
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 1-255, abr./jun. 2005

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzo
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros
CRB 1545/MG 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional

Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo

Paulo Ricardo Schier*

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Constitucional nas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Especialização do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor licenciado da PUC/PR. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Advogado militante, parecerista e consultor jurídico. Membro do escritório Clèmerson Merlin Clève Advogados Associados

Sumário: **1.1** Recontextualizando a filtragem constitucional - **1.2** O momento do neoconstitucionalismo - **1.3** O pós-positivismo principialista - **1.4** Os excessos da dogmática principialista - **1.5** Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e fundamentalismo constitucional - **1.6** A título de conclusão

1.1 Recontextualizando a filtragem constitucional

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 viu-se, no país, a tentativa de instauração de um novo momento político e jurídico, fundado na democracia, no Estado de Direito, na dignidade da pessoa humana e na revitalização dos direitos fundamentais.

Vivia-se, naquele momento, um sentimento simultâneo de euforia e desconfiança. Euforia tributária das possibilidades e potencialidades trazidas pela nova Lei Fundamental. Mas desconfiança também, fosse por decorrência do papel que o constitucionalismo brasileiro desempenhou no período do regime militar,¹ fosse pela descrença de que haveria condições para a plena realização da Constituição, fosse pela ausência de uma teoria constitucional capaz de dar conta de sua efetivação ou por decorrência de algumas críticas que a recém-nascida Constituição vinha recebendo de determinados setores da sociedade e dos próprios operadores do Direito.

Foi necessário, portanto, num primeiro instante, bradar o discurso da força normativa da Constituição e deixá-la protegida contra certos ataques. Foi ainda preciso, num segundo momento, tentar criar instrumentos dogmáticos que permitissem tecnicamente uma adequada compreensão e realização da Constituição.

Neste quadro, então, desenvolveu-se a idéia de filtragem constitucional,²

* E-mail: pauloschier@uol.com.br

¹ Na expressão de Loewenstein o Brasil tinha, sem dúvida, uma constituição semântica (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 218).

que tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo.

Assim, sustentou-se que a filtragem constitucional pressupõe a preeminência normativa da Constituição, projetando-a para uma específica concepção da Constituição enquanto *sistema aberto de regras e princípios*, que permite pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica. Então, com a filtragem constitucional, falava-se da preeminência normativa da Constituição pressupondo também uma teoria da norma constitucional que compreendesse a sua dimensão normativo-lingüística e também material. Bem como, ainda, falava-se de uma teoria da norma englobante da esfera da pré-compreensão do intérprete, enquanto sujeito integrante da realidade e do contexto material do Direito e, de conseqüência, integrante da própria estrutura da norma (categoria que exige a existência de um caso concreto posto a resolver, não se confundindo com as regras e princípios em sua perspectiva puramente lingüística — o enunciado ou texto).

A abertura do sistema e, assim, a distinção funcional entre regras e princípios e destas em relação à norma, ademais, como havia sido sustentado, exigia compreender a Constituição enquanto reserva de justiça, de modo a aceitar-se a possibilidade da potencial inconstitucionalidade das leis injustas. Desta forma, abria-se o mecanismo do controle de constitucionalidade das leis para outras dimensões (como a da justiça material, realidade social, etc.). Ainda nesta ordem, a realização da normatividade superior da Constituição traria como conseqüência, na perspectiva apontada, a necessidade do estabelecimento de novas técnicas decisórias para a jurisdição constitucional e, não menos importante, também importaria conceberem-se novas dimensões para as relações entre a normatividade constitucional e infraconstitucional.

Sob o viés da dialeticidade direito positivo/realidade material, a **atualização do direito infraconstitucional à luz da axiologia constitucional**

² As idéias referidas sobre a categoria "filtragem constitucional" foram extraídas de: SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional – Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, 160 p.

era vista como decorrência que viabilizaria o diálogo com a realidade social, aprendendo com ela através da abertura dos princípios e, destarte, permitindo a capacidade de aprendizagem da ordem jurídica com a sociedade e, por sua vez, desses aspectos, seria compreensível a evolução da ordem jurídica sem que fosse necessário implementarem-se reformas legislativas que modificassem a textualidade normativa.³ E desta conseqüência extraía-se outra, a partir das lições de Loewenstein e Hesse, que sustentavam a necessidade de preservar ou cultivar um certo sentimento de estima (ou vontade) constitucional a partir da resistência às alterações constitucionais formais desnecessárias.

Por fim, especificamente em relação à adoção de um conceito de sistema constitucional pressuposto à idéia de filtragem constitucional, ainda se defendia a possibilidade de extração de importantes conseqüências no plano da dogmática constitucional. Em primeiro lugar, falando-se de uma unidade formal inerente ao sistema, teriam os operadores do Direito que laborar na dogmática jurídica a partir da noção de unidade hierárquico-normativa da constituição, assumindo as conseqüências daí decorrentes (como a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, a não hierarquização dos princípios constitucionais etc.). Em seguida, seria necessário laborar-se a partir da idéia de unidade material, ou seja, unidade axiológica, unidade de sentido, de modo que não se poderia compreender um instituto qualquer do direito infraconstitucional a não ser sob a luz da constituição toda.

Evidentemente, inúmeras outras conseqüências poderiam ser extraídas da projeção da preeminência normativa da Constituição para a realidade normativa sistemática e aberta de regras e princípios — designada por filtragem constitucional.

A partir dessas idéias, genericamente compiladas em vista de diversas teses e argumentos que eram levantados naquele momento de nossa história constitucional, muito se caminhou. Aliás, não sem razão, chegou-se mesmo a um momento, atualmente, de falar-se em um “neoconstitucionalismo”, ou seja, um novo momento da dogmática e pensamento constitucionais que, conquanto não uniforme, compila determinados “avanços” da teoria constitucional.

Neste novo momento de nossa história constitucional observam-se diversos avanços. As teses da dogmática constitucional principialista vin-

³ FERRAZ, Anna Candida Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. 269 p.

garam, por assim dizer, dentre outras tantas. A categoria da filtragem constitucional de igual forma encontra-se difundida no pensamento e parte da práxis constitucional.

Porém, como todo novo momento da história, também algumas confusões e incompreensões vêm ocorrendo. Impõe-se, logo, enfrentar novos desafios e, dentre eles, a filtragem constitucional há de recobrar alguns parâmetros.

É sobre este momento que busca o presente texto refletir.

1.2 O momento do neoconstitucionalismo

Após a escuridão de um longo período, a luz se acende! Veio mostrar a clareza, apontar os caminhos, evitar os choques, permitir o início de um novo momento em que podemos olhar o que outrora estava escondido nas sombras de um quarto fechado. Antes, porém, nos primeiros momentos da luz, em questão de segundos ou por vezes minutos, a claridade agride a retina, ofusca o olhar, confunde os objetos... causa confusão!!!

Após o assentamento da poeira de um longo período de tempo das secas, a chuva cai! Veio limpar o ambiente, evitar as quedas, permitir o início de um novo momento em que também podemos olhar o que outrora estava escondido sob a sujeira do piso já envelhecido. Antes, porém, nos primeiros momentos, faz-se a lama, aumenta-se a sujeira, forma-se o lodo, para somente após a água levá-lo definitivamente para o fundo da terra.

Viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico.⁴ Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da idéia do juiz neutro e passivo,⁵ da redução do direito a enunciados lingüísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição.

Precisou o neoconstitucionalismo⁶ trazer a luz e as águas reparadoras ao mundo do Direito. Agora, fala-se do pós-positivismo,⁷ da inevitável

⁴ Para uma compreensão do positivismo e de suas mazelas, por todos, consulte-se a ampla obra de Luís Alberto Warat, ora compilada em quatro volumes através de edição da Fundação Boiteux.

⁵ Para uma compreensão da crítica à idéia da neutralidade do juiz, consultar, exemplificativamente: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3 et seq.

intervenção da moral na solução dos casos difíceis,⁸ da técnica da ponderação na aplicação do direito,⁹ no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica,¹⁰ reconhece-se certa liberdade interpretativa criativa aos magistrados,¹¹ a intervenção de sua esfera de pré-compreensão no processo decisório,¹² a união lingüística entre sujeito e objeto¹³ e, dentre outras conquistas, a afirmação da especial normatividade dos princípios.¹⁴

Em linhas gerais, essas são algumas das “ousadias” do neoconstitucionalismo.

Antes, porém... O ofuscamento e o lodo do processo de transição!!! É aqui que a teoria constitucional brasileira situa-se. O velho morreu, o novo já nasceu, mas a intensidade da vida, ainda tenra, impede que este novo fale por suas próprias palavras. Daí tanta confusão e incompreensão!

É preciso refletir sobre especial e rico momento! Sobre alguns de seus descompassos...

1.3 O pós-positivismo principialista

Afirma-se, na perspectiva do neoconstitucionalismo pós-positivista, que o sistema constitucional é composto de regras e princípios.¹⁵

Assim, na leitura do conjunto, a Constituição é um sistema.¹⁶ E numa leitura individual, dos elementos que o compõe, os diversos inte-

⁶ Não se olvide que aquilo que a doutrina tem designado como “neoconstitucionalismo”, em princípio, não substancia, organicamente, uma nova teoria constitucional ou um movimento doutrinário. Antes disso parece tratar-se, o “neoconstitucionalismo”, em verdade, de um momento teórico em que os constitucionalistas buscam a superação de modelos jurídicos positivistas e formalistas projetados ao discurso e dogmática constitucionais. Um momento em que se buscam soluções mais adequadas para as questões constitucionais diante das insuficientes respostas positivistas. Daí, então, justifica-se o entendimento de não haver sempre convergência entre os diversos modelos do pensamento “neoconstitucionalista”. Sobre a questão, dentre outros, consultar: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; POZZOLO, Susanna. *Neocostituzionalismo e Positivismo Giuridico*. Torino: Giappichelli, 2001; POZZOLO, Susanna. *Metacritica del Neocostituzionalismo – una Risposta ai Critici di ‘Neocostituzionalismo e Positivismo Giuridico’*. Disponível em: <www.dirittoequestionipubbliche.org>. Acesso em: 03 ago. 2004; PERINI, Mario. *Sul Neocostituzionalismo di Susanna Pozzolo*. Disponível em: <www.dirittoequestionipubbliche.org>. Acesso em: 03 ago. 2004; SCHIAVELLO, Aldo. *Neocostituzionalismo o Neocostituzionalismi?* Disponível em: <www.dirittoequestionipubbliche.org>. Acesso em: 03 ago. 2004.

⁷ Por todos consulte-se: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 228 et seq.

⁸ Dentre outros: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127 et seq.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 115 et seq. No Brasil: SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, 220 p.

¹⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53 et seq.

¹¹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000, 304 p.

¹² HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 31 et seq.

¹³ HESSE, Konrad, op. cit., p. 41.

¹⁴ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 42 et seq.

grantes deste conjunto seriam regras e princípios.¹⁷ Toma-se, ainda, como certo, que regras e princípios são espécies de normas¹⁸ e, também, espécies de normas constitucionais.

Há que se ressaltar, entretanto, que ao se afirmar que regras e princípios são espécies de normas, o que se pretende, apenas, é destacar que a Constituição possui “normatividades” regulatórias diferentes.¹⁹ Isto porque, se se levar às últimas conseqüências o modelo teórico que aqui será adotado, a norma, em verdade, é o produto de interpretação de enunciados lingüísticos jurídicos sob a luz de um caso concreto demandante de resposta.²⁰ Por esta razão que, apenas impropriamente se pode dizer que regras e princípios são espécies de normas. Afinal, em verdade, regras e princípios manifestam através das normas, mas com elas não se confundem.

Fala-se isto pois o Direito, como se sabe, também é um fenômeno lingüístico (mesmo para o neoconstitucionalismo). O Direito manifesta-se também através da linguagem. Ao buscar regular as condutas, a linguagem do Direito transmuta-se em enunciados escritos. Estes enunciados é que podem manifestar-se, após a interpretação diante dos casos concretos, com conteúdo de regra ou de princípio. Logo, reafirme-se, regras e princípios substanciam o conteúdo normativo de enunciados jurídicos. E são os enunciados, interpretados a partir da realidade (caso concreto), repise-se, que substanciam o ponto de partida para a criação da norma.

De qualquer modo, faz-se necessário apresentar a Constituição (assim como a ordem jurídica em sua integralidade) como um documento normativo formado por essas duas espécies regulatórias diferentes: princípios e regras.

Sob o ponto de vista da vigência e coercitividade, regras e princípios não diferem. São ambos comandos normativos vinculantes, imperativos, decorrentes da vontade do poder constituinte. Possuem a mesma dignidade formal: são, em sentido *lato*, normas constitucionais e, por isso, dotadas da autoridade que lhes conferem a rigidez e a supremacia da Constituição.²¹ Constituem, portanto, em diferentes medidas, verdadeiros parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis.²²

¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, 311 p.

¹⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito Constitucional – Anotações Nucleares*. 4. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2004, p. 97.

¹⁸ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 44.

¹⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito Constitucional...* cit., p. 104.

²⁰ HESSE, Konrad, op. cit., p. 40.

Mas, então, por que distinguir regras de princípios, se ambas categorias, formalmente, adquirem a mesma nota de “normas” constitucionais?

Esta pergunta, cujo sentido é compreensível diante das teorias tradicionais do Direito, evidentemente não possui resposta fácil. Toma-se, como princípio de raciocínio, o fato das Constituições serem, em geral, eminentemente principiológicas, de acordo com o que se encontra largamente difundido nos manuais jurídicos.²³

Este aspecto inicial, como se poderá observar, traz algumas importantes conseqüências. Deveras, durante longo período de tempo afirmava-se que determinado enunciado possuía caráter principiológico significava retirar-lhe sua normatividade.²⁴ Diz-se isso pois, nos modelos conservadores da teoria jurídica, os princípios não passavam de conselhos éticos, políticos ou morais aos quais não estavam os legisladores vinculados. Dizer-se sobre o caráter principiológico de um enunciado tratava-se, digamos assim, de direcionar-lhe crítica “depreciativa”, pois implicava negar-lhe “exigibilidade”.²⁵

Explica-se, em certa medida, esta mundividência, porque, atrelados a uma concepção de norma reduzida ao enunciado lingüístico, de caráter eminentemente positivista, a aplicação do Direito limitava-se a um programa lógico de subsunção entre descrição normativa e realidade.

Por certo, o mecanismo funcionava com facilidade diante das regras. As descrições mais concretas desta espécie de normatividade permitiam, com funtores deônticos mais delimitados, uma operação lógica dotada de certa e relativa segurança.²⁶

Todavia, como se proceder com a lógica da subsunção diante enunciados dotados de elevada carga axiológica, baixa densidade normativa e enorme grau de indeterminação e abstração, como sucede com os princípios?

O processo da subsunção estritamente formal não funcionava nestes casos. Daí porque, como solução, o positivismo retirou dos princípios a sua normatividade, colocando-os como “cano de escape”²⁷ do ordenamento jurídico em vista de não se enquadrarem na sua lógica. Ou seja, em não conseguindo a teoria explicar a realidade normativa dos princípios, negava-se a juridicidade destes para salvaguardar o modelo teórico. Algo

²¹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem...* cit., p. 123.

²² CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 153.

²³ Dentre outros: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 55 et seq.

²⁴ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 235.

²⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito Constitucional...* cit., p. 98.

²⁶ Id., ibid.

como afirmar-se que a realidade não se enquadra no conceito e, por isso, a realidade está errada.

Não sem razão, no contexto positivista, os princípios, reitera-se, são os “tapa-buraco” do sistema. Ou seja, apenas na ausência de lei, na ausência de costume, na ausência de analogia, na ausência de interpretação analógica, na impossibilidade de aplicação de critérios de equidade, é que os princípios gerais do Direito poderiam ser aplicados. Nossos Códigos, Civil e Processual Civil, principalmente, refletem esta concepção.

Assim a Constituição, por sua feição eminentemente principiológica, encontrava dificuldade de realização com as teorias formalistas tradicionais.

Logo, no plano do constitucionalismo, foi necessário superar os referidos modelos de norma jurídica propugnados pelos diversos positivismos, impondo uma visão que comportasse também normatividade aos princípios.²⁸

Isto foi possível, dentre diversos fatores, a partir do estabelecimento de critérios de distinção (embora nem sempre claros), entre regras e princípios, que passavam muitas vezes por uma diferenciação de funcionalidade.²⁹

Tomou-se por certo, como ponto inicial, o fato de verificar-se a absoluta impossibilidade de existência de um sistema formado apenas por regras (pois inexisteriam critérios seguros para solução de colisões e resolução de casos difíceis), assim como seria impossível a existência de um sistema formado apenas por princípios (principalmente diante da enorme imprecisão de seus enunciados, que geraria dúvidas sobre a exata forma de agir nas situações concretas e poderia quebrar a exigência de segurança jurídica imposta pelo Estado de Direito e pela própria função estabilizadora do Direito).³⁰

Portanto necessita, o sistema jurídico e o constitucional, de regras e princípios, que passam a desempenhar, no ordenamento, funções diversas.³¹

Deveras, se por um lado as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não cumprida, apontando funtores deônticos bastante claros (impõem, permitem, autorizam ou proíbem uma conduta),³² os princípios são normas impositivas de uma otimização do sistema, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos.³³ Por conseqüência, as regras são

²⁷ Expressão é de Paulo Bonavides.

²⁸ POZZOLO, Susanna. *Neocostituzionalismo... cit.*, p. 3.

²⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem... cit.*, p. 124-125.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 174-175.

³¹ *Id.*, *ibid.*

aplicáveis de maneira disjuntiva: se os fatos que estipulam uma regra estão dados, então, ou bem a regra é válida, hipótese em que a resposta que se dá deve ser aceita, ou bem não o é, hipótese em que não se aplica à decisão.³⁴

Portanto, as regras submetem-se a padrões de validade e vigência, submetendo-se à lógica do “tudo ou nada”, como nos ensina Dworkin, eis que não deixam espaço para qualquer outra solução: se a regra vale, deve ser cumprida na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.³⁵

Os princípios, ao contrário das regras, por constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Por isso, em caso de *colisão entre princípios*, estes podem ser objeto de harmonização ou, em último caso, de ponderação, pois eles contêm apenas exigências ou *standards* que, em primeira linha, devem ser realizados.³⁶

Destes pontos, consoante conclusões de Canotilho, emerge a exigência do referido sistema constitucional formado por regras e princípios, mormente porque, repise-se:

1. o sistema constitucional carece de *regras* jurídicas: a constituição, por exemplo, deve fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral ativa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de otimização: um cidadão é ou não é maior aos 18 anos para efeitos de direito do sufrágio; um cidadão <<só pode ter direito à vida>>;

2. mas além disso, o sistema jurídico necessita de *princípios* (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos;

3. em virtude de sua <<referência>> a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da *justiça*, da *idéia de direito*, dos *fins de uma comunidade*), os princípios têm uma função normogénica e uma função sistémica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite <<ligar>> ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional;

4. ademais, as regras e os princípios, para serem ativamente operantes, necessitam de *procedimentos* e *processos* que lhes dêem operacionalidade prática: o direito constitucional é um sistema aberto de regras e princípios que, através dos processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action*, para uma *living constitution*.³⁷

³² ALEXY, Robert, op. cit., p. 88-89.

³³ Id., p. 90.

³⁴ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 39.

³⁵ Id., ibid.

³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis. Algumas Notas sobre Colisão de Direitos Fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil*, n. 1, 2002, p. 29 et seq.

Desta dimensão principiológica do pacto fundamental, tem-se que seus princípios, dotados de abertura e indeterminação lingüísticas, e considerando sua elevada carga axiológica, permitem colocar a Constituição como verdadeiro fundamento material de toda ordem jurídica, de modo que será possível sustentá-la como um Pacto dotado de verdadeira reserva de justiça.

Deveras, superadas as concepções jusnaturalistas e metafísicas, bem como aquelas que os tinham como simples fonte normativa subsidiária, os princípios passaram por uma fase de positivação constitucional: “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.³⁸

Este momento pós-positivista do neoconstitucionalismo, afirmando a normatividade e vinculatividade dos princípios, faz assentá-los como valores jurídicos supremos da sociedade, servindo como parâmetro de aplicação do Direito para o Estado (Administração Pública, Legislador e Juiz) e até mesmo a sociedade civil. Fala-se, aqui, portanto, não de um Direito justo à luz de valores metafísicos (superiores e anteriores ao Estado) ou formais (identificados com a própria legalidade) e sim, de uma *reserva histórica de Justiça*: aquela que uma dada sociedade concreta elegeu, em momento definido, como padrão de justiça.

Portanto, observa-se que na fase pós-positivista, os princípios passam a caracterizar o próprio “coração das Constituições”, iluminando a leitura de todas as questões da dogmática jurídica, que devem passar pelo necessário processo da filtragem constitucional axiológica.

Logo, como se observa, se é certo que toda a justificação da distinção entre regras e princípios no contexto do neoconstitucionalismo passa pela necessidade de ressaltar a vinculatividade especial da Constituição e permitir uma adequada solução às hipóteses de colisões normativas, assim como para salientar a necessidade de implementação de uma dogmática principialista, também é certo que a metodologia da aplicação constitucional não pode reduzir todos os enunciados da Lei Fundamental a princípios.

Aqui está o momento de confusão atual.

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 175-176.

³⁸ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 257.

1.4 Os excessos da dogmática principialista

Desde o instante em que se admite que os princípios substanciam um modelo especial de normatividade que se submete a padrões de peso e qualidade (e não de validade) e, assim, desde que se aceita a ponderação no momento da concretização, é preciso tomar certas cautelas para não alargar os horizontes da principiologia constitucional a ponto de afirmar que toda e qualquer norma pode ser ponderada ou relativizada. Esta atitude, que tem de alguma maneira se disseminado em parte da doutrina nacional, parece ser perigosa.

Diz-se que tudo é princípio e assim busca-se forçar a possibilidade de “encontrar” colisões com vistas a relativizar certos conteúdos da Constituição. Trata-se, aqui, não de uma adequada compreensão principiológica da Lei Fundamental mas, ao contrário, de uma atitude que, levada ao extremo, pode, ao invés de contribuir com os discursos de afirmação da normatividade constitucional, negá-lo.

A Constituição demanda a existência de regras e princípios. Como já restou afirmado, um sistema constitucional formado apenas por regras seria temeroso em vista de sua baixa capacidade de ajuste e evolução. Mas um sistema formado apenas por princípios (*ou visto de tal forma*) também seria indesejável diante da baixa densidade normativa que teria, determinando, destarte, uma espécie de corrosão da própria normatividade constitucional.

O que parece é que o discurso (sedutor) da dogmática principialista, tomado sem cautelas, tem se prestado a relativizar todo e qualquer bem ou valor constitucionalmente protegido através dos princípios. Sob esta perspectiva, a idéia de dogmática principialista, que, como se afirmou, de partida emergiu como mecanismo de afirmação da normatividade constitucional, tem-se prestado para, na prática, realizar o seu contrário. Ou seja, a exacerbação do processo de principiologização não pode atingir o ponto de tornar tudo “subjetivo” (no sentido de arbitrário). Até porque, quando se fala em possibilidade de se avaliar os princípios na perspectiva de peso e qualidade, tal não quer dizer que o intérprete será absolutamente livre no momento da ponderação.³⁹ É de se tomar os cuidados aos quais a metodologia do Direito se reporta para buscar evitar que o irracionalismo tome conta das decisões judiciais.

Afirmar que o processo de ponderação é subjetivo é uma verdade. Mas nem por isso deve ser, repise-se, arbitrário. O Direito demanda uma

certa racionalidade e, no processo de sua racionalização, há que se conter a subjetividade pura e simples.

Assim que, a tentativa de fazer tudo que está na Constituição tornar-se princípio para efeito de permitir ponderações, além de atitude perigosa, exprime um entendimento equivocado (i) ou da dogmática principialista, (ii) ou do sistema constitucional (ii) ou das cautelas que devem revestir a ponderação das normas que se submetem aos padrões de peso e qualidade.⁴⁰

1.5 Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e fundamentalismo constitucional

Cabe ainda explorar, rapidamente, outra situação, mas vinculada a esta já explicitada.

Ninguém desconhece, no contexto sob análise, então, a imensa importância dos princípios. Mais ainda dos chamados princípios fundamentais.⁴¹ E dentre eles, nomeadamente, ninguém ousaria duvidar do papel desempenhado pela dignidade da pessoa humana.

Deveras, trata-se de princípio tão fundante que a ele se atribui a virtude de ter realizado o que alguns têm chamado de verdadeira viragem de Copérnico do Direito Constitucional. Ou seja, com o advento da Constituição de 1988, todo o ordenamento jurídico passaria a girar sob o eixo gravitacional da dignidade humana.⁴² Nada, nenhuma regra, nenhum outro

³⁹ Quando se afirma a possibilidade de ponderação dos princípios, considerando a inexistência de hierarquia normativa no sistema jurídico-constitucional e a inadmissibilidade da chamada tábua pré-definida de valores constitucionais, não se sustenta a possibilidade de ponderações abstratas, que desconsiderem o contexto do caso concreto e nem a possibilidade de decisões pautadas em opções ideológicas pré-estabelecidas, eis que a ponderação não pode ser tida como uma "caixa preta da qual o intérprete extraia qualquer coisa que ele quiser" (MURPHY, Walter; FLEMING, James; BARBER, Sotirios. *American Constitutional Interpretation*. Westbury: The Foundation Press, 1995, p. 413).

⁴⁰ Cabe citar alguns exemplos para demonstrar esta problemática de como tudo, na embriguez principialista, segundo a feliz expressão de Ana Paula de Barcellos (*A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 327 p.), torna-se princípio ponderável e relativizável sob padrões muitas vezes arbitrários. Já se ouviu, em certa ocasião, um juiz afirmar que determinado advogado utilizou a seguinte tese: "Regras decorrem de princípios. A regra que estabelece que o prazo para apelar é de 15 dias, está concretizando o princípio do duplo grau de jurisdição e da própria efetividade da tutela jurisdicional. Num conflito entre o princípio da efetividade da tutela jurisdicional e o princípio da celeridade processual, é certo que a justiça deva prevalecer. Logo, num juízo de ponderação entre princípios, o juiz haveria de aceitar o protocolo da apelação mesmo fora do prazo, até porque o juiz não iria ler mesmo a petição no dia do protocolo"!!! Não raras vezes viu-se a tentativa de se relativizar a regra de exigência da contratação pública mediante licitação através de ponderação com o princípio da eficiência. Assim como já se viu todo e qualquer interesse da Administração Pública, mesmo os mais mesquinhos, serem entronizados ao se transformarem no mágico princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e, assim, sempre poderem "ponderar" e "relativizar" o exercício de direitos fundamentais dos cidadãos. São apenas poucos e singelos exemplos. Mas que dão conta do momento complexo, e, diga-se de passagem, criativo, pelo qual a teoria e práxis constitucionais brasileiras atravessam.

⁴¹ Como se sabe, a constituição tem por finalidade definir e proteger um determinado núcleo de direitos fundamentais, além de racionalizar, fundamentar, legitimar, limitar etc. o exercício do poder (em vistas da proteção daquele referido núcleo de direitos fundamentais). Neste sentido há de se compreender que diversas são as formas de alcançar tal mister e, de acordo com a variação de cada modelo adotado, será

princípio, nenhuma relação jurídica pode ficar imune ao toque mágico da dignidade humana. Em expressão hoje corrente: todos os direitos se (re)personalizam.

Eis, aí, outro perigo. Afinal, numa constituição e sociedade plurais,⁴³ nem todas as relações jurídicas ou justificações normativas devem ou podem ser personalizadas. Tome-se, como exemplo, o debate sobre os critérios materiais para definição dos direitos fundamentais para o fim de identificar se um tratado internacional versa ou não sobre direitos humanos e, assim, possa integrar o bloco de constitucionalidade e submeter-se ao regime dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, enunciando o que parece ser uma possível também encontrar as especificidades de cada comunidade. É, assim, a partir das opções fundamentais que se faz em determinado momento histórico, que se estruturam as constituições. Logo, ao lado da definição de um quadro de direitos fundamentais, as constituições, materialmente, também se formam a partir de algumas opções fundamentais: opções por princípios estruturantes do Estado, do Direito e da comunidade. Neste sentido as opções explícitas ou implícitas por determinados princípios fundamentais numa constituição prestam-se a diversas finalidades. São os princípios fundamentais que (i) nortearão os diversos sentidos e certas dimensões da extensão dos direitos fundamentais, (ii) definirão as formas básicas da legitimação, fundamentação, racionalização e exercício do poder, (iii) explicitarão as opções políticas fundamentais da comunidade, (iv) as opções jurídicas e estatais fundamentais, (v) os seus valores mais caros, a partir dos quais serão estruturados a sociedade, o Estado e Direito. Substanciam, por isso, os princípios fundamentais, verdadeira síntese-matriz do Direito. Expressam a "carteira de identidade" da sociedade, o "ser-em-comum" dentro da diversidade comunitária, o ponto de encontro que permitirá a função de unificação política, referida por Hesse, diante dos quadros sociais cada vez mais plurais e complexos. Tais opções são expressadas, como se disse, através de princípios que condensam valores, e por esta razão possuem dimensões diversas. Ou seja, ao mesmo tempo em que designam, por si mesmas, certos conteúdos, irradiam seus valores, através da perspectiva normogênica dos princípios, pelas densificações concretizantes da ordem jurídica constituída, manifestando-se reflexamente nas opções políticas, legislativas, administrativas e nas decisões judiciais. Em outras palavras, são os substratos a partir dos quais se formam e organizam as diversas regras do sistema jurídico e que orientam as decisões políticas. Cite-se, por exemplo, o princípio democrático, que representa, ele próprio, um conteúdo de fundamentação e legitimação do poder, mas que se irradia pelo sistema jurídico através de regras de Direito Eleitoral, de processo legislativo, de participação popular na Administração Pública e de institutos de controle de poder (ação popular, por exemplo) etc. A primeira dimensão, chamada de constitutiva e a segunda, chamada de declarativa. Tal ocorre com todos os princípios fundamentais, devendo-se ainda ressaltar que a dimensão declarativa pode se manifestar através de regras já constituídas e positivadas (caso dos exemplos citados) ou permanecer latente, como espécie de elemento de integração do sistema quando se verificam situações especiais na aplicação do Direito tal como sucede com as lacunas. Insta observar, ainda, que por integrarem um sistema, os princípios fundamentais não devem ser compreendidos isoladamente. Todos os princípios, além de seus significados próprios, assumem novas dimensões interpretativas se lidos em relação de interconectividade. É o caso da livre iniciativa, que possui conteúdo próprio bem definido mas que, na conexão e diálogo com os valores sociais do trabalho, cidadania e dignidade da pessoa humana, assume diferentes matizes (o mesmo podendo afirmar em relação à conexão dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático na fórmula do Estado Democrático de Direito). Logo, deste quadro, percebe-se que os princípios fundamentais desempenham importância vital no quadro das constituições, sejam eles decorrentes de opções implícitas ou explícitas, como sucede no caso da Constituição Federal de 1988.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, p. 77 et seq.

⁴³ Basta verificar a lucidez de Konrad Hesse, reconhecendo o papel da constituição na manutenção da unidade política sem, com isso, negar o pluralismo, assim expressada: "Formação de unidade política não significa a produção de um estado harmônico de concordância geral, de todo, não a abolição de diferenciações sociais, políticas ou organizacional-institucionais por unificação total. Ela não pode ser pensada sem a existência e o significado de conflitos para a convivência humana. Conflitos são capazes de preservar do entorpecimento, de um ficar parado em formas superadas; eles são, embora não sozinhos, força movente, sem a qual a transformação histórica não iria se efetuar. Se eles faltam, ou se eles são reprimidos, então isso pode conduzir ao imobilismo de uma estabilização do existente, isto é, porém,

importante nova regra de reconhecimento do sistema, estabelece, em seu art. 5º, §2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O dispositivo, que não raro tem sido deixado em segundo plano por certos intérpretes da Constituição, não é destituído de importância e, evidentemente, como tem insistido o Ingo Sarlet,⁴⁴ ao contrário do que se tem sustentado, não quer apenas significar que com o advento da Constituição de 1988 passamos a admitir a existência de direitos fundamentais implícitos. Afinal, se fosse isso, o dispositivo significaria muito pouco. Pois a existência de direitos implícitos decorre da própria atividade hermenêutica, é inerente a ela, e não seria preciso a constituição falar da existência deles eis que, mesmo em seu silêncio, eles estariam presentes no texto e haveriam de ser reconhecidos como tal.

Trata o dispositivo, propriamente, na expressão de Hesse, da assunção de verdadeira cláusula de abertura dos direitos fundamentais.⁴⁵

Assim, então, é de se afirmar que o especial regime jurídico de proteção e realização dos direitos fundamentais, criado pela Constituição de 1988, não se aplica apenas aos direitos fundamentais do catálogo do Título II, definidos assim, como fundamentais, pelo critério formal topográfico. Ao contrário, mais que qualquer aspecto formal, a Lei Fundamental, aqui, possibilita a substancialização do conceito de direitos fundamentais, passando a aderir, claramente, a um conjunto de valores materiais plasmados, certamente, em princípios democraticamente positivados pelo constituinte.

Logo, da leitura do art. 5º, §2º, da Constituição da República, é certo que passamos a ter direitos fundamentais no catálogo (tanto expressos quanto implícitos) e direitos fundamentais fora do catálogo (também expressos e implícitos). Dentre esses, ou seja, dentre os fora do catálogo,

à incapacidade de ajustar-se às condições transformadas e produzir novas configurações: a ruptura com o existente torna-se um dia então inevitável e o estremecimento tanto mais profundo. Sobretudo, não só tem importância que haja conflitos, mas também, que sejam regulados e vencidos. O conflito como tal ainda não contém a nova configuração, senão somente o resultado ao qual ele conduz. E sozinho o conflito não é capaz de possibilitar vida e convivência humana. Por isso é importante tanto dar lugar ao conflito e seus efeitos como, - não em último lugar, pelo modo da regulação de conflitos -, garantir a produção e conservação da unidade política, nem ignorar ou reprimir o conflito por causa da unidade política, nem abandonar unidade política por causa do conflito” (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 30).

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998, p. 81 et seq.

⁴⁵ HESSE, Konrad. *Elementos... cit.*, p. 225 e seguintes.

ainda seria possível subdividir duas categorias de direitos fundamentais: os decorrentes do regime jurídico adotado pela Constituição, mas plasmados na própria constituição formal, e os decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos e, assim, não integrantes, ao menos diretamente, do documento constitucional formal (embora por ele recepcionados).

Quanto aos direitos fundamentais do catálogo, exceto o debate sobre a eventual possibilidade de existência de direitos fundamentais em sentido apenas formal ou apenas material, a submissão ao regime especial de proteção não suscita maiores dúvidas. Sejam explícitos ou implícitos, a doutrina e jurisprudência não têm encontrado dificuldades para definição e identificação. Tratam-se, portanto, sem margem para maiores questionamentos, de direitos que integram o rol das cláusulas pétreas, que se submetem a regime especial de restrição, que são de aplicabilidade imediata e invioláveis, que integram o rol das cláusulas constitucionais sensíveis, dentre outros atributos que poderiam aqui ser elencados.

Quanto aos direitos fundamentais fora do catálogo, porém, algumas dificuldades podem ser verificadas. Isto porque, principalmente na doutrina, não se tem encontrado grandes consensos sobre o que tipificaria a fundamentalidade de um direito. E, *mais uma vez, não custa lembrar, os direitos fundamentais fora do catálogo são “recepcionados” sob regime jurídico especial desde que guardem esta nota de fundamentalidade.*

A questão assume importância pois é preciso encontrar critérios para poder-se afirmar que dados dispositivos externos ao rol do Título II, da Constituição Federal, sejam com sede na própria Lei Fundamental ou com sede em tratado internacional, possuem nota de fundamentalidade para o fim de serem designados como direitos fundamentais⁴⁶ e, assim, receber a especial proteção constitucional, inclusive a proteção da intangibilidade e da aplicação imediata, como se afirmou.

Neste aspecto, um primeiro critério que é enunciado por parte da doutrina é o da equiparação. De acordo com ele, direitos que, pela natureza, possam ser equiparáveis aos integrantes do rol (formal) de direitos fundamentais, ou seja, equiparáveis aos direitos enunciados no

⁴⁶ É certo que com o advento da EC 45, parte do problema restou solucionado através da adição do parágrafo 3º, ao art. 5º, da Lei Fundamental, que assim enuncia: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Porém, ao que parece, a questão permanece no que tange com os tratados anteriores à esta emenda, o que ainda justifica a discussão.

Título II, da Constituição, seriam, por equivalência, também fundamentais. O critério funda-se, portanto, na pressuposição de existência de uma coerência de definição dos direitos fundamentais por parte do constituinte. Assim, por exemplo, por equiparação ou equivalência, seriam direitos fundamentais fora do catálogo (i) a irredutibilidade de vencimentos dos servidores públicos (por equiparação à irredutibilidade do art. 6º, VI), (ii) a irretroatividade – anualidade e anterioridade - das normas tributárias (por equiparação à irretroatividade geral do art. 5º, XXVI e da irretroatividade da norma penal), (iii) a acessibilidade de todos os cidadãos aos cargos públicos mediante concurso (por equiparação ao direito fundamental à igualdade), (iv) a proibição de prisão por dívidas, do Pacto de São José da Costa Rica (por equiparação à proibição da prisão *civil* por dívidas), dentre tantos que poderiam ser lembrados.

Um segundo critério, que vem recebendo tratamento festejado pela doutrina, implica não na equiparação de direitos externos aos direitos do catálogo com os integrantes dele, mas, sim, à vinculação dos direitos ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por este critério, seriam direitos fundamentais fora catálogo, embora submetidos ao mesmo regime jurídico, aqueles definidos em sítio diverso, na Constituição Federal, que não o Título II, ou em tratados internacionais, mas que guardem vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Um primeiro problema que se coloca a este critério reside no fato de que, em vista da especial relação entre regras e princípios no campo da Constituição Federal, ou seja, daquela relação normogênica antes referida, de alguma maneira quase todos os enunciados constitucionais, direta ou indiretamente, podem ser reconduzidos ao princípio da dignidade da pessoa humana, tal sua amplitude e abstração. E assim, mediante criativa e expansiva hermenêutica, quase todos os dispositivos constitucionais poderiam ser caracterizados com a nota da fundamentalidade.

Neste aspecto, esta leitura expansiva poderia determinar uma inadequada compreensão da Constituição, eis que, efetivamente, nem tudo, no ordenamento jurídico, deve ou pode ser reconduzido aos direitos fundamentais. A Constituição não pode se congelar. E, ademais, como se costuma afirmar, “se tudo é, nada é”! Em outras palavras, a tese expansionista, ao permitir que tudo se reconduza aos direitos fundamentais, ao invés de reforçar a importância desses direitos, banaliza-os, retira-lhes a dignidade da fundamentalidade.

Daí porque outra parte da doutrina busca sustentar que apenas os direitos, dentre os fora do catálogo, *diretamente vinculados* à dignidade da pessoa humana, poderão ser considerados fundamentais.

Nesta linha, duas dificuldades emergem. A primeira, diz respeito ao próprio significado jurídico (conceito, extensão e conteúdo) da dignidade da pessoa humana. A segunda, refere-se à própria compreensão daquilo que se entenda por “*vinculação direta*” à dignidade da pessoa humana.

Não se pretende aqui definir respostas para estas questões. Mais uma vez, a doutrina e, já de forma germinal, a jurisprudência brasileiras não têm encontrado consensos quanto ao mérito da questão. Na verdade, a única nota consensual diz respeito ao fato de quase todos afirmarem que a conexão com a dignidade humana, assim como o seu conteúdo, haverão de ser cuidadosamente demonstrados à luz de cada caso concreto.

Logo, a solução reporta-se, como sempre sucede, para o plano da decisão, para o campo da razão prática, numa perspectiva concretista assumida normalmente de forma implícita por magistrados e certos doutrinadores.

Finalmente, como terceiro critério, existem aqueles que sustentam que a fundamentalidade de um direito decorrerá não apenas da vinculação à dignidade da pessoa humana mas, igualmente, da conexão de uma dada norma definidora de direito com sede constitucional com o conjunto de todos os princípios fundamentais.

Para os que sustentam esta tese,⁴⁷ uma adequada compreensão normativa da Constituição haverá de aceitar que *o princípio da dignidade da pessoa humana não é o único e nem, na perspectiva normativa, o mais importante princípio fundamental*. O constitucionalismo contemporâneo, afinal, tem se mostrado avesso à tese de existência de uma tábua de hierarquia normativa pré-definida de direitos ou princípios.

Assim que, é de se considerar que no plano da Constituição de 1988, ao lado da dignidade humana, tem-se, com idêntico *status* jurídico-constitucional, a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo. Todos esses princípios possuem a mesma fundamentalidade, a mesma hierarquia, a mesma importância, a mesma dignidade constitucional. Não é possível, na perspectiva normativa, sustentar-se a sobreposição de um sobre os outros.

Logo, verifica-se, em nosso sistema, também uma outra nova abertura para a definição de fundamentalidade de direitos. Abertura que,

⁴⁷ Dentre os quais Ingo Wolfgang Sarlet.

diga-se de passagem, permitirá a adoção de uma dinâmica mais adequada dos direitos fundamentais, eis que poderá autorizar a projeção do conceito de fundamentalidade a outros importantes aspectos da vida contemporânea. Novos direitos fundamentais sociais poderão ser desenvolvidos não sob a égide da dignidade da pessoa humana mas, sim, pelo manto da cidadania. Outros novos direitos, sociais ou individuais, na tradicional classificação, poderão emergir da vinculação aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Isso tudo possibilitará que se poupem esforços teóricos muitas vezes inconsistentes para demonstrar a vinculação de certos direitos sociais fora do catálogo, na constituição ou em tratados internacionais, com a dignidade da pessoa humana.

Ademais, a proposta que se apresenta para a releitura da idéia de fundamentalidade, agora fundada em todos os princípios fundamentais e não apenas na dignidade, também produz importante efeito pedagógico em relação à própria idéia de dignidade da pessoa humana que muitos vêm construindo. Em outras palavras, pode servir de corretivo a uma inadequada compreensão principialista antes referida.

Isto porque, não raro, a doutrina brasileira tem assistido a um processo, nem sempre saudável, em que todas as questões jurídicas vêm sendo reportadas à dignidade da pessoa humana. Isso tem gerado, reiterese, uma compreensão inadequada da chamada dogmática constitucional principialista, eis que, por certo, nem tudo pode ser reconduzido aos princípios e, até mesmo, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, este esforço tem sido tributário de um pensamento, aliás inaceitável, panconstitucionalista. O discurso da dignidade da pessoa humana tem sido responsável, pela sua inadequada compreensão e utilização, por colocar certas categorias constitucionais onde, muitas vezes, elas não são cabíveis. O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido apontado, por isso, não raro, como panacéia para a resolução de problemas jurídicos nem sempre complexos, onde a simples incidência ou aplicação de regras infraconstitucionais, mediante aplicação da velha lógica da subsunção, seria suficiente para uma adequada resposta jurídica. Como verdadeira vara de condão, sob a batuta da dignidade humana, tudo passa a ser princípio, tudo se torna relativizável mediante ponderação e então, por vezes, arbitrárias concepções da dignidade humana permitem soluções nem sempre defensáveis sob o plano do pensamento constitucional.⁴⁸

É preciso, pois, e retomando a linha de raciocínio, que se reafirme:

a dignidade da pessoa humana não pode ser compreendida como a única referência da fundamentalidade dos direitos constitucionais. *Aliás, ela mesma há de ser compreendida em conexão com os demais princípios fundamentais, afastando, assim, por exemplo, algumas idéias liberalizantes que certa concepção de dignidade da pessoa humana tem afirmado, inclusive com grande força, em nossa doutrina.*

É imperativo, logo, afastar o que se tem designado como *fundamentalismo constitucional*, através do qual a Constituição de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana vêm sendo colocados como a última “ideologia” ou salvação de nossa sociedade. Esse não é o papel da Constituição, dos princípios fundamentais e nem dos direitos fundamentais. Pelo contrário, certamente fadado ao insucesso, este tipo de missão atribuída à Constituição apenas corrobora para a corrosão de sua força normativa. O problema, ao que parece, está na entronização do princípio da dignidade da pessoa humana num patamar hierárquico (normativo) superior, em tomá-lo como base, reiterar-se, de um fundamentalismo constitucional.

Ora: dignidade da pessoa humana, sim! Mas não uma dignidade abstrata, decorrente de suposta universalidade de valores. Não a dignidade fundada apenas em valores liberais da autonomia do sujeito. Nem tampouco a dignidade dos discursos vazios que permitem que tudo, mesmo as mais recônditas teorias conservadoras, sob ela, possam se esconder.

Falamos, aqui, portanto, de “outra” dignidade. Da histórica, concreta. Da dignidade pensada a partir de nossa sociedade, de nosso direito, de nossa constituição e de nossos valores.

Isso não é pouco. Seria, por exemplo, suficiente, para permitir a retomada de uma compreensão constitucionalmente mais adequada de fundamentalidade de direitos e, por esta via também, uma compreensão mais adequada deste momento neoconstitucionalista.

Através dela, cite-se também como exemplo, seria inconcebível a tomada de decisões, aqui no Brasil, sob o signo da Constituição de 1988, como a multicitada decisão de tribunal administrativo francês que, em nome da dignidade da pessoa humana, proibiu a prática do “arremesso de anão” (caso *Morsang-sur-Orge*). Este famoso *leading case* francês estava assim delineado: na França, em determinada casa noturna da cidade Morsang-sur-Orge, após certo horário, os administradores organizavam evento onde os clientes deveriam arremessar, o mais longe possível, um determinado anão

⁴⁸ Recentemente lia-se, em mensagem amplamente divulgada via e-mail, por exemplo, uma decisão em que determinado magistrado afirmava que o fato do advogado não ter se dirigido ao agente do *parquet* como “Vossa Excelência” atentava contra a dignidade humana!

previamente contratado para a competição. O Prefeito da cidade, porém, proibiu o entretenimento sob o argumento de que ele afrontava a dignidade da pessoa humana. Diante disso, a boate organizadora do evento, inclusive em conjunto com o próprio anão, recorreu da decisão.

Considerando que a dignidade é valor universal e que a agressão à dignidade de uma pessoa importa na agressão da dignidade de todos, o tribunal administrativo proibiu a prática do “arremesso de anão”. Assim, como se fosse decisão expressiva quase de um direito universal, parte da doutrina nacional vem citando o exemplo como paradigma para a compreensão da dignidade humana no Brasil.⁴⁹

Ora, num país como o Brasil, com tantos preconceitos, desigualdades e dificuldades de inserção profissional, seria legítimo, em nome da dignidade, fazer com que certo cidadão ficasse desempregado e, assim, *morresse dignamente de fome*? Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa não haveriam, aqui, de permitir hermenêutica diversa, mais adequada ao caso? Aqui, onde nosso seguro desemprego confere tão curta proteção, seja econômica ou temporal? Aqui, onde nosso povo certamente passa por situações bem piores que a colocada no citado caso francês? Será que povo brasileiro não tem mazelas mais adequadas à nossa realidade social para demonstrar o que seja indignidade ou dignidade? Não se está, aqui, exatamente, a buscar tais respostas. Mas fica, ao menos, a provocação e o subsídio para uma melhor reflexão.

Aliás, seguindo a linha antes desenvolvida, da mesma forma o pluralismo político, no Brasil, não haveria de afastar certas concepções autoritárias, unilaterais e liberais de dignidade humana? Também parece que sim.

Por isso mostrar-se mais adequada a idéia de que a fundamentalidade dos direitos deve ser encontrada não apenas através da conexão deles com o princípio da dignidade da pessoa humana mas, sim, da conexão com o conjunto de todos os princípios fundamentais.

A referência, portanto, à discussão da fundamentalidade de certos direitos constitucionais, foi trazida à tona para demonstrar, mais uma vez, como as idéias ainda não estão devidamente assentadas neste momento do nosso neoconstitucionalismo.

1.6 A título de conclusão

⁴⁹ Aqui não importa se a decisão foi ou não acertada para os padrões jurídicos ou morais franceses. Está-se tentando apenas problematizar a transposição da solução, pura e simplesmente, para o Brasil.

É certo que a *Constituição de 1988 trouxe esperanças. Esperança de um país e de uma sociedade melhores, mais justas. É uma constituição dirigente. É principiológica, em grande parte, sim!*

Por outro lado, desde a promulgação da Lei Fundamental de 1988 era preciso fundar referenciais teóricos para justificar a normatividade integral da Constituição e, com isso, permitir a luta por sua também integral realização. Assim foi inevitável, primeiramente pela via da assunção da dogmática constitucional principialista, da filtragem constitucional, também a assunção de outros pressupostos e instrumentais do neoconstitucionalismo.

Todavia não é possível deixar que as luzes de nossa ainda jovem teoria constitucional ofusquem ou confundam a beleza desse novo momento. É imperativo, portanto, olhar a nova realidade e teoria constitucionais com olhos mais cuidadosos. Aguardemos, alertas, o tempo passar, mas sempre cuidando para guardar a devida vigilância epistemológica que nos impedirá de deixar que a poeira e a escuridão recaiam rapidamente sobre nossas vidas e teorias.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005.

