para aqueles que não tem poder financeiro ficará restringido de conquistar alguns direitos, nascendo assim a necessidade da intervenção do Estado, mas com sua omissão, resta a judicialização da política, não por ela mesma, mas sim o assumir por parte do Poder Judiciário a implementação da Justiça Social através de um imperativo ético (SCAFF, 2005, P. 100-101).

Esse caminho fica mais custoso quando vinculada a ideia de implementação dos direitos sociais com os dispêndios financeiros que o Estado deverá fornecer a sua efetivação, diferente do que seria na prática a proteção aos direitos individuais, pois dependerem de uma mera aplicação direta de suas garantias, não precisando de uma verdadeira reserva de recursos públicos à sua fruição, o que na realidade não coaduna com a lógica dos fatos, pois para os cidadãos poderem exercer seu direito ao voto, é essencial um gasto relacionado com o funcionamento da urnas eletrônicas, pessoal para organizar os polos de votação, a alimentação dos fiscais de seção e sua equipe, entre outros pontos essenciais para a disponibilização de uma zona eleitoral segura aos eleitores, dessa maneira, a ideia central que cria obstáculos na fruição dos direitos de 2ª dimensão, podem ser compartilhados pelos de 1ª dimensão, demonstrando a existência de uma interdependência, indivisibilidade e unidade entre esses direitos (RAMOS, 2018, P. 96- 97).

Ao não haver esse amparo do povo por parte do respeito de seus direitos fundamentais, o Estado está construindo uma forma de atacar um dos pilares fundamentais de sua existência, pois é inadmissível a não necessidade do elemento pessoal, pois sem esse aparato da população não é possível haver o Estado, o qual é formado para servir a esse aglomerado orgânico de pessoas, tendo como consequência o rompimento com a segurança jurídica necessária em uma ordem democrática, na qual o respeito a corpo de cidadãos é essencial na busca do bem-estar geral (DALLARI, 2013, P. 100).

Nesse diapasão, com base na superação das omissões estatais, o Poder Judiciário é visto como uma válvula de escape na luta pela garantia dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais, através do poder exercido pela jurisdição, demonstrando que a atividade jurisdicional torna-se competente por assuntos sem muitos precedentes dentro da seara jurídica, pois em um passado não muito distante, assuntos relacionados ao orçamento público, planejamento dos gastos públicos, e outros assuntos derivados, como o fornecimento de medicamentos, tratamentos e cirurgias, eram renegados exclusivamente aos Poderes Legislativo e Executivo, os quais estavam mais bem legitimados, já que foram todos eleitos pelo voto popular, a lidarem com assuntos relacionados a área prática constituída a partir do mandatos eleitorais.

No entanto, a discricionariedade presente nas decisões judiciais, no mesmo trilhar dos atos administrativos, não foi anulada, pois não é possível negar o caráter valorativo que contém o juízo de ponderação, pois não há uma verdadeira redução das margens de indeterminação do Direito a partir do uso desse instrumento, pois a decisão escolhida para certo caso concreto é a mais acertada nesse instante, o que poderá ser totalmente diferente se relacionada a um outro caso concreto com algumas particularidades que anseiam por uma resposta mais específica ou diferenciada, então a margem de interpretação não é simplesmente achatada a partir que a jurisprudência vai evoluindo em certos tipos de assuntos chaves, mas sim aumenta o grau de indeterminação do direito, crescendo na mesma proporção a parcela do subjetivismo do poder judiciário, permitindo aos juízes criarem as normas positivas por meio de sua interpretação, tendendo a um certo atentado contra o princípio da separação dos poderes (FERRAJOLI, 2012, P. 45-46).

Entretanto, a ponderação usada como instrumento capaz de permitir a desvirtuação do caráter cognitivo da jurisdição, com a exacerbação da discricionariedade da atividade jurisdicional, promovendo um desmedido subjetivismo, no viés de Prieto Sanchís, quando realizada nos moldes propostos, não dará espaço ao proferimento de qualquer decisão carregada de aberrações morais ou decisionismos vazios de ponderação, mas sim como uma forma de

orientação para enxergar como os juízes devem se comportar em casos sub judice semelhantes aqueles já solucionados anteriormente, mostrando qual princípio deve ser aplicado e em que intensidade, relativizando a ideia de discricionariedade por parte do magistrado:

Sin duda, la idea de los principios y el método de la ponderación, que aparecen indisolublemente unidos, representan un riesgo para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de mayoría que es fundamento de la democracia. Pero, por lo que alcanzó a entender, es un riesgo inevitable si quiere mantenerse una versión tan flerte del constitucionalismo [...] (SANCHÍS, 2011, P. 157).

Dessa forma, com essa base de pensamento, o Neoconstitucionalismo não está sendo seguido em toda a sua inteireza, pois ele engloba as duas tradições históricas relacionadas ao constitucionalismo de essência Francesa e Norte Americana, mas como a preferência e a metodologia é conceber a importância da ponderação na solução dos conflitos entre os princípios, os quais são destaques dentro da ordem jurídica constitucional brasileiro em face da regras, exacerbando as áreas de atuação dos magistrados, elevando os pontos de abrangência que pode ser alcançados por uma decisão judicial, houve uma escolha por um dos lados de origem do Neoconstitucionalismo, aquele ligado a liberdade às decisões coletivas, com a expansão das proteções das escolhas individuais, expandido de uma maneira desacelerada o poder dos magistrados, capazes de repercutirem decisões em inúmeras áreas relacionadas a presença dos outros Poderes da República (STRECK, 2014, P. 56).

Portanto, o ideário formado na essencialidade da ponderação em torno da resolução dos conflitos entre princípios, relacionada a subsunção da regras como fase anterior e amplamente dependente, sendo esse instrumento aparato de atuação do Poder Judiciário, o qual teve uma severa modificação e ampliação na sua área de atuação e responsabilidade, com todo o ordenamento jurídico brasileiro subordinado e impregnado das normas constitucionais, não havendo um diminuição da indeterminação de suas normas, cria-se a necessidade racional da ponderação, para a verificação dos pesos entre essas normas jurídicas, capazes de criarem obrigações propriamente ditas, constituindo um constitucionalismo forte, nas ideias de Prieto Sanchís, concebe um verdadeiro protagonismo do Poder Judiciário, tendo esse dever de guardar da Constituição e das leis, mesmo os seus membros não sendo escolhidos por voto direto, período e secreto.

5. CONCLUSÃO

A evolução do entendimento acerca da existência de normatividade presente nos princípios, a partir da preocupação quanto ao teor valorativo das normas jurídicas, a partir das ideias concretizadas pelo pós-positivismo, colocando a Constituição em um patamar de Supremacia quanto em comparação ao restante do ordenamento jurídico, foi de extrema importância para a mudança de interpretação do Direito em sua prática, saindo de uma valorização de somente uma igualdade de todos perante a lei, para a preeminência da igualdade material, com a efetivação progressiva dos direitos fundamentais sociais, consubstanciando os princípios como determinantes de soluções não alcançáveis somente por meio das regras jurídicas, diferenciando-os quantos aos seus aspectos e aplicações, abrindo espaço para o instrumento da ponderação.

Como os princípios não podem ser considerados inválidos somente por não poderem ser usados como fundamentos na solução de algum conflito entre eles, a ponderação permite a análise das diferenças de pesos presentes em cada um deles, e partindo dessa graduabilidade, com base nas peculiaridades do caso concreto, é permitido a escolha de qual deles poderá prevalecer sobre os demais, não fazendo com que eles sejam retirados do ordenamento jurídico, pois a ponderação tornou-se importante nas resoluções das controvérsias por parte do Poder Judiciário.

A partir desse novo aparato de resolução dos conflitos presentes entre os princípios, foi preponderante a modificação das competências do Poder Judiciário, mesmo que implicitamente, pois passou a exercer sua jurisdição em assuntos nunca antes auferidos por meio de lides, os quais eram de exclusiva responsabilidade do Poder Público, ao estarem relacionados com a concretização de pautas vinculadas aos mandatos eletivos dos legisladores e do executivo, mas, a partir de suas omissões para com a coisa pública, a população diretamente interessada, em sua maioria pessoas em estado de vulnerabilidade social e financeira, não poderiam ser excluídas do exercício de seus direitos fundamentais, e a única válvula de escape para equilibrar essa lacuna é o requerimento da satisfação de suas pretensões por meio da atividade jurisdicional.

Entretanto, a discricionariedade presente nas escolhas realizadas pelo Poder Executivo e Legislativo, por meio do mérito administrativo, de certa forma foi repassada ao Judiciário, quando esse deve usar da ponderação para a solução das lides apresentadas, abrindo possibilidades aos magistrados de criarem as normas jurídicas dependendo do caso concreto em análise, permitindo o aparecimento de um novo autor das normas em gerais a partir da

interpretação dada pelo juízes, usando da ponderação como um instrumento capaz de produzir normas jurídicas inovadoras, realizando o papel que anteriormente era privativo do Poder Legislativo.

Contudo Prieto Sanchís entende de forma contrária ao disposto acima, ao fundamentar suas ideias de que a ponderação, quando usada nos moldes mais fiéis a sua forma de produzir efeitos, não será aproveitada como um meio capaz de produzir qualquer tipo de decisão, não atrelando a jurisdição a subjetividade do magistrado, tornando-se necessária para a proteção de um direito indeterminado no ordenamento jurídico, o qual será determinado a partir desse instrumento em dado caso concreto, não havendo possibilidade da absoluta discricionariedade por parte do Poder Judiciário, permanecendo atrelado aos ditames da Constituição, reordenando as lacunas existentes a partir das omissões do Poder Público na efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, fica evidente a preferência pela preeminência do Poder Judiciário no cenário jurídico atual, sendo-lhe concedido o guiamento da evolução do Direito em matéria de jurisprudência, retirando a privativa competência do Legislativo e Executivo de respectivamente gerar e executar as leis, passando para a discricionariedade dos magistrados na medida que fizerem uso da ponderação na solução dos conflitos entre princípios constitucionais, base da estabilidade do ordenamento jurídico, fomentando debates quanto ao nível de desgaste da imparcialidade dos Juízes, em decorrência desses novas lides a serem solucionadas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed., 5. tiragem. – São Paulo : Malheiros, 2017, p. 91.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 245-246.
- BARCELLOS, Ana Paula de; Barroso, Luís Roberto. Preâmbulo da CR: Função e Normatividade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Pereira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 107-108.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Malheiros, 2004, p. 288.
- BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. 2. ed., 1ª reimpressão, rev. e atual. Curitiba : Imprensa, Juruá, 2009, p. 115.
- BRASIL. Constituição do Brasil de 5 de outubro de 1988. Institui a Constituição da República do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5. out. 1988.
- _____. Supremo Tribunal Federal. ADI. 2010 – Voto do Relator Ministro Celso de Mello. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2002, p. 184-198.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. – São Paulo : Saraiva, 2013, p. 100.
- DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais**. – Rio de Janeiro : Renovar, 2011, p. 174.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Nogueira. 3. ed. - São Paulo : WMF Martins Fontes, 2010, p. 39-40.
- FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. 1. ed. – Rio de Janeiro : Imprensa, Lumen Juris, 2012, p. 45-46.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1988, p. 139.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. rev. e atual. – São Paulo : Malheiros, 2019, p. 842.
- OTTO, Écio; PAZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 3. ed. – Florianópolis : Conceito, Imprensa, 2012, p. 67.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2018, p. 96-97.

ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil**. 1. ed. – São Paulo : Letras Jurídicas, 2011, p. 143.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad autónoma de Madrid. n° 5. 2011.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. ano 4, n. 4, jan./dez., Verba Juris, 2005, p. 97.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev. atual e ampl. – Porto Alegre : Livraria do Advogado, Editora, 2014.

_____. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?**. Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 15 – n. 1 / jan. - abr., 2010, p. 163-166.