

NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: EM BUSCA DE LIMITES PARA A ATIVIDADE JURISDICIONAL

NEW CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND THE APPLICATION OF INTERPRETATIVE PRINCIPLES IN THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT: IN SEARCH OF LIMITS FOR JURISDICTIONAL ACTIVITY

LA NUEVA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL Y LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: EN BUSCA DE LÍMITES PARA LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

Francisco Gilney Bezerra de Carvalho Ferreira¹
Luiz Henrique Urquhart Cademartori²

- 1 Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Público e MBA em Gestão Pública (FGV). Graduado em Direito (UNIFOR) e Engenharia Civil (UFC). Procurador Federal (AGU) e Professor do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Luciano Feijão.
- 2 Pós-doutor pela Universidade de Granada (Espanha). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria.

Resumo: O presente artigo busca discutir a problemática vivenciada no contexto de complexidade inerente à nova hermenêutica constitucional, abordando-se a aplicação dos princípios de interpretação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desenvolvendo-se o tema dentro de uma análise crítica da ampla liberdade judicial no exercício da atividade interpretativa. A pesquisa será realizada com a aplicação da técnica de investigação bibliográfica, utilizando-se o método de abordagem crítico indutivo e avaliação qualitativa.

Palavras-Chave: neoconstitucionalismo; hermenêutica constitucional; princípios de interpretação constitucional

Abstract: This article discusses the problem experienced in the context of complexity inherent to the new constitutional hermeneutics, addressing the application of the principles of constitutional interpretation in the jurisprudence of the federal supreme court. The theme is developed within a critical analysis of the broad judicial freedom in the exercise of the interpretive activity. A literature review was conducted, using the critical inductive method, and qualitative data evaluation.

Keywords: neoconstitucionalism; constitutional hermeneutics; principles of constitutional interpretation

Resumen: El presente artículo pretende discutir la problemática vivenciada en el contexto de complejidad inherente a la nueva hermenéutica constitucional abordando la aplicación de los principios de interpretación constitucional en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y desarrollando el tema dentro de un análisis crítico de la amplia libertad judicial en el ejercicio de la actividad interpretativa. El estudio será realizado con la aplicación de la técnica de investigación bibliográfica, utilizando el método de abordaje crítico inductivo y evaluación cualitativa.

3 Pós-doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduada em Direito (UFC) e Administração de Empresas (UECE). Professora adjunta do Curso de Direito da UVA. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão. Professora do Curso de Direito da Unichristus.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo; Hermenêutica constitucional; Princípios de interpretação constitucional

INTRODUÇÃO

A interpretação constitucional moderna surgiu como resposta a várias décadas de descaso com o texto constitucional. Nos últimos anos, houve uma ascensão científica e política da Constituição, materializada na elaboração de uma densa teoria constitucional e uma jurisdição voltada para a efetivação das suas normas. Nos dias atuais, a nova ordem jurídica exige a interpretação das normas à luz do arcabouço constitucional. Logo, os valores alinhados em uma perspectiva extraída da atividade interpretativa constitucional, por óbvio, tendem a revestir-se de complexidade e projeção muito mais apurada. É nesse contexto que se inserem a nova hermenêutica constitucional e os princípios de interpretação constitucional.

O presente trabalho busca discutir a atual complexidade hermenêutica instaurada a partir do movimento neoconstitucional e seus impactos na interpretação constitucional. Para tanto, leva-se a questão em discussão, desenvolvendo-a em três partes. Na primeira, optou-se por fazer um exame das premissas hermenêuticas na contemporaneidade, tendo por base o avanço da epistemologia pós-positivista. Na sequência, pontuou-se especificamente acerca dos princípios de interpretação constitucional, verificando sua incorporação pelo direito pátrio e a forma como vêm sendo invocados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por fim, partiu-se para um exame crítico com enfoque no protagonismo judicial, ressaltando-se a discricionariedade na atividade interpretativa e a necessidade de premissas de controle.

Obviamente, tendo em conta a problemática exposta, não se pretende nesta breve apresentação a solução para uma crise complexa, alvo de intensos debates na doutrina. Ao revés, dentro do alcance que se faz possível, buscou-se discutir a necessidade, por um lado, de abrir-se a novos métodos e princípios de interpretação no contexto da nova hermenêutica constitucional e, de outro lado,

analisar criticamente a ampla margem de liberdade judicial existente no exercício desse mister. Nesse particular, realizou-se no presente trabalho uma pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verificando-se a (in)efetiva utilização dos princípios de interpretação constitucional na realidade brasileira.

Para fins de realização da pesquisa científica, a originalidade do presente tema investigativo alinha-se, no que tange aos aspectos metodológicos, ao desenvolvimento da técnica de pesquisa bibliográfica, com destaque para consagradas obras doutrinárias, além de legislações pertinentes e jurisprudência especializada aplicável à espécie, utilizando-se o método de abordagem crítico indutivo e a avaliação de dados realizada de maneira qualitativa. Para além da discussão acadêmica, a problemática reveste-se de importância singular, sobretudo, pelos sensíveis impactos que repercutem diretamente na sociedade.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA CONTEMPORANEIDADE: UM NOVO OLHAR A PARTIR DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A EFICÁCIA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS NO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA

A ciência do Direito evoluiu a passos largos nas últimas décadas a partir da forte influência do neoconstitucionalismo⁴, fenômeno que tem provocado sérias alterações nas fontes jurídicas e nos métodos de sua interpretação, resultando na remodelagem da concepção jusfilosófica positivista⁵, com a abertura para uma

4 A expressão "neoconstitucionalismo" tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo. O prefixo *neo* parece transmitir a ideia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional. Nada obstante isso, fenômeno humano e histórico que é, constitucionalismo contemporâneo está ligado de forma indissociável à sua própria história (BARCELLOS, 2005, p.83-84).

5 Antes da queda, o positivismo viveu momentos de apogeu, como expõe Luis Roberto Barroso: "O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com status e ambição de ciência. Surgem os mitos. A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separada da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática

releitura da ciência jurídica, sobretudo, em nível constitucional. Superou-se, em tempos recentes, a diferenciação estanque entre direito e moral, versão consagrada por Herbert Hart⁶ no contexto anglo-saxônico, ou, ainda, a separação radical entre os mundos do ser e do dever-ser, capitaneada por Hans Kelsen⁷, representante máximo da proposta positivista no modelo continental europeu. A ideia de que a legitimidade da norma dependia apenas da obediência que prestava ao seu fundamento de validade legal já não mais cabia no contexto de intensos e complexos desafios que se apresentavam em um cenário pós-guerra. Daí resulta o inelutável avanço da epistemologia pós-positivista, ou seu desdobramento neoconstitucionalista, que recupera a dimensão ética do discurso jurídico.

Com efeito, a hermenêutica pós-positivista, dentre outros aportes, reabre o discurso jurídico para o universo dos valores ético-políticos. Essa abertura cognitiva teve sérios desdobramentos, dentre os quais o mais significativo passou a ser o neoconstitucionalismo, embora esse fenômeno abarque, hoje, uma pluralidade de manifestações, não somente jurídicas, como também políticas e ideológicas. No contexto continental europeu, a identificação do neoconstitucionalismo como essência de um novo discurso jurídico e sua diferenciação do positivismo teve como um dos seus importantes formuladores Robert Alexy e R. Dreier no final dos anos 80, do século passado, à luz do debate alemão sobre a hermenêutica constitucional. Uma das características que assumiu, parte do discurso neoconstitucional se deu através da introdução de uma concepção principiológica que estabeleceu uma diferença peculiar entre princípios e regras. Esta abordagem de princípios, adotada na matriz neoconstitucional, foi antecipada pela concepção do direito como integridade proposta por Ronald Dworkin, que pode ser considerada como sua primeira formalização como hoje é conhecida.⁸

jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade. Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz – “la bouche qui prononce les paroles de la loi” – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo”. (BARROSO, 2009, p. 314-315)

6 Para recuperação da leitura, cf. HART, 1961.

7 A respeito, cf. KELSEN, Hans. 1979.

8 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 2.

De fato, dentre as transformações percebidas no período neoconstitucional⁹, tem-se a abertura principiológica do paradigma pós-positivista, operando-se a superação da rígida dicotomia entre direito e moral. Nessa esteira, a partir do reconhecimento dos princípios como espécie normativa dentro da ordem jurídica¹⁰, valores ético-morais passaram a integrar igualmente o direito posto e, por conseguinte, a discriminação entre regras (vinculantes) e princípios (meras recomendações) no pós-positivismo é abandonada¹¹. Limita-se o aplicador do direito, assim, não apenas ao plano formal, mas também e, sobretudo, ao âmbito material de sua aplicação, a partir de mandamentos principiológicos vinculativos à ordem jurídica.

Todavia, por não se tratarem de comandos imediatamente descritivos, os princípios acabam transferindo para o intérprete uma dose importante de discricionariedade, na medida em que, tratando-se de mandamentos de otimização e sujeitos à ponderação¹², a menor densidade jurídica de tais normas impede que

9 “[...] podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais - ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou em menor intensidade - desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de “neoconstitucionalismo”: princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou direta aplicação da Constituição em vez da lei).” (AVILA, 2009, p.1-2)

10 “Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que ‘o direito’ inclui, pelo menos, tanto princípios como regras.” (DWORKIN, 2007, p. 46-47).

11 “A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta [...]. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade. Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. [...]. Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. (BARROSO, 2009, p. 328-329)

12 Acerca dessa nova concepção, a doutrina de Ronald Dworkin foi decisiva (cf. DWORKIN, 2002), mais adiante retomada por Robert Alexy sob premissas similares (cf. ALEXY, 2008). Segundo Dworkin, enquanto as regras são proposições normativas que exigem seu total cumprimento por meio de subsunção (“all or nothing”), os princípios, por sua vez, devem ser cumpridos da maior maneira possível, por meio de ponderação, reconhecendo-lhes uma dimensão de peso ou importância na sua carga valorativa. Também em Robert Alexy

delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. A porosidade atualmente percebida entre as fronteiras entre direito e moral esbarra-se, então, na sua dificuldade procedimental, porquanto a aplicação das normas principiológicas impregnadas de forte conteúdo moral¹³ demanda do intérprete a solução tida por a mais justa no deslinde de cada caso concreto, o que resulta uma inevitável abertura ao campo do subjetivismo jurisdicional.

A usual generalidade dos princípios permite uma série de soluções, conferindo ao julgador, nessas condições, uma ampla gama de soluções que lhe permitem se sobrepor à manifestação legislativa. [...] Talvez simplificando demais o fenômeno, pode-se dizer que há uma variada gama de argumentos sempre pronta a justificar as mais variadas decisões. O que tem se mostrado efetivamente decisivo para a autoridade de uma decisão não é o conteúdo de sua fundamentação, mas sim a fonte da qual emana – segundo algumas críticas – ou o processo de formação de consenso na sua produção. Por outro lado, a ética discursiva propõe que as normas são oriundas do mundo vivido, mas a sua validação depende da sujeição do debate. Em outras palavras, tudo passa a depender do consenso e, em última análise, da orientação prevalecente.¹⁴

Em um período de verdadeira efervescência na ciência jurídica contemporânea, resulta a necessária abertura para uma nova hermenêutica voltada ao enfrentamento de questões até então não vivenciadas, decorrentes, sobretudo, do paradigma pós-

o tema foi retomado, reproduzindo a ideia com premissas similares, estabelecendo-se a noção de que as regras veiculam mandados de definição, enquanto os princípios denotam mandados de otimização, o que explica a possibilidade de princípios colidentes coexistirem sem a eliminação de qualquer deles.

- 13 “De um lado, figuram os positivistas, como Luigi Ferrajoli, Luiz Prietro Sanchís, Ricardo Guastin e Suzana Pozzolo, que não aceitam a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral, mas reconhecem que pode haver uma ligação contingente entre estas esferas, sempre que as autoridades competentes, dentre as quais se inclui o poder constituinte originário, positivem valores morais, conferindo-lhes força jurídica. Do outro, alinham-se os não-positivistas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino e seus seguidores, que afirmam que Moral e Direito têm uma conexão necessária, e aderem à famosa tese de Gustav Radbruch, de que normas terrivelmente injustas não têm validade jurídica, independentemente do que digam as fontes autorizadas do ordenamento. Dentre estes autores, há quem insista na ideia de que o Direito possui uma “pretensão de correção”, pois de alguma maneira é da sua essência aspirar à realização da justiça. Contudo, na medida em que as constituições contemporâneas entronizam com prodigalidade os valores morais, este debate teórico perde bastante em importância, pois mesmo os neoconstitucionalistas que se afirmam positivistas reconhecem a penetração da Moral no tecido jurídico, sobretudo pela via dos princípios constitucionais. Trata-se do chamado positivismo inclusivo.” (SARMENTO, 2008, p. 12)
- 14 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 4.

positivista com a utilização, muitas vezes extremada, dos princípios como norma, aplicáveis por meio da ponderação¹⁵. Some-se a esta evidência, ainda, a elevação da Constituição ao *status* de norma suprema e central de todo o ordenamento jurídico, fazendo surgir, nesse contexto de intensas transformações, o Estado constitucional democrático, buscando superar as deficiências do Estado liberal e do Estado social¹⁶, sintetizando as conquistas dos modelos anteriores para limitar o poder estatal¹⁷ e assegurar os direitos fundamentais em suas várias dimensões¹⁸.

A Constituição, assim, passa a ser o elemento supremo e determinante nuclear de todo o ordenamento jurídico¹⁹. Com efeito, além de ser afastada a tese que atribuía às normas constitucionais um sentido de simples direção política ou caráter

15 A esse respeito, a crítica de Lenio Streck: "Importante anotar que, no Brasil, os tribunais, no uso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso concreto por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos [...] esse uso da ponderação, como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando de *panprincipiologismo*. Em linhas gerais, o panprincipiologismo é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *panprincipiologismo* faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional." (STRECK, 2014, p. 60).

16 Para aprofundamento, cf. BONAVIDES, 2013.

17 "Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio." (HESSE, 1991, p. 25).

18 A dimensão dos direitos fundamentais diz respeito propriamente ao plano de incidência destes, notadamente quanto ao objeto de proteção que visam amparar. Coexistem entre si todas as dimensões ao longo dos tempos conquistadas pelo homem, daí se preferir utilizar a expressão dimensão em vez do geração, pois este último levaria à ideia de algo que teria ficado ultrapassado. De toda forma, nessa realidade de luta pelos direitos do homem frente ao poder estatal surge a noção de dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais, desenvolvida por Karel Vasak e difundida por Norberto Bobbio. A propósito, cf. BOBBIO, 2004.

19 "[...] o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega." (BARCELLOS, 2005, p.84)

meramente programático, hoje, reconhece-se plenamente a sua força normativa e a obrigatoriedade da observância de suas disposições. Nesse contexto, a lei torna-se submissa ao texto constitucional, por ser esta a norma suprema e o fundamento de validade de todo o sistema normativo, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de força própria e imediatamente eficaz, fenômeno do qual resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito, que repercute inevitavelmente, também, nos meandros de qualquer atividade jurídico-interpretativa.

[...] a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento contribui para aproximá-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas. A Constituição não é vista mais como uma simples *norma normarum* - cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico. Neste modelo, cabe ao intérprete não só aplicar diretamente os ditames constitucionais às relações sociais, como também reler todas as normas e institutos dos mais variados ramos do Direito à luz da Constituição, emprestando-lhes o sentido que mais promova os objetivos e a axiologia da Carta.²⁰

Toda essa mudança paradigmática que conjuga as transformações da concepção pós-positivista, aliadas ao reconhecimento da supremacia e à centralidade da Constituição, acaba por fazer germinar, com importância singular, o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional e provocar a expansão da chamada jurisdição constitucional²¹. É nesse contexto em que se insere a nova hermenêutica constitucional, sendo inegável a sua relevância quando inserida na

20 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008. p. 25.

21 "Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: por um lado, as teorias procedimentais, e, do outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. [...] No Brasil, há um elenco considerável de juristas que – contrapondo-se às teorias processuais-procedimentais – defendem uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, questão que assume maior visibilidade em face da notória inefetividade da Constituição e da omissão dos poderes legislativos e executivo na execução de políticas públicas, circunstância que demanda a utilização dos mecanismos (ações constitucionais, controle de constitucionalidade etc.) aptos à realização dos direitos substantivos previstos na Constituição. Do outro lado, as teses procedimentais ganham corpo a cada dia, pela acusação que fazem da judicialização da política pregada pelos setores mais identificados com as teorias materiais." (STRECK, 2014, p. 90-91)

abordagem principiológica presente no contemporâneo Estado constitucional de direito, demandando uma hermenêutica constitucional renovada²².

[...] a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico²³.

Ademais, o caráter político ideológico da constituição torna difícil, senão impossível, estabelecer critérios absolutos de interpretação. As normas constitucionais contêm uma plasticidade grande e um alcance demasiadamente amplo, com uma generalidade e abstração bem maior do que as normas jurídicas em geral²⁴. Trata-se, portanto, de uma arte bastante complexa o estabelecimento de um discurso seguro que atribua completude sistêmica para Constituição, de modo que a reconheça como código de valores políticos fundamentais da comunidade, mas também assegure a coerência jurídica interna. Dentro dessa dinâmica de complexidade da

22 "Por certo, os incessantes debates sobre os assuntos jurídicos não podem desconsiderar a temática da interpretação constitucional. Tudo gira em torno deste tópico. Num exame apressado, pode parecer que o assunto é secundário, com base no argumento de que seja algo desprovido de maior utilidade, sem que mereça importância destacada. Para rechaçar esta linha de raciocínio, convém lembrar que a interpretação constitucional é, nos nossos dias, um dos maiores desafios colocados para o aplicador do Direito e um dos campos mais fecundos e prioritários do labor científico dos juristas. Rubio Liorente, ao prefaciar a obra de Enrique Alonso García, chega a dizer que o problema da Teoria da Interpretação é, hoje, o núcleo central da Constituição e, na medida em que o Estado contemporâneo é, precisamente, o Estado Constitucional, o problema da interpretação é, também, o problema central da Teoria do Estado." (BULOS, 1996, p. 24).

23 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006. p. 52.

24 "A interpretação constitucional, embora também seja interpretação jurídica, possui caracteres peculiares que a diferenciam da interpretação das demais normas. Isso faz com que a interpretação constitucional se torne uma tarefa ainda mais árdua do que a interpretação jurídica em geral, pois o que ocorre é que, além das considerações da hermenêutica jurídica clássica e contemporânea, deve tal interpretação ser norteadada pelos cânones específicos da complexa hermenêutica constitucional. No entanto, não abandona a hermenêutica constitucional a contribuição da hermenêutica jurídica clássica, mas enriquece-a doutrinariamente no que diz respeito à interpretação especificamente constitucional." (GALINDO, 2005, p. 127)

Constituição e, tendo esta por guardião, em última instância, o poder judiciário, notadamente o Tribunal Constitucional, não seria difícil perceber que esse período neoconstitucional traria consigo um acentuado protagonismo judicial.

O que de singular existe em todo esse contexto, com enorme reflexo no âmbito do direito, em geral, e do direito constitucional, em particular, deve-se à conjugação de múltiplos fatores, os quais, embora repercutam no evento hermenêutico, dele não se originam enquanto atividade interpretativa. Primeiramente, o reconhecimento da força normativa da constituição e do seu papel como fonte material do direito, direta e imediatamente aplicável, e não mais como simples estatuto de organização e/ou de distribuição de competências entre os diferentes órgãos da soberania estatal; em segundo lugar, a singularidade da estruturanormativo-material dos princípios como normas genuinamente constitucionais, cujos enunciados – lapidares, esquemáticos, abstratos, elásticos, indeterminados e, por isso, portadores de múltiplos significados – demandam uma nova abordagem hermenêutica, em que a clássica subsunção silogística, tida como necessária e suficiente para a interpretação/aplicação das regras de direito, cede o lugar à técnica da ponderação como procedimento adequado à concretização dessas fluidas espécies normativas, e, finalmente, como consequência de tudo isso, um acentuado protagonismo dos intérpretes/aplicadores da constituição, reconhecidamente conducente à onipotência judicial, sobretudo no âmbito das cortes constitucionais [...]²⁵

É justamente nesse enfoque, considerando as particularidades da interpretação constitucional contemporânea e a complexidade de sua aplicação, que surge a necessidade do desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional revigorada e hábil ao enfrentamento de toda essa problemática. Nessa linha, além de novos métodos de interpretação constitucional, surgem também os chamados princípios de interpretação constitucional²⁶, desenvolvidos como postulados no contexto na nova hermenêutica constitucional²⁷.

25 COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Revista Direito Público**, n. 12, p. 48-73, 2006. p. 63.

26 "A elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e praxis jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão do problema prático, (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídico-materiais (ex.; princípio da unidade da constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da base de compromisso cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade)." CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1207.

27 "Postulado é um comando, uma ordem mesma, dirigida à todo aquele que pretende exercer a atividade interpretativa. Os postulados precedem a própria interpretação, e se se quiser,

OS PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO E A SUA APLICABILIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REALIDADE OU FICÇÃO?

Os princípios de interpretação constitucional consistem em vetores ou parâmetros hermenêuticos de verificação do significado e alcance das normas constitucionais, de modo a resguardar a legitimidade dentro de um processo interpretativo racionalmente elaborado. Trata-se de premissas metodológicas ou finalísticas que, embora não se encontrem de forma expressa no texto constitucional, são amplamente reconhecidas pela doutrina e jurisprudência, retirando-se das lições de Konrad Hesse²⁸ e, em especial, da obra de J.J. Gomes Canotilho²⁹, a listagem dos princípios de interpretação constitucional que se

a própria Constituição. São, pois, parte de uma etapa anterior à de natureza interpretativa, que tem de ser considerada enquanto fornecedora de elementos que se aplicam à Constituição, e que significam, sinteticamente, o seguinte: não poderás interpretar a Constituição devidamente sem antes atentares para estes elementos. Trata-se de uma condição, repita-se, da interpretação. Não se terá verdadeira atividade interpretativa se não estiver o interprete bem imbuído dessas categorias. Concluindo, o interprete fica diante de enunciados cogentes, dos quais a sua atividade (interpretativo-constitucional) não pode descurar.” BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 95-96.

28 “Hesse elenca os seguintes princípios de interpretação constitucional: 1. unidade da constituição; 2. concordância prática; 3. conformidade funcional; 4. efeito integrador; 5. força normativa da constituição. Uma lista semelhante é difícil de ser encontrada em outras obras de direito constitucional alemão. Uma breve análise dos compêndios de direito constitucional alemão pode dar uma idéia disso. Não se pretende fazer um estudo baseado em manuais universitários, mas, visto que tais obras pretendem fornecer uma visão global de um determinado ramo do direito em determinado país, é de se esperar que tais princípios de interpretação sejam ao menos mencionados nesse tipo de trabalho. Entretanto, procurar por esses princípios nesses manuais pode ser considerada uma tarefa frustrante e apenas contribuirá para solidificar a ideia de que esses princípios de interpretação constitucional, que no Brasil são recebidos como se fossem moeda corrente na Alemanha, são apenas a sistematização das ideias de um único autor: Konrad Hesse.” SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: Virgílio Afonso da Silva (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 118.

29 Semelhante à listagem de Konrad Hesse, tem-se o catálogo dos princípios de interpretação constitucional anunciados por J.J. Gomes Canotilho (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p.. 1207 e ss.). Sob a influência do mestre português, sintetiza Inocêncio Mártires Coelho: “Tais princípios, para a maioria dos autores, são os da unidade da constituição; da concordância prática; da correção funcional; da eficácia integradora; da força normativa da constituição; e da máxima efetividade. Afora esses princípios, apontam-se, ainda, embora não estejam ligados exclusivamente à exegese constitucional, os princípios da proporcionalidade ou razoabilidade; o da interpretação conforme a constituição e o da presunção de constitucionalidade das leis,

tornou majoritariamente consagrados. Hoje, como instrumentos de auxílio na interpretação das normas constitucionais, tais princípios converteram-se em pontos de referência na hermenêutica contemporânea.

As normas constitucionais são normas jurídicas e, como consequência, sua interpretação serve-se dos elementos clássicos da interpretação em geral. Todavia, as normas constitucionais apresentam determinadas especificidades que as singularizam, dentre as quais é possível destacar: a) a superioridade jurídica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político. Em razão disso, desenvolveram-se ou sistematizaram-se categorias doutrinárias próprias, identificadas como princípios específicos ou princípios instrumentais de interpretação constitucional. Impõe-se, nesse passo, uma qualificação prévia. O emprego do termo *princípio*, nesse contexto, prende-se à proeminência e à precedência desses mandamentos dirigidos ao intérprete, e não propriamente ao seu conteúdo, à sua estrutura ou à sua aplicação mediante ponderação. Os *princípios instrumentais* de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da solução posta.³⁰

Intitulados como princípios instrumentais, postulados normativos ou metanormas³¹, os princípios de interpretação constitucional são considerados normas de segundo grau, por corresponderem a pressupostos de aplicação mediata, tratando-se de premissas metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas. Situadas no nível da argumentação jurídica, as metanormas não estabelecem diretamente um dever de adotar determinadas condutas (normas-regra) e nem de promover um estado ideal de coisas (normas-princípio), mas prescrevem um dever de segundo grau, consistente em estabelecer a estrutura de aplicação e prescrever modos de raciocínio e argumentação em face de outras normas. Na acepção mais original do catálogo, podem ser considerados como princípios de interpretação constitucional: (i) unidade da constituição; (ii) concordância prática; (iii) conformidade funcional; (iv) efeito integrador; (v) força normativa da constituição; (vi) máxima efetividade. É sobre tais postulados em

sendo o primeiro um princípio de ponderação, que se reputa aplicável ao direito, em geral, enquanto os dois últimos são utilizados essencialmente no controle de constitucionalidade das leis." COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional. **Revista Direito Administrativo**, n. 230, p. 163-186, 2002. p. 176.

30 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 371.

31 Grande expoente desse pensamento é Humberto Ávila, ao explicitar as metanormas (cf. ÁVILA, 2009).

espécie que, a partir de agora, debruça-se a presente análise, com enfoque na atual aplicação à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre as suas normas, observando-se todo o texto constitucional de forma sistemática³². O princípio da unidade da Constituição, assim, impõe ao intérprete a harmonização das tensões e conflitos entre normas constitucionais. Isso não significa inexistência de normas que, em primeira vista, se contraponham, analisadas isoladamente. Mas a interpretação constitucional deve ser feita de forma harmônica. Desse modo, normas que, em tese, podem até se contrapor, quando interpretadas à luz da unidade constitucional passam a ser conciliáveis. A respeito, extrai-se a lição de J. J. Gomes Canotilho ao explicitar o princípio da unidade:

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando comele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre suas normas. Como ponto de orientação, guia de discussão e fator hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição em sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existente entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno e unitário de normas e princípios³³.

Na verdade, uma sociedade democrática e pluralista não se trata de fruto de um grande consenso³⁴, mas é o produto de pequenos pactos, cuja regra de convivência

32 "As normas da constituição, compondo um conjunto, não podem ser interpretadas isoladamente, sob pena de se comprometer a sua unidade e conduzir a contradições, redundâncias ou omissões. Aplica-se, aqui, a velha regra da interpretação sistemática, assim como a ideia de círculo hermenêutico, segundo a qual o sentido das partes e o sentido do todo são mutuamente dependentes. Este princípio repousa no postulado do legislador racional, que desde logo descarta como simplesmente aparentes e/ou fruto de leituras equivocadas os defeitos reais porventura detectados na obra do constituinte." COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Revista Direito Público**, n. 12, p. 48-73, 2006. p. 59-60.

33 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1207.

34 "[...] a Carta fundamental do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não

se encerra na Constituição. É impossível, nesse prisma, a ausência de eventuais conflitos ou entrechoque de vontades. Daí porque é perfeitamente possível e, até certo ponto, desejável, que preceitos constitucionais possam se colocar em suposta rota de colisão³⁵, em decorrência da dimensão democrática e pluralista da Lei Maior, cabendo ao intérprete harmonizar, em unidade, as normas que dela emanam, conferindo coesão ao texto constitucional. Justamente por isso, torna-se pressuposto irradiante para toda a dinâmica hermenêutica³⁶. O princípio da unidade constitucional é lembrado reiteradamente na jurisprudência da Suprema Corte, citando-se, dentre tantas outras, a ADI 2560/DF, de relatoria do Min. Dias Toffoli³⁷:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 7º DA LEI 9.709/98. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 18, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. DESMEMBRAMENTO DE ESTADO-MEMBRO E MUNICÍPIO. [...] A utilização de termos distintos para as hipóteses de desmembramento de estados-membros e de municípios não pode resultar na conclusão de que cada um teria um significado diverso, sob pena de se admitir maior facilidade para o desmembramento de um estado do que para o desmembramento de um município. Esse problema hermenêutico deve ser evitado por intermédio de interpretação que dê a mesma solução para ambos os casos, sob pena de, caso contrário, se ferir, inclusive, a isonomia entre os entes da federação. O presente caso exige, para além de uma interpretação gramatical, uma interpretação sistemática da Constituição, tal que se leve em conta a sua integralidade e a sua harmonia, sempre em busca da máxima da unidade constitucional, de modo que a interpretação das normas constitucionais seja realizada

colidentes. Embora expresse um consenso fundamental quanto a determinados princípios e normas, o fato é que isso não apaga o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador. É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas ideias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes." (BARROSO, 2009, p. 202).

- 35 "Os conflitos se explicam, em boa medida, pelo reflexo, nos textos constitucionais, de diferentes pretensões, que necessitam conviver e harmonizar-se em uma sociedade plural como a contemporânea. Sua configuração envolve, frequentemente, colisões, reais ou aparentes, entre diferentes comandos constitucionais, dotados de igual hierarquia, cada qual incidindo sobre determinada situação de fato e postulando uma solução jurídica diversa. Assim, direitos fundamentais – elementos centrais dos sistemas constitucionais contemporâneos – parecem entrar em choque em muitas circunstâncias." (BARCELLOS, 2005, p.87).
- 36 Considerando o que se extrai da concepção de unidade constitucional, tal pressuposto interpretativo acaba assumindo importância extrema: "Registre-se, ainda, que a rigor esse princípio compreende e dá suporte, se não a todos, pelos menos à grande maioria dos cânones da interpretação constitucional, porque ao fim das contas ele otimiza as virtualidades do texto da constituição, de si naturalmente expansivo, permitindo aos seus aplicadores construir as soluções exigidas em cada situação hermenêutica." (COELHO, 2002, p. 179).
- 37 STF, ADI 2560 DF, Min. Dias Toffoli, DJe 16/11/2011.

de maneira a evitar contradições entre elas. (ADI 2560 DF, Min. Dias Toffoli, DJe 16/11/2011).

Por outro lado, do princípio da unidade decorre, ainda, a superação da tese de hierarquia entre normas constitucionais. Encontrando-se todas em mesmo *status* normativo, não há de se cogitar prevalência abstrata de alguma delas em detrimento de outras, razão pela qual só resta ao intérprete conciliá-las. Duas normas originárias têm que ser harmonizadas justamente porque não há hierarquia entre normas constitucionais, em respeito ao princípio da unidade. A propósito, a Suprema Corte já se pronunciou sobre o tema na ADI 4097, na qual se suscitava inconstitucionalidade da norma originária prevista no art.14, §3º, da Lei Maior (inelegibilidade dos analfabetos), alegando-se afronta ao princípio da igualdade e do sufrágio universal. Na ocasião, reconheceu-se a impossibilidade do pedido, em virtude do princípio da unidade. A propósito, a lição da Suprema Corte, na relatoria do Min. Cesar Peluzo³⁸:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INADMISSIBILIDADE. ART. 14, § 4º, DA CF. NORMA CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIA. OBJETO NOMOLÓGICO INSUSCETÍVEL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA UNIDADE HIERÁRQUICO-NORMATIVA E CARÁTER RÍGIDO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA. [...] Não se admite, entre nós, como na Alemanha, a existência de normas residentes acima da Constituição, determinantes da validade desta, ou residentes na própria Constituição, mas porque hierarquicamente superiores, determinantes da validade de outras normas constitucionais. Vigora entre nós o princípio da 'unidade hierárquico-normativa' da Constituição. Ou seja, desde o prisma formal, todas as normas constitucionais residem no mesmo patamar hierárquico. (ADI 4097 DF, Min. Cezar Peluzo, DJe 31/07/2008)

PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU HARMONIZAÇÃO

Decorrente lógica do princípio da unidade da Constituição, o princípio da harmonização ou concordância prática³⁹ impõe ao intérprete uma coordenação e

38 STF, ADI 4097 DF, Min. Cezar Peluzo, DJe 31/07/2008.

39 "Intimamente ligado ao da unidade da constituição, este princípio hermenêutico consubstancia uma recomendação aos intérpretes/aplicadores no sentido de que, em situações de conflito entre bens ou valores dotados de igual proteção constitucional, procurem realizá-los da melhor maneira possível, em ordem a não sacrificar um em benefício do outro. Essa

combinação dos bens jurídicos quando se verifique conflito ou concorrência entre eles, evitando-se a prevalência de alguns em detrimento do sacrifício de outros, de forma que a solução otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum⁴⁰. A rigor, direciona ao intérprete limites e condicionamentos recíprocos, fundamentando-se na ideia de igualdade de valor dos bens constitucionais. Nesse sentido, ensina J. J. Gomes Canotilho:

[...] o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflitos de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre bens.⁴¹

A concordância prática recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual, de acordo com a importância que possui no caso concreto, realizando-se a adequada ponderação⁴². Tal

conciliação é puramente formal ou principiológica, pois nas demandas reais – conflitos entre liberdade de informação e direito à privacidade, por exemplo – via de regra só um dos contendores terá acolhida por inteiro a sua pretensão, restando ao outro se conformar com a decisão que lhe for adversa.” COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Revista Direito Público**, n. 12, p. 48-73, 2006. p. 60.

40 Eis, então, o ponto nodal da concordância prática: exige-se a harmonização dos valores constitucionalmente protegidos a fim de não acarretar a exclusão absoluta de nenhum deles. Explica Willis Santiago Guerra Filho: “No problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefícios dos outros.” GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RCS Ed., 2005. p. 80.

41 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1209.

42 “A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional.” BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 332.

pressuposto, aliás, está associado à ideia de que não há bem ou direito absoluto⁴³, daí porque, inevitavelmente, caberá sua proporcional redução em caso de conflito normativo, porquanto não se atribui a uma norma constitucional um significado que acarrete contradição ou negação em relação às demais, o que resultaria em flagrante incoerência constitucional⁴⁴. O referido princípio possui grande alcance no âmbito da Suprema Corte, colacionando-se, a título exemplificativo, decisão no MS 26.752, da lavra do Min. Luiz Fux⁴⁵, da qual decorre cristalina doutrina sobre o tema:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. MAGISTRADOS. TETO REMUNERATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003 [...] para atingir a finalidade por detrás deste pacto político abrangente, a qual consiste na construção de um Estado brasileiro caracterizado sobremaneira por uma sociedade cada vez mais livre, justa e igualitária, almejando cada vez mais aprimorar a qualidade dos serviços jurisdicionais oferecidos a todos os brasileiros, oferecendo-lhes uma justiça comprometida, principiológica, eficaz e célere, é que podem entrar em rota de colisão valores igualmente caros ao texto constitucional. Nesses casos, que sob um primeiro ângulo poderiam ensejar verdadeiras arbitrariedades pelo intérprete, ao optar, em voluntarismo, pela norma que lhe parecesse merecedora de maior prestígio, impõe-se, como ensina a novel teoria da interpretação constitucional, a harmonização prudencial e a concordância prática dos enunciados constitucionais em jogo, a fim de que cada um tenha seu respectivo âmbito de proteção assegurado, como decorrência do princípio da unidade da Constituição. (MS 26.752 DF, Min. Luiz Fux, DJe 13/11/2013).

43 A jurisprudência da Suprema Corte é pacífica quanto à inexistência de direito absoluto. Nesse sentido: "OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. [...] O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros." (STF, MS 23452 RJ, Min. Celso de Mello, DJe16/09/1999).

44 "Assim, o postulado da harmonização impõe que a um princípio ou regra constitucional não se deva atribuir um significado tal que resulte ser contraditório com outros princípios ou regras pertencentes à Constituição. Também não se deve atribuir um significado que reste incoerente com os demais princípios ou regras. Além disso, a uma regra constitucional se deve atribuir um conteúdo de tal forma que esta regra resulte o mais coerente possível com as demais regras pertencentes ao sistema constitucional." BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 106.

45 STF, MS 26.752 DF, Min. Luiz Fux, DJe 13/11/2013.

A dificuldade de aplicação do princípio da concordância prática ou harmonização, contudo, reside no pressuposto da ponderação, da qual decorre uma inevitável margem de discricionariedade judicial⁴⁶. Nesse ponto, toda cautela é necessária para que o magistrado atue nos limites de sua atividade interpretativa devidamente fundamentada, esclarecendo-se que a ponderação sem parâmetros de aplicação acaba resultando na sua utilização arbitrária⁴⁷. A atividade interpretativa não é um convite para o uso indiscriminado do poder jurisdicional, devendo-se verificar a correção dos argumentos em suporte a uma harmonização racional.

PRINCÍPIO DA JUSTEZA OU CONFORMIDADE FUNCIONAL

Pelo princípio da conformidade, também denominado justeza, exatidão ou correção funcional, a interpretação não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório funcional da Constituição. Ou seja, a aplicação das normas constitucionais não pode implicar alteração na estrutura

46 Ao abordar o tema da ponderação, ensina Lenio Streck [...] o “juízo de ponderação” implica uma margem (considerável) de discricionariedade. Pergunta-se, então: qual é a distância daí até a arbitrariedade interpretativa (ou, se quiser, do decisionismo)? Numa palavra, a partir da derrocada da metódica racionalista acende-se o debate acerca da condição de possibilidade de interpretar. Em uma apressada leitura da história, poder-se-ia entender que, cortadas as ‘amarras do supremo momento da subjetividade’, isso poderia representar uma espécie de abertura do processo de compreensão, mormente em um direito repleto de princípios e cláusulas abertas. Veja-se, entretanto, que a herança kelsiana do decisionismo não foi superada até hoje e que a discricionariedade hartiana foi, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas, mas sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica. Com efeito, a teoria da argumentação alexyana, tese que mais tem sido utilizada na tentativa de solucionar os dilemas destes tempos pós-positivistas – embora seus avanços –, não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 243.

47 A propósito, alerta Humberto Ávila: “[...] não sendo fornecidos critérios intersubjetivamente controláveis para a sua execução, reconhecíveis antes da adoção da conduta, somente depois do processo de ponderação é que se saberá o que antes deveria ter sido feito. Se quem faz a ponderação é o próprio destinatário, ele mesmo termina por guiar a sua conduta, o que conduz à eliminação do caráter heterolimitador do Direito. O próprio destinatário da norma, que deveria agir seguindo sua prescrição, termina por definir o seu conteúdo, decidindo, ele próprio, o que deve fazer. Se quem faz a ponderação é o Poder Judiciário, sem critérios antecipados e objetivos para sua execução, aquilo que o destinatário deveria saber antes ele só ficará sabendo depois, o que leva à supressão do caráter orientador do Direito e da função legislativa.” ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, v. 17, p. 1-19, 2009. p. 10.

de repartição de poderes e exercício das competências constitucionalmente estabelecidas. Destarte, corrigem-se leituras desviantes da distribuição de competência entre os poderes constituídos, de modo que se mantenha sempre incólume a estrutura desenhada pelo legislador constituinte, não se subvertendo o sistema organizatório constitucionalmente estabelecido. É o que se extrai da lição de J. J. Gomes Canotilho:

O princípio da conformidade constitucional tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório funcional constitucionalmente estabelecido. É um princípio importante a observar pelo Tribunal Constitucional, nas suas relações com o legislador e governo, e pelos órgãos constitucionais nas relações verticais do poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais). Este tende, porém, hoje, a ser considerado mais como um princípio autónomo de competência do que como um princípio de interpretação da constituição.⁴⁸

Cada poder deve agir conforme a função que lhe foi estritamente atribuída pelo constituinte originário⁴⁹. É preciso que a interpretação se ajuste (justeza) e conforme-se (conformidade) à distribuição de funções constitucionalmente estabelecidas, caso contrário, estar-se-ia sendo utilizada como burla para violação da própria Constituição. Isso significa que o poder público, nas relações entre Parlamento, Executivo e Corte Suprema, deve pautar-se pela irrestrita fidelidade ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Nesse sentido, pelo menos em tese, é farta a jurisprudência da Suprema Corte, como se vê de forma exemplificativa no MS 30.585 DF, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski⁵⁰, a seguir:

48 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1208-1209.

49 "Também ligado ao princípio da unidade da constituição, esse princípio consiste, igualmente, em uma recomendação aos operadores da constituição para que observem o esquema de organização/separação de poderes e de funções estabelecido na Lei Maior, evitando interpretações que fomentem conflitos ou invasões de competência. Na prática, esse princípio padece do vício da debilidade nos casos de imprecisão dos limites entre os territórios reservados a cada um dos poderes, quando os intérpretes tendem a optar, por gravidade, na direção do mais forte, comprometendo, assim, a força normativa da constituição." COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Revista Direito Público**, n. 12, p. 48-73, 2006. p. 60.

50 STF, MS 30.585 DF, Min. Ricardo Lewandowski, Dje 12/09/2012.

MANDADO DE SEGURANÇA. PROMOÇÃO DE JUIZ FEDERAL PELO CRITÉRIO DE MERECIMENTO PARA O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. AMPLA DISCRICIONARIEDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. INADMISSIBILIDADE. VINCULAÇÃO DA ESCOLHA PRESIDENCIAL AO NOME QUE FIGURE EM LISTA TRÍPLICE [...]. Não basta, para a solução da questão, que se proceda a uma exegese meramente literal do art. 107 da CF, passando ao largo de uma interpretação holística do texto constitucional, porquanto tal proceder levaria à falaciosa conclusão de que a própria exigência de formação da lista tríplice para promoção de juízes, por merecimento, teria sido extinta pelo que se contém no referido dispositivo. V - Sustentar o contrário, com fulcro no argumento de que a EC 45/2004 suprimiu a expressão "de acordo com o inciso II e a classe de origem", contida originalmente no inc. III do art. 93 da CF, implicaria fazer tabula rasa do sistema normativo que empresta determinada estrutura e feição ao Poder Judiciário nacional, além de afrontar o princípio da separação dos Poderes, elevado à categoria de "cláusula pétrea" pelo art. 60, § 4º, III, da CF. VI - O sistema de freios e contrapesos foi concebido pelo constituinte originário como parte integrante do sistema de controle recíproco dos Poderes, sendo impensável cogitar-se seja possível ferir, por emenda constitucional, esse verdadeiro núcleo axiológico da Carta Magna. (STF, MS 30.585 DF, Min. Ricardo Lewandowski, Dje 12/09/2012).

Vale observar que a conformidade funcional não se limita, como às vezes se busca reduzir, ao respeito à separação de poderes. Também as demais instâncias e órgãos criados pela Constituição da República devem se manter no quadro normativo de suas competências, conforme o constituinte lhes atribuiu. Nesses termos, o STF já se manifestou resguardando as constitucionais competências, por exemplo, do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Em exemplo a este último, vale observar o MS 33.340 DF, de relatoria do Min. Luiz Fux⁵¹, invocando-se a conformidade funcional para preservar a competência da Corte de Contas:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE LEGISLATIVO FINANCEIRO. CONTROLE EXTERNO. REQUISICÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS À OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS PELAS IMPETRANTES. RECUSA INJUSTIFICADA. [...] A preservação do sigilo das operações realizadas pelo BNDES e BNDESPAR com terceiros não, apenas, impediria a atuação constitucionalmente prevista para o TCU, como, também, representaria uma acanhada, insuficiente, e, por isso mesmo, desproporcional limitação ao direito fundamental de preservação da intimidade. O princípio da conformidade funcional a que se refere Canotilho, também, reforça a conclusão de que os órgãos criados pela Constituição da República, tal como o TCU, devem se manter no quadro normativo de suas competências, sem que tenham autonomia para abrir mão daquilo que o constituinte lhe entregou em termos de competências. (STF, MS 33.340 DF, Min. Luiz Fux, Dje 31/07/2015).

51 STF, MS 33.340 DF, Min. Luiz Fux, Dje 31/07/2015.

A conformidade funcional direciona-se a todos os intérpretes da Constituição, mas, sobretudo, ao Tribunal Constitucional, que exerce precipuamente essa função como guardião constitucional⁵². Todavia, em tempos de neoconstitucionalismo e ativismo judicial⁵³, nem sempre se percebe o respeito integral às diretrizes desse princípio interpretativo. Exemplo paradigmático seria a tese levantada no âmbito do Supremo Tribunal Federal da mutação constitucional informal do art. 52, X, da Lei Maior, pela qual a Suprema Corte não mais necessitaria da atuação do Senado para ampliar os efeitos subjetivos da inconstitucionalidade em controle difuso, em nítida deturpação da competência constitucional⁵⁴.

PRINCÍPIO DO EFEITO INTEGRADOR

Corolário do princípio da unidade e estando nele umbilicalmente ligado⁵⁵, o princípio do efeito integrador indica que, na resolução dos problemas jurídico-

52 "A aplicação desse princípio tem particular relevo no controle da constitucionalidade das leis e nas relações que, em torno dele, se estabelecem entre a legislatura e as cortes constitucionais. Com efeito, tendo em vista, de um lado, a legitimação democrática do legislador e, de outro, a posição institucional desses tribunais como intérpretes supremos da constituição, existe uma tendência que até certo ponto se pode considerar natural ao surgimento de conflitos de interpretação entre esses agentes políticos para saber quem, afinal, melhor interpreta o texto constitucional e, conseqüentemente, aos olhos da comunidade, merece densificar os seus poderes, obviamente sem agredir a constituição." (COELHO, 2002, p. 181).

53 "No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência." (SARMENTO, 2008, p. 12).

54 A tese da mutação constitucional informal do art. 52, X, da Lei Maior ("*Compete privativamente ao Senado Federal: [...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*"), trata-se da chamada teoria da abstrativização do controle difuso. O debate surgiu no HC 82959, referente à progressão de regime em crimes hediondos, tendo posteriormente sido levado à Rcl 4335/AC. A doutrina utiliza exatamente o princípio da conformidade para combater a tese.

55 "Segundo Hesse, o critério do efeito integrador exige que, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, seja dada preferência aos pontos de vista que favoreçam e mantenham a unidade político-constitucional. Como a aplicação desse critério está, como o próprio Hesse salienta, limitada a pontos de vista que não sejam estranhos à própria constituição, pode-se dizer que ela não passa de uma aplicação do princípio da unidade da constituição e, portanto da interpretação sistemática, em conjunto com a ideia de força normativa da constituição, já que o efeito integrador nada mais seria do que "dar efetividade ótima" (força normativa) à unidade político-constitucional (unidade da constituição)." (SILVA, 2005, p. 130).

constitucionais, deve-se privilegiar a interpretação que favoreça a manutenção da unidade política da Constituição, produzindo um efeito conservador da unidade constitucional⁵⁶. Trata-se de especificação do princípio da unidade, assumindo caráter particular no que diz respeito à integração política e social, na medida em que ressalta a primazia desta, favorecendo o reforço da unidade política constitucional. Nesse sentido, ensina J. J. Gomes Canotilho:

[...] o princípio do efeito integrador significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como tópico argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras⁵⁷.

Não se pode olvidar que a sociedade, de onde emana um complexo de relações jurídicas, é integrada pela Constituição. Dessa forma, deve-se dar primazia aos critérios que favoreçam o reforço da unidade social e política numa premissa integracionista de Estado, conduzindo a soluções pluralisticamente integradoras. No âmbito da Suprema Corte, percebe-se a invocação modesta do princípio do efeito integrador. A rigor, além de pouquíssimas referências encontradas, quase todas estão associadas em conjunto com os princípios da unidade da constituição e da concordância prática, como se pode extrair da decisão da Corte Maior na ADPF 105/AL, de relatoria do Min. Gilmar Mendes⁵⁸:

DECISÃO: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Governador do Estado de Alagoas, contra decisão judicial transitada em julgado proferida nos autos do Processo n. 2.328/93 [...]. Por um imperativo

56 "Considerado um corolário da teoria da integração formulada por Rudolf Smend, esse cânone interpretativo orienta o aplicador da constituição no sentido de que, ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, procure dar preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social e a unidade política, porque além de criar uma certa ordem jurídica, toda constituição necessita produzir e manter a coesão sócio-política, enquanto pré-requisito ou condição de possibilidade de qualquer sistema jurídico." (COELHO, 2002, p. 182).

57 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1208.

58 STF, ADPF 105 AL, Min. Gilmar Mendes, DJe 16/03/2012.

de segurança jurídica e de máxima efetividade constitucional, deve-se prestigiar, no presente caso, uma interpretação balizada pelos vetores hermenêuticos da concordância prática e da eficácia integradora da Constituição. Isto porque o problema a ser aqui enfrentado não se refere à existência de uma coisa julgada, mas ao alcance de seus efeitos, para que se preserve a eficácia circunscrita ao âmbito específico de um caso já transitado em julgado. (STF, ADPF 105 AL, Min. Gilmar Mendes, DJe 16/03/2012)

Apesar da indispensabilidade da integração política e social para a normalidade constitucional, não se concebe, por óbvio, uma atividade interpretativa arbitrária no sentido de subverter o espírito constitucional para alcançar esse objetivo a qualquer custo⁵⁹, daí porque tal postulado não se assenta numa concepção integracionista de Estado conducente a reducionismos, tais que desvirtuem o seu real sentido, devendo situar-se em consonância com os demais pressupostos hermenêuticos e valores fundamentais, notadamente a dignidade humana, democracia e pluralismo, os quais igualmente determinam a sua correta acepção.

PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A interpretação e a aplicação das normas constitucionais também devem favorecer esse pressuposto, com fins a maximizar a força normativa constitucional⁶⁰. Por tal princípio, deve ser dada preferência, na interpretação da Constituição,

59 "A partir da ideia de constituição como fator de integração – jurídica, política, econômica e social –, esse princípio orienta os intérpretes no sentido de construir soluções tendentes à consecução desse objetivo fundamental. Como a constituição é, por natureza, um sistema aberto de regras e de princípios e tem no pluralismo um dos seus valores supremos, essa integração não pode ser alcançada a qualquer custo, antes deve ser construída na diversidade, em momentos de tese e de antítese, de conflito e de conciliação, dando-se espaço e voz aos distintos fatores reais de poder." (COELHO, 2006, p. 60).

60 Salutar a lição de Hesse: "[...] a força normativa da Constituição não reside somente na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)." HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 19.

às soluções densificadoras de suas normas, que as tornem mais eficazes e permanentes. Hoje, não apenas se reconhece a eficácia normativa das normas constitucionais, mais do que isso, busca-se, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, que a atividade interpretativa contribua para uma eficácia ótima da Lei Fundamental⁶¹. Sob esse prisma, a doutrina de J. J. Gomes Canotilho:

Segundo o princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídicos-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a atualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.⁶².

A erosão da consciência constitucional⁶³, decorrente da conduta estatal de desrespeito e omissão às normas constitucionais, por óbvio, não pode ser concebida. A rigor, nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos direitos fundamentais e interesses maiores da coletividade. Há compromissos constitucionais democraticamente fixados, dos quais o Estado é devedor e deles não pode se desonerar. Reforça-se a força normativa

61 "Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos que renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático." HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 21-22.

62 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1210.

63 Terminologia criada por Karl Loewenstein e absorvida pelo STF (ADI 1484/DF) para identificar a funcional desvalorização da constituição em decorrência da omissão dos poderes públicos na sua concretização.

do texto constitucional quando a interpretação de suas normas densifica a sua concretização⁶⁴. Tal postulado, já consagrado na doutrina, também vem cada vez mais ganhando expressão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo utilizado, sobretudo, para afastar interpretações constitucionais divergentes. Ilustra-se o disposto no RE 227001/DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes⁶⁵:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 2. Entidade fechada de previdência privada. Contribuição por parte dos empregados. Ausência. Imunidade tributária devida. Art. 150, VI, c da CF/88. Precedente. 3. Acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência desta Corte. 4. A manutenção de decisões divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. (STF, RE 227001 DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 04/10/2007)

Por outro lado, a nova ordem jurídica exige a interpretação das normas à luz do arcabouço constitucional, de onde se extrai que toda interpretação jurídica deve ser, antes, uma interpretação constitucional (filtragem constitucional). Não é por outro motivo, aliás, que hoje se consagra o plano horizontal das normas constitucionais (teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Por tal razão, a Constituição possui uma força normativa tal que seus preceitos vinculam não apenas os poderes públicos, mas também estão direcionados às relações privadas, por decorrência da constitucionalização do direito⁶⁶. A jurisprudência da Suprema Corte é forte nesse sentido, como se extrai RE 201819, de relatoria da Min. Ellen Gracie⁶⁷, consubstanciando a normatividade constitucional no plano das relações horizontais:

64 “[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.” (HESSE, 1991, p. 22).

65 STF, RE 227001 DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 04/10/2007.

66 “A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares.” (BARROSO, 2006, p. 58).

67 (STF, RE 201819 RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 27/10/2006)

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. [...] A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (STF, RE 201819 RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 27/10/2006).

Não se concebe a Constituição de outra forma senão como norma suprema, de onde emana uma força normativa vinculante, característica marcante do Estado constitucional de direito⁶⁸. Trata-se da substituição do legicentrismo positivista pela supremacia constitucional e, junto com este, a evidência de que, para se dar coesão a todo o sistema jurídico, não é suficiente, pois a simples aplicação da norma desprovida de uma preocupação anterior de robustecer a força normativa constitucional e densificar os preceitos que dela se extraem.

PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

O princípio da máxima efetividade apregoa que a norma constitucional deve ser interpretada e aplicada de modo que possua a mais ampla efetividade social. Trata-se de premissa aplicável em relação a todas as normas constitucionais, mas possui maior incidência no âmbito dos direitos fundamentais⁶⁹. Há quem

68 Refere-se ao Estado constitucional de direito como a consolidação da contemporânea fase de construção do Estado moderno na perspectiva neoconstitucional de supremacia e centralidade da Constituição, superando o império da lei pela hegemonia constituinte, como sintetizado na feliz expressão pronunciada por Paulo Bonavides: "Antes, os Códigos; hoje, as Constituições." (GRAU, 2003, p. 667). Graças à tal mudança paradigmática, conforme Ferrajoli: "a validade das leis e a legitimidade da política são condicionadas ao respeito e à efetivação das garantias dos direitos estipulados nas constituições" FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.12.

69 "[...] na interpretação de norma constitucional se atribui a ela o sentido que a confira maior eficácia, sendo de se observar que, atualmente, não mais se admite haver na Constituição normas que sejam meras exortações morais ou declarações de promessas a serem atendidos futuramente. O princípio assume particular relevância na inteligência das normas consagradoras de direitos fundamentais." GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RCS Ed., 2005. p. 79.

considere que este princípio esteja inserido no contexto da força normativa constitucional⁷⁰, todavia a máxima efetividade vem ganhando cada vez mais destaque e autonomia. Nesse enfoque, assevera J. J. Gomes Canotilho:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).⁷¹

Costuma-se afirmar que este princípio estaria contido no art. 5º, §1º, da Constituição Federal⁷², que proclama a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Se a lei não emprega palavras inúteis, a interpretação não pode empobrecer o texto constitucional, esvaziando seu conteúdo. Decorrência da máxima efetividade, em matéria de direitos fundamentais, as normas constitucionais possuem normatividade sempre suficiente a gerar direitos subjetivos, ainda que se trate de normas de natureza

70 Discorda da autonomia da máxima eficácia Virgílio Afonso da Silva: "A mim me parece, em primeiro lugar, que a ideia de máxima efetividade já está contida tanto na ideia de concordância prática quanto, e principalmente, na ideia de força normativa da constituição. Essa é, aliás, uma constante nesse catálogo de princípios de interpretação constitucional aqui analisado: muitos dos princípios se assemelham de tal forma que fica difícil perceber a *differentia specifica* de cada um deles, isto é, a característica que os distinguiriam dos outros princípios e que justificaria sua existência como princípios autônomos. Além disso, no caso da "máxima efetividade", pode-se dizer que seria difícil, nos dias de hoje, preferir uma interpretação de algum dispositivo constitucional que lhe confira uma efetividade mínima." SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 131..

71 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1208.

72 "Ao art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 é possível atribuir, sem sombra de dúvidas, o mesmo sentido outorgado ao art. 18/1 da Constituição da República Portuguesa e ao art. 1º, inc III, da Lei Fundamental da Alemanha, o que, em última análise, significa – de acordo com a lição de Jorge Miranda – que cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos deve tomar os direitos fundamentais como "baliza e referencial". Importante, ainda, é a constatação de que o preceito em exame fundamenta uma vinculação isenta de lacunas dos órgãos e funções estatais aos direitos fundamentais, independentemente da forma jurídica mediante a qual são exercidas estas funções, razão pela qual – como assevera Canotilho – inexistente ato de entidade pública que esteja livre dos direitos fundamentais." SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 383-384.

programática, daí porque a omissão dos poderes Executivo e Legislativo não impede a judicialização do direito invocado⁷³, sendo prática comum na dinâmica de atuação da Suprema Corte:

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EMPROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE [...] cabe ao Judiciário fazer valer, no conflito de interesses, a vontade concreta da lei e da Constituição. Se assim procede, estando num dos polos da ação o Estado, o fato de o Judiciário decidir contra a pretensão deste não implica, evidentemente, ofensa ao princípio da separação dos poderes, convindo esclarecer que, conforme lição de Balladore Palieri, constitui característica do Estado de Direito sujeitar-se o Estado à Jurisdição. [...] É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. (STF, ARE 677187 MG, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 29/03/2012)

Em uma época marcada por voláteis e turbulentas transformações, surge a necessidade de revigorar sempre ativa a compreensão da máxima efetividade das normas constitucionais, estando o poder público vinculado a essa premissa fundamental. Encontra-se o Estado, portanto, em necessária subsunção e estrita vinculação aos direitos fundamentais⁷⁴, os quais exibem, além de uma dimensão subjetiva, igualmente uma dimensão objetiva⁷⁵, sendo parâmetros de limitação

73 A jurisprudência da Suprema Corte é uníssona quanto à possibilidade de judicialização de políticas públicas, reconhecendo a dimensão política da jurisdição constitucional e possibilitando a sua atuação como poder contramajoritário na garantia da democracia material: "Ementa: arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas." (STF, ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 04/05/2004)

74 Invocando Juarez Freitas, "é preciso reconhecer o peso genuíno dos direitos fundamentais e extrair os efeitos da premissa de que o poder existe para os direitos fundamentais, não o contrário. FREITAS, Juarez. **O direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 77.

75 "...direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, merecendo ser mirados do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir. A

dos poderes constituídos, com influência decisiva na definição dos contornos da atividade estatal. Nessa perspectiva, tem-se a eficácia dirigente que tais comandos desencadeiam, também, na atual da hermenêutica constitucional.

ENTRE A AMPLIAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E OS PARÂMETROS DE CONTROLE DA INTERSUBJETIVIDADE JUDICIAL: O DIFÍCIL EQUILÍBRIO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora se perceba a invocação dos princípios de interpretação constitucional pela doutrina e, inclusive, pela jurisprudência da Suprema Corte, o grande problema é que não se consegue extrair uma irrefutável coerência na solução dos casos concretos. Por vezes, depara-se com decisões que ultrapassam a esfera de competência constitucional para adentrar em áreas reservadas aos demais poderes, conforme as convicções discricionárias do magistrado⁷⁶. A normatividade dos princípios e a proteção suprema dos valores constitucionais resultaram em uma hipertrofia funcional do judiciário, que passou a assumir o papel contramajoritário como guardião constitucional, em uma postura ativa no exercício desse mister⁷⁷.

dimensão objetiva representa, assim, uma mais-valia em relação às posições subjetivas, pois dela decorre o reconhecimento dos direitos fundamentais como bases estruturais da ordem jurídica, que espraiam sua influência por todo o direito positivo. Assim, superando a perspectiva exclusivamente individualista, os direitos fundamentais passam a ser vistos como princípios concretizadores de valores a serem protegidos e fomentados pelo Estado." BINENBOJIM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 75.

76 "[...] pode-se dizer que, afinal, toda e qualquer solução, apesar de respeitáveis opiniões em contrário, advirá mesmo é das valorações pessoais do intérprete, cujos acertos ou equívocos só a comunidade está em condições de julgar. Não se trata, evidentemente, de nenhuma apreciação de natureza técnica ou processual, daquelas que realizam as instâncias a tanto legitimadas, mas de um juízo de adequação material entre o que decidem os intérpretes oficiais da constituição - juízes ou tribunais, inclusive cortes constitucionais - e aquilo que em dado momento histórico a própria sociedade considere correto e justo." COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional. **Revista Direito Administrativo**, n. 230, p. 163-186, 2002. p. 179.

77 "[...] O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a descon sideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe o neoconstitucionalismo a várias críticas." (SARMENTO, 2008, p. 13).

Tal fenômeno parece não ter sido contido nem mesmo com as novas técnicas e princípios de hermenêutica constitucional, subsistindo eventuais excessos por parte dos magistrados. Não raro, o Judiciário assume a dianteira como protagonista do processo político em demandas judicializadas – e estas crescem cada vez mais –, absorvendo a confiança que não mais se tem nas instâncias representativas⁷⁸, denotando uma grave crise democrática⁷⁹. Não se trata de obstacularizar a judicialização da política em caso de inércia ou ineficiência dos demais poderes (fenômeno constitucionalmente aceitável), mas se quer evitar o ativismo judicial quando este se configura em ingerência arbitrária na competência dos demais poderes.

[...] é preciso diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política, questão que no Brasil foi examinada com pouca profundidade, como se os fenômenos tratassem da mesma coisa. Essa dificuldade conceitual deve ser enfrentada, especialmente porque vivemos sob um regime democrático, cujas consequências do ativismo podem ser muito prejudiciais. É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria semântica jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.”⁸⁰.

Nesse panorama, tudo se encerra no âmbito hermenêutico e, conseqüentemente, no campo de manobra em que atuam os juízes, dando-se origem à chamada criação judicial do direito. Como os critérios que utilizam

78 “Diante desse panorama não soa descabida a advertência de que estamos caminhando para uma onipotência judicial ou, se preferirmos, para um novo governo dos juízes, em que as grandes decisões políticas vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o do Poder Judiciário.” (COELHO, 2006, p. 66)

79 “[...] este viés judicialista sofre contestações pelo seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo. Esta crítica democrática se assenta na ideia de que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga.” (SARMENTO, 2008, p. 20)

80 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

seus intérpretes/aplicadores não obedecem a padrões objetivos, cria-se um ambiente propício a posturas decisionistas⁸¹, privilegiando-se o juiz e as suas escolhas, ao reboque das esferas de representação direta do povo⁸². Não raro, afronta-se até mesmo o próprio texto constitucional, embora este não admita elucubrações diversas, ginástica hermenêutica ou construção engenhosa, porquanto a missão dos exegetas encontra limite insuperável na própria univocidade das palavras⁸³. A propósito, nesse sentido explica o Min. Carlos Velloso em questão de ordem na ADPF n°. 54/DF no âmbito da Suprema Corte⁸⁴, ao invocar a lição do Min. Luiz Gallotti, assim dispondo: “podemos interpretar a lei, de modo a arredar a inconstitucionalidade, mas interpretar interpretando e, não, mudando-lhe o texto”.

- 81 “Numa palavra: o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, incompatível com quaisquer posturas discricionário-decisionista, porque estas estão assentadas em subjetividades assujeitadores, enfim, em axiologismos que, no seu cerne, são antidemocráticos. [...] Mais do que isso, a discricionariedade delegada ao intérprete-juiz é responsável pela crise de efetividade do direito. Nesse sentido é que, a pretexto de construir novos horizontes críticos, juristas de diversos matizes teóricos acabam reforçando essa discricionariedade hermenêutica, colocando na “inventividade” do sujeito cognoscente o locus do processo interpretativo. Isso dá azo para que se decida em qualquer direção [...], uma vez que, sob a máscara de pretenderem constituir discursos críticos, as posturas assentadas em subjetivismos desprezam os próprios textos legais e constitucionais produzidos democraticamente. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 200.
- 82 “[...]favorece-se um governo à moda platônica, de sábios de toga, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada. Justifica-se o ativismo judicial a partir de uma visão muito crítica do processo político majoritário, mas que ignora as inúmeras mazelas que também afligem o Poder Judiciário, construindo-se teorias a partir de visões românticas e idealizadas do juiz. Só que, se é verdade que o processo político majoritário tem seus vícios, também é certo que os juizes não são semi-deuses, e que a esfera em que atuam tampouco é imune à política com “p” menor.” SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008. p. 21.
- 83 “[...] no texto escrito da Constituição nascem fixações que aumentam o efeito estabilizador, racionalizador e assegurador da liberdade constitucional, que se perdem quando a Constituição escrita não é mais considerada taxativamente vinculativa. Se o juiz, em afastamento da concepção jurídica positivista (por óbvio, o mestre alemão refere-se ao positivismo exegético), acredita poder passar por cima do direito constitucional escrito, podem tais resoluções ser tidas como mais apropriadas que as de uma interpretação mais fiel à lei, liberando-se o caminho para se ludibriar a Constituição, em prol de interesses discricionários controvertidos? Abandona-se, assim, a ideia da Constituição escrita pelo estado de insegurança que isso gera. Ou seja, o texto escrito tem uma clara necessidade de vinculação, que não pode ser superada, sob pena de causar fissuras na institucionalidade. [...] quando estamos diante de uma postura ativista, temos decisão que vai além do texto da Constituição, acarretando o que Hesse chama de rompimento constitucional.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62..
- 84 STF, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 29/04/2013.

Essa mudança paradigmática, vivenciada em tempos de neoconstitucionalismo⁸⁵, reflete-se vivamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nos últimos anos, a Corte Maior tem aplicado, rotineiramente, princípios abertos nos seus julgamentos, por vezes ultrapassando o texto da Lei Maior. O tema é tão vasto que demandaria estudo específico, fugindo ao escopo deste trabalho, por serem inúmeros os *leading cases* encontrados no âmbito da Suprema Corte⁸⁶. É o caso, por exemplo, do recente HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavaski⁸⁷, consubstanciando nova exegese ao art. 5º, LVII, da Carta Maior ("*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*"), para reduzir o alcance do direito fundamental à presunção de inocência, admitindo-se a execução após segunda instância, em descompasso com o texto constitucional. E não só isso, princípios iguais têm sido usados para fundamentar posições opostas⁸⁸, sendo possível a manipulação de tais preceitos⁸⁹, utilizados sob a aparente roupagem da proporcionalidade e razoabilidade⁹⁰.

85 "Nada, absolutamente nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de "neoconstitucionalismo" no Brasil. Se verdadeiras as conclusões no sentido de que os seus fundamentos não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, defendê-lo, direta ou indiretamente, é cair numa invencível contradição performática: é defender a primazia da Constituição, violando-a. O "neoconstitucionalismo", baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado no Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida "não-constitucionalismo": um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização." (AVILA, 2009, p.19).

86 A finalidade desta apresentação, obviamente, não é servir de repositório de decisões da Suprema Corte, e nem se conseguiria chegar a tanto, o que exigiria um trabalho de outra natureza. Recomenda-se, contudo, a leitura da obra organizada por Paulo Gustavo Gonet Branco, em compilação de *leading cases* com algumas hipóteses de discussão de postura ativista da Corte Maior. (Cf. BRANCO; BARROS, 2014).

87 STF, HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, DJe 17/05/2016.

88 É o que aconteceu, por exemplo, no HC 82.424/RS (o caso do livro antisemita), no âmbito do Supremo Tribunal Federal, evidenciando o quanto a ponderação pode comprometer a segurança jurídica. O Min. Marco Aurélio e o Min. Gilmar Mendes usaram a mesma regra da proporcionalidade para analisar a colisão da liberdade de expressão e da dignidade do povo judeu, alcançando decisões diametralmente opostas.

89 "O número de vezes nas quais esses dois "princípios" são mencionados pela jurisprudência do STF nestes últimos anos - seja determinando *normas de decisão*, seja conformando a produção de *normas jurídicas gerais* - impressiona muito, a ponto de podermos, ironicamente, dizer que ele deixa de ser um Tribunal *constitucional* para se transformar em *tribunal da proporcionalidade e da razoabilidade*. A transgressão do sistema, agora sob o pretexto de aplicação desses *princípios*, é praticada à larga." (GRAU, 2016, p. 138).

90 Nesse ponto, cabe destacar que a doutrina e a jurisprudência fazem confusão conceitual com relação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, como se fossem idênticos. O próprio Supremo Tribunal Federal, na fundamentação de suas decisões, trata-os de maneira semelhante, o que, a rigor, revela-se uma atecnia jurídica, por se tratarem de institutos distintos (cf. SILVA, 2002, p.23-50).

[...] a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões. Se, até não muito tempo atrás, os princípios não eram tratados como autênticas normas por aqui - só tinha bom direito quem podia invocar uma regra legal clara e precisa em favor da sua pretensão - com a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, passou-se em poucos anos da água para o vinho. Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas - e positivismo hoje no país é quase um palavrão. Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.⁹¹

Há uma flagrante distorção do fenômeno constitucional quando se cogita que o novo paradigma hermenêutico pressupõe uma irrestrita ampliação da margem de liberdade judicial. A rigor, os princípios e o seu decorrente juízo de ponderação proporcionam uma superação da subsunção, mas não legitimam atitudes decisionistas em uma intersubjetividade descontrolada. Foi ao legislativo, batizado pela representação popular, que a Constituição Federal conferiu a função de materializar o direito positivo regente nas relações sociais. Logo, o Judiciário carece de unção legitimatória na medida em que não lhes é lícito envergar as vestes das instâncias democráticas, do contrário, representaria absorção do próprio poder do povo, resultando em afronta à soberania popular. O problema da ponderação, na verdade, reside no deslocamento da hierarquização ponderativa em favor da subjetividade do intérprete, sobretudo a pretexto da resolução dos chamados "*hard cases*"⁹².

91 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008. p. 23.

92 A questão dos casos difíceis ("*hard cases*") é tratada na doutrina de Ronald Dworking: "Os casos difíceis são aqueles que se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um

Registre-se que não se nega o espaço de atuação judicial no exercício da atividade interpretativa⁹³, a partir da qual o julgador estaria apto a criar a solução adequada ao caso em julgamento, porquanto toda interpretação é um ato produtivo em que o intérprete atribui sentido a um texto. Por outro lado, também se reconhece a ínsita ausência de neutralidade e de objetividade na atividade judicial, de modo que uma decisão plenamente neutra e objetiva se mostraria uma utopia irrealizável⁹⁴. Todavia, o grande problema é, em tempos de ponderação de princípios, a margem existente de modo a ensejar interpretações eminentemente subjetivas. É nesse ponto que se levantam dúvidas acerca da discricionariedade judicial, principalmente quando se contrapõe à legislação produzida em plano democrático. A propósito, explicita o saudoso Min. Eros Roberto Grau, de larga passagem pelo Tribunal Constitucional:

julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta uma melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade - suas normas públicas como um todo. Suas próprias convicções morais e políticas estão agora diretamente engajadas. Mas o julgamento político que ele deve fazer é em si mesmo um complexo e, às vezes, vai opor uma parte de sua moral política a outra: sua decisão vai refletir sua opinião não apenas sobre justiça e equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando competem entre si." (DOWORKING, 2007, p.306).

- 93 "Com efeito, a noção de discricionariedade administrativa, vinculada à jurisdição, aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da "descoberta" da indeterminação do direito. Isso se dá, basicamente, porque como bem demonstra Losano, no século XX "a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz". Assim, da Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo kelsiano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar aos autores argumentativos, como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço "não tomado" pela "razão"; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz." (STRECK, 2014, p. 48).
- 94 "As reflexões incidem diretamente sobre dois conceitos que integram o imaginário do conhecimento científico: a neutralidade e a objetividade. Ao menos no domínio das ciências humanas e, especialmente no campo do Direito, a realização plena de qualquer um deles é impossível. A neutralidade, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (auto-crítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas. A objetividade se realizaria na existência de princípios, regras e conceitos de validade geral, independentemente do ponto de observação e da vontade do observador. O certo, contudo, é que o conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade." (BARROSO, 2009, p. 311).

Juízes, especialmente *juízes constitucionais*, têm lançado mão, intensamente, da técnica chamada *ponderação entre princípios*, quando diante do que a doutrina qualifica como *conflito entre direitos fundamentais*. Como, porém, inexistente no sistema jurídico qualquer regra a orientá-los a propósito, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente. A opção por um ou por outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito de seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões - em uma espécie de "vão cego", na expressão de Rùthers. Essas escolhas são perigosas em ambos os casos. No primeiro, porque a posição jurídico-teórica pode não ser a nossa. No segundo, porque se transformam esses juízes em instrumentos dos detentores do poder. Trata-se sempre, não obstante, de escolhas submetidas a reflexões dramáticas.⁹⁵

De fato, a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento, mas também um ato de vontade, na escolha da resposta correta⁹⁶. Todavia, define-se a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos⁹⁷. Por um lado, inexistindo método que possa conferir uma maior segurança jurídica ao processo interpretativo⁹⁸ e, de outro lado, elevando-se princípios em um contexto

95 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 119.

96 A tese dworkiana da resposta correta não significa a existência de único resultado consensual por meio de um procedimento previamente estabelecido, mas a imposição de uma postura interpretativa a ser adotada para a solução de determinados casos. Para fins de se chegar à resposta correta, explica Dworking que: "a distinção entre casos fáceis e casos difíceis no direito não é tão clara nem tão importante", ao contrário, "o direito como integridade explica e justifica tanto os casos fáceis quanto os difíceis" DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 317.

97 "O constitucionalismo contemporâneo não escapa daquela conhecida aporia: a necessidade de se conjugar a autonomia subjetiva com os problemas de coordenação impostos pelo viver junto. [...] como todo texto, a Constituição demanda interpretação. E interpretação há várias! Ainda não se descobriu alguma chave para a decodificação dos cogitados segredos da Lei Maior: algo que lhe dotasse de um sentido inequívoco e atemporal. Ao contrário, sua compreensão depende, como tudo o mais, de contexto e de intérprete! Essa consideração não pode se traduzir, porém, no vaticínio do arbítrio e do voluntarismo." CRUZ, Flavio Antônio da. Epistemologia, hermenêutica constitucional e proporcionalidade: um ensaio. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro**: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.81.

98 "[...] em razão da variedade de recursos hermenêuticos e do modo, até certo ponto desordenado, como eles são utilizados, o primeiro e grande problema com que se defrontam os intérpretes/aplicadores da constituição parece residir, de um lado e paradoxalmente, nessa riqueza de possibilidades e, de outro, na inexistência de metacritérios que possam validar

de ativismo judicial desenfreado, a aplicação constitucional acaba adentrando em perigosa zona de penumbra, aumentando-se o espaço de incertezas e discricionariedade judicial. Seguindo, ainda, as lições de Eros Roberto Grau, é assustador quando se verifica o próprio ex-ministro da Corte Suprema expor o medo que tem dos seus pares:

Decidir em função de princípios é *mais justo*, encanta, fascina e legitima o modo de produção social. Aquela coisa weberiana da certeza e segurança jurídicas sofre, então, atenuações; evidentemente, no entanto, apenas até o ponto em que não venha a comprometer o sistema. [...] Isso tudo talvez acabe quando começar a comprometer a fluência da circulação mercantil, a calculabilidade e a previsibilidade indispensáveis ao funcionamento do mercado (talvez então os juízes voltem a ser a boca que pronuncia, sem imprensa, sem televisão...). Ou será a desordem, até que *novos rumos* nos acudam... Até então terei medo dos juízes (acaso continuarei a nutri-lo, esse medo ainda após então?), tenho medo do *direito alternativo*, medo do *direito achado na rua*, do *direito achado na imprensa*...⁹⁹

É precisamente nesse ponto em que reside a premente necessidade de robustecer o controle da intersubjetividade judicial¹⁰⁰. Em que pese atribuir-se ao Tribunal Constitucional a última palavra sobre como se interpreta a Constituição, nem por isso se faz na contramão da sociedade civil¹⁰¹, cujas reações os obrigam a uma

a escolha dos seus instrumentos de trabalho e resolver seus eventuais conflitos, seja em função dos casos a decidir, das normas a manejar ou, até mesmo, dos objetivos a se atingir em determinada situação hermenêutica, o que, tudo somado, aponta para a necessidade de um balançar de olhos entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre a norma e a situação normada, tendo como eixo o valor justiça, em permanente configuração. Em suma, desprovidos de uma teoria que sustente a seleção dos métodos e princípios com que trabalham a constituição, seus intérpretes/aplicadores acabam escolhendo esses instrumentos ao sabor de sentimentos e intuições pessoais – em resumo, a sua pré-compreensão –, um critério evidentemente aleatório que talvez lhes pacifique a consciência, mas que nada nos dirá sobre a racionalidade das suas opções.” COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Revista Direito Público**, n. 12, p. 48-73, 2006. p. 56.

99 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 140-141.

100 “No que tange às decisões judiciais, desde a formulação do programa normativo, com a seleção dos textos normativos, que, a partir do caso concreto seriam em tese pertinentes, até a reanálise, agora dos fatos, pertinentes sob a ótica desses textos normativos, chegando-se à formulação da norma e, por derradeiro, da norma de decisão, há o dever do julgador de demonstrar como sua pré-compreensão se obrou. Não são escolhas arbitrárias ou apenas volitivas, são atos hermenêuticos e, portanto, hermeneuticamente e intersubjetivamente passíveis de controle.” (MIOZZO, 2014, p. 285).

101 Nesse ponto, vale observar que a sociedade civil também é legitimada a interpretar o texto constitucional, não havendo monopólio da interpretação constitucional. A respeito, Cf.

constante prestação de contas sobre os métodos e os critérios de que se utilizam para concretizar a Constituição. Cabe ao judiciário, como garantidor da estabilidade institucional, resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, daí porque a atividade interpretativa, sobretudo na utilização dos princípios, deve dar-se da forma mais racional e fundamentada¹⁰². Tanto mais vaga seja a norma a ser aplicada, tanto mais intenso deve ser o ônus argumentativo do intérprete¹⁰³.

Nessa esteira, considerando a necessidade do controle da intersubjetividade judicial, reforça-se mais ainda a importância de serem observados os princípios instrumentais de interpretação constitucional, não como costumeiramente são invocados, sem fundamentação robusta que confira coerência no raciocínio judicial e de forma aleatória apenas para “cumprir tabela” e justificar convicções judiciais preexistentes¹⁰⁴. Vale dizer, não são os princípios interpretativos que se amoldam à decisão judicial, ao contrário, é o magistrado quem deve pautar o deslinde da situação fática inspirando suas convicções, verdadeiramente, naqueles postulados instrumentais, sem prejuízo dos demais métodos de hermenêutica constitucional, tornando a decisão mais fundamentada e racional possível¹⁰⁵.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

102 “[...] para se compadecer com o estado de direito, em cujo âmbito não há espaço para o arbítrio, há de ser exercida de conformidade com padrões mínimos de razoabilidade, motivo por que, sem o propósito de inviabilizar o exercício da jurisdição, tem-se como absolutamente indispensável – até porque se trata de um imperativo constitucional – exigir-se dos juízes que motivem e justifiquem, exaustivamente, as suas decisões, de modo a torná-las controláveis pela sociedade.” (COELHO, 2006, p. 70-71).

103 “A tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um dos seus fundamentos – a noção básica de que as decisões sobre o que os cidadãos e o Estado podem e não podem fazer devem ser tomadas preferencialmente por quem representa o povo e seja por ele escolhido.” (SARMENTO, 2008, p. 24).

104 “[...] embora se apresentem como enunciados lógicos e, nessa condição, pareçam anteriores aos problemas hermenêuticos que, afinal, ajudam a resolver, em verdade e quase sempre os princípios da interpretação funcionam como fórmulas persuasivas, das quais se valem os aplicadores do direito para justificar pré-decisões que, mesmo necessárias ou convenientes, sem o apoio desses cânones interpretativos se mostrariam arbitrárias ou desprovidas de fundamento. Não por acaso já se proclamou que essa disponibilidade de métodos e princípios potencializa a liberdade do juiz, a ponto de lhe permitir antecipar as decisões – à luz da sua pré-compreensão sobre o que é justo em cada situação concreta – e só depois buscar os fundamentos de que precisa para dar sustentação discursiva a essas soluções puramente intuitivas, num procedimento em que as conclusões escolhem as premissas e os resultados selecionam os meios.” (COELHO, 2002, p. 176-177).

105 “Para assegurar a racionalidade de sua interpretação, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento - a legitimidade da decisão judicial decorre de sua

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da existência de vozes críticas ao catálogo dos princípios de interpretação constitucional, não se pode fechar os olhos às alterações vivenciadas nos tempos atuais. O Direito é dinâmico e as instituições também precisam evoluir, o que exige uma hermenêutica voltada ao enfrentamento de novas e complexas dificuldades, daí porque se fazem necessários avanços na efetiva aplicação dos princípios interpretativos, servindo como guia à atividade interpretativa jurisdicional, sobretudo em épocas de forte ativismo judicial. É óbvio que não se pode depositar em tais pressupostos metodológicos a solução para uma crise tão complexa. Todavia, sem eles, pior seria, o que não impede a sua evolução, desde que passem a ser utilizados efetivamente em momento prévio à solução judicial, e não o contrário, manipulados e amoldando-se às convicções preconcebidas do magistrado para fins de chancelá-las. A rigor, embora tais princípios sejam citados nos quadros da jurisprudência da Suprema Corte, têm servido mais para legitimar uma preconcepção judicial do que propriamente inspirá-la.

Por outro lado, os princípios interpretativos não buscam superar os cânones clássicos da interpretação jurídica. Ao se falar em nova interpretação constitucional, não se está renegando o conhecimento convencional, mas se agregam ideias que anunciam novos tempos e novas demandas. É o somatório de esforços hermenêuticos que resultará no aprimoramento da interpretação constitucional. Cada princípio completa e confere sentido à existência do outro, juntamente com os demais princípios e métodos interpretativos. Em face da extrema complexidade do trabalho hermenêutico, todo pluralismo é saudável e racionalmente aproveitado, em vez de embaraçar os operadores jurídicos, acaba ampliando o seu horizonte de compreensão e lhes facilitando a realização do direito.

É claro que, quando se está diante de princípios, abre-se margem para resultados não unívocos. Não há, de fato, e nem é o que se busca, uma vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos". (BARROSO, 2006, p. 56).

hermenêutica cartesiana com soluções engessadas, ou, ainda, uma fórmula mágica capaz de produzir uma sistematização perfeita no ordenamento jurídico. É, pois, inimaginável um arcabouço normativo que preveja todas as situações jurídicas possíveis e seja perfeito por si só. Todavia, a utilização dos princípios de interpretação constitucional pode auxiliar sobremaneira que os argumentos jurídicos se insiram em um contexto de maior racionalidade, favorecendo a coesão e a concretização das normas constitucionais, desde que não sejam usados como subterfúgios para legitimar uma preconcepção discricionária judicial. A interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou decisionismo judicial, do que resulta o necessário controle da intersubjetividade judicial.

Em um período de verdadeira efervescência na ciência jurídica contemporânea, resulta a necessária abertura para uma nova hermenêutica voltada ao enfrentamento de questões até então não vivenciadas, decorrentes, sobretudo, do paradigma pós-positivista com a utilização, muitas vezes extremada, dos princípios como norma. Os princípios, todavia, são uma realidade inafastável. A questão são os critérios para a sua ponderação. O caminho inevitável parece ser a busca pelo equilíbrio na compatibilização da atividade interpretativa jurisdicional com a utilização de critérios mais objetivos para sua efetivação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, v. 17, p. 1-19, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 83-105, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BINENBOJIM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; BARROS, Janete Ricken de. **Ativismo em decisões judiciais**. Brasília: IDP, 2014. Disponível em <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>. Acesso 10/nov/2016.

BULOS. Uadi Lamego. Teoria da interpretação constitucional. **Revista Direito Administrativo**, n. 205, p. 23-64, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional. **Revista Direito Administrativo**, n. 230, p. 163-186, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Revista Direito Público**, n. 12, p. 48-73, 2006.

CRUZ, Flavio Antônio da. Epistemologia, hermenêutica constitucional e proporcionalidade: um ensaio. In CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro**: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 80-150.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.12.

FREITAS, Juarez. **O direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2014.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRAU, Eros Roberto. Discurso de agradecimento pela medalha Teixeira de Freitas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 98, p. 667-683, 2003. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67608/70218>. Acesso 02/maio/2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RCS Ed., 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008. p. 9-49.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, 2002, p.23-50.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Recebido em: nov/2016

Aprovado em: fev/2017