

## Uma Via Moralista Para O Judiciário Brasileiro? Sobre A Interpretação Judicial Dos Direitos Fundamentais No Brasil

*Riva Sobrado de Freitas<sup>1</sup>*

*Matheus Felipe de Castro<sup>2</sup>*

### Resumo

O artigo aborda a interpretação moral dos direitos fundamentais pelo Judiciário brasileiro num contexto de crescente ativismo judicial e de sobreposição dessa função de Estado ao Legislativo e ao Executivo em suas funções constitucionais.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Constitucionalização dos Direitos Fundamentais; Hermenêutica Constitucional.

### 1. Introdução

O objeto do presente trabalho é uma abordagem crítica sobre o fenômeno da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais no Brasil, buscando entender os desafios que cercam essa temática, especialmente no tocante às transformações e rupturas promovidas pela irradiação dos valores constitucionais a todo o ordenamento jurídico e sua interpretação/aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro.

---

<sup>1</sup> Riva Sobrado de Freitas possui Pós-Doutorado em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal. É Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora titular de Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Coordenadora e Investigadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e Professora doutora aposentada da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). E-mail: [rivafreit@ig.com.br](mailto:rivafreit@ig.com.br).

<sup>2</sup> Matheus Felipe de Castro é Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito no curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Professor titular de Direitos Fundamentais e Investigador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). E-mail: [matheusfelipedecastro@gmail.com](mailto:matheusfelipedecastro@gmail.com).

Proposta inovadora e com grande poder de sedução sobre os magistrados brasileiros, especialmente pelo pretexto de realizar “justiça” substancial e avanços significativos para a inclusão social, vimos emergir e espriar o efeito expansivo que as normas constitucionais adquiriram, em especial nos últimos 50 anos em face da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais.

A força irradiante da Constituição centrou-se sobretudo no conteúdo material e axiológico das normas constitucionais, que passaram a condicionar a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais, projetando-se para o interior do ordenamento jurídico, e nessa perspectiva, distanciando-se do que tradicionalmente se conhecia até então como Supremacia da Constituição, consoante o modelo kelseniano.

De outra parte, observamos que a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais se aproximou significativamente da Filosofia contemporânea construindo, através da hermenêutica constitucional uma proposta de aproximação entre Direito e Moral, tornando obrigatória a materialização dos conteúdos morais dispostos nos Direitos Fundamentais, em muito influenciada por teorias eurocêntricas, que invadiram o pensamento jurídico nacional.

Desta forma, vimos a afirmação de uma nova interpretação constitucional, tomando como ponto de partida a especificidade da Constituição, por apresentar valores constitucionais com força normativa e eficácia jurídica. Consoante esta nova abordagem, haveria um contraponto entre a “Constituição real” (texto escrito das normas constitucionais) e a “Constituição ideal”, interpretando a primeira através da irradiação de valores derivados da segunda.

A justificativa legitimadora para tanto seria a busca por uma justiça substancial a caminhar no sentido de uma decisão mais apropriada, capaz de promover a necessária inclusão social de setores marginalizados e/ou excluídos das esferas de poder no Brasil.

Entretanto, se é real a possibilidade de avanços no caminho da justiça material, e da inclusão social, algumas ponderações devem ser apresentadas no tocante ao impacto das teses antipositivistas em sede da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais, entre elas: a questão da segurança jurídica; a formulação de eventuais decisões particularistas e autoritárias; para além da dificuldade da construção de uma tese moral por parte do Judiciário, capaz de contemplar a

diversidade de concepções de Justiça existentes numa sociedade contemporânea extremamente fragmentada e pluralista.

Essas ponderações, além de outras abordadas nesse texto, foram o objeto de nossas investigações no presente trabalho, sempre numa perspectiva de observar o limite dessas formulações teóricas e os riscos de uma atividade jurisdicional extremamente subjetiva e com ampla margem de discricionariedade. Nosso objetivo nesta oportunidade foi tão somente promover as necessárias reflexões sob o ponto de vista teórico, sem contudo realizar estudos de caso, o que certamente será enfocado posteriormente.

## **2. O fenômeno da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais na atualidade**

Em resposta às atrocidades ocorridas no período referente às duas Guerras Mundiais observou-se, para além da confecção de Declarações e Tratados de Direitos Humanos entre os países envolvidos no conflito, o crescente prestígio dos Direitos Fundamentais positivados nos diplomas constitucionais, inclusive como forma de se evitar possível retorno à violência perpetrada anteriormente.

Consequentemente diversas inovações no âmbito do Direito Constitucional foram necessárias, de modo a estabelecer um diálogo com os diferentes ramos do direito, tendo por objetivo a criação de uma intersecção entre Constituição e os Direitos Cíveis e entre Constituição e Direitos Sociais. Estas transformações ora apontadas, que repercutiram substancialmente no âmbito da hermenêutica constitucional, ficaram conhecidas como: Constitucionalização dos Direitos Fundamentais.

Dessa forma, uma outra compreensão da relevância das cartas constitucionais e da necessidade de se garantir a eficácia material dos Direitos Fundamentais nela consagrados, foi paulatinamente afirmada até tornar-se irreversível, buscando através da irradiação das suas normas e valores a implementação do conteúdo ideológico nela estruturado, ou ainda de outra parte, a realização do

“sentimento” constitucional<sup>3</sup> que traduziria uma ideia de justiça e adequação, no que se refere a uma convivência social equitativa.

Assim, a irradiação dos valores constitucionais referidos nos Direitos Fundamentais passou a alcançar todos os tecidos do ordenamento jurídico, bem como a nortear as relações sociais em geral, repercutindo inclusive em relações privadas de natureza horizontal.

Dessa forma, o que se pode observar em verdade é a superação da ideia de que os Direitos Fundamentais somente se prestariam à tutela dos cidadãos em face do Estado. Estes, consoante o novo entendimento, seriam compreendidos com *postulados sociais*, que revelariam uma ordem de valores a promover diretrizes ao processo legislativo, aos atos da administração pública bem como a toda jurisdição com força vinculante.

A Constitucionalização dos Direitos Fundamentais transformou-se, portanto, em fonte de inspiração a todo o direito e para tanto operou transformações substanciais sobretudo na hermenêutica constitucional movendo-se paulatinamente para o âmbito da filosofia jurídica contemporânea, comungando com esta quer as críticas ao positivismo jurídico, quer propugnando pela reconciliação entre Direito e Moral, sempre legitimada pelo argumento da promoção da justiça e da inclusão social.

Proposta inovadora, com grande poder de sedução sobre os juízes brasileiros, na medida em que prometeu ampliar poderes judiciais com o pretexto de promover avanços no tocante à inclusão social, a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais com esse efeito expansivo, condicionante da validade e sentido de todas as normas infraconstitucionais se espalhou e se afirmou em vários países nas últimas décadas, recebendo especial destaque e posterior adoção por parte dos doutrinadores e da jurisprudência, em países da *civil law* e da *common law*.

A comprovar esta expansão vimos surgir na Alemanha, em 1958, o importante caso Lüth, construído através do trabalho jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que reformulou sentença proferida em instância inferior, em prol da eficácia do Direito Fundamental à Liberdade de Expressão, sob a justificativa de que esse direito deveria pautar toda a

---

<sup>3</sup> VERDU, Pablo Lucas, *O sentimento constitucional: aproximação do sentir constitucional como modo de integração política*, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

interpretação do código civil. Construiu de maneira bastante sofisticada inclusive a possibilidade de vinculação dos Direitos Fundamentais às relações horizontais entre particulares<sup>4</sup>.

A partir de então o fenômeno da constitucionalização ganhou força passando a influenciar a hermenêutica constitucional “impregnando”<sup>5</sup> os mais variados ordenamentos jurídicos, tornando o diploma constitucional um texto invasivo e extremamente expansivo. Fenômeno semelhante ao alemão alcançou também a constituições dos países Ibéricos – Constituição Portuguesa de 1976 e a Espanhola de 1978. Chegou à península Itálica em 1960 e posteriormente à França, como um processo de constitucionalização mais tardio, consoante nos relata Louis Favoreu<sup>6</sup>, doutrinador que cuidou do processo de constitucionalização francês de maneira bastante detalhada.

### **3. Uma questão controvertida: a era da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais**

È importante refletir sobre o momento histórico no qual emerge a locução: Constitucionalização dos Direitos Fundamentais, enquanto teoria inovadora para o Direito Constitucional. Em verdade trata-se de um fenômeno recente da dogmática constitucional dos países ocidentais.

De forma geral, costumamos identificar o fenômeno da Constitucionalização do Direito com o momento de apogeu do Estado Social, quando suas constituições buscaram a superação dos limites impostos pelo ideário liberal que as restringiam à organização do Estado e ao estabelecimento do rol de Direitos Fundamentais para implementar um novo constitucionalismo, capaz de assumir compromissos com a redistribuição de rendas e uma maior intervenção através de constituições dirigentes. Esta nova proposta constitucional implicaria também em uma intervenção em grande parte dos aspectos da vida jurídica dos cidadãos. Desta maneira, a Constitucionalização do Direito estaria próxima do ideal proposto pelo *Welfare State*,

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo, Saraiva, 2009.

<sup>5</sup> FAVOREU, Louis, *La costituzionalisation du droit*. In ABY, Jean-Bernard et al., *L'unité du droit: mélange en homage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996.

<sup>6</sup> *Ibíd.*

especialmente quando através do fenômeno da irradiação dos valores constitucionais estivesse efetivando justiça e inclusão social.

Entretanto, quando nos detemos a observar com maior cautela algumas características do Estado Providência, constatamos, já em primeiro plano um paradigma de Estado com particularidades bem distintas do que seria apropriado ao desenvolvimento e afirmação do fenômeno da Constitucionalização dos Direitos. O Estado Social, por exemplo, sempre se notabilizou pelo protagonismo do Poder Executivo e de uma regulação excessiva necessária à realização de suas atribuições intervencionistas na ordem econômica e social. Ora, essa imensa produção de normas, até por vezes desconexas, foram criadas com a finalidade de desenvolver e tornar aplicáveis as proposituras de uma constituição dirigente, através do processo de integração legislativa. Certamente tais características estariam mais apropriadas a um arcabouço jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia a conferir validade a toda essa regulação.

Por outro lado, a proposta da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais emerge com o protagonismo do Poder Judiciário. Trata-se de uma atividade preponderantemente jurisdicional, onde a nova hermenêutica constitucional, na medida em que propõe uma aproximação entre o Direito e a Moral legítima e confere aos seus atores (magistrados) uma margem de discricionariedade perigosamente ampla e sempre sob a justificativa de que caberia ao interprete do Direito Constitucional promover e garantir o compromisso das normas constitucionais de Direitos Fundamentais<sup>7</sup>.

Quer portanto nos parecer um equívoco a identidade pretendida entre Estado Social e Constitucionalização dos Direitos Fundamentais. Há um lapso ideológico evidente. Desta forma, não é sem razão que as teorias desenvolvidas pelo neoconstitucionalismo, através do fenômeno da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais ganham relevância em momento posterior à crise do Estado de Bem Estar Social, período em que este já promoveu devidamente a sua desregulação de modo a fazer frente às novas demandas da econômica mundial<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> POZZOLO, Susanna, *Neoconstituzionnalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2006.

<sup>8</sup> SAND, Inger Johanne, *Changing forms of governance and the role of law: society and its law*, Oslo, Arena Working Papers, 2000.

Neste sentido, há ainda um outro aspecto a ser refletido: o período em que se instaura a crise do *Welfare State* e sua desregulação corresponde também, *et pour cause*, à crise da econômica mundial, que se evidencia nos finais dos anos setenta. Verificamos, a partir de então a rearticulação da economia em outras bases, promovendo o que se convencionou chamar de *globalização econômica*. É especialmente nesse cenário que presenciamos em sede do Estado Social a reafirmação progressiva do modelo liberal, quer seja realizando reformas tributárias, liberalizando o comércio, promovendo a liberalização financeira, etc; para além das privatizações e da desregulação<sup>9</sup>.

Assim, se é verdadeiro afirmar que o processo de Constitucionalização do Direito teve a sua origem ainda no Estado Social, também é necessário entender que o período onde ele realmente se afirma e ganha notoriedade corresponde ao momento de reformulação do paradigma estatal em bases liberais.

Portanto, quando nos atemos aos argumentos levantados, encontramos elementos para concluir que, o fenômeno da desregulação transformou-se em fator relevante à utilização dos princípios constitucionais na atividade jurisdicional devido, sobretudo, a sua flexibilidade e abrangência, em momentos de ausência de regulação específica.

De outra parte, com a desarticulação do Estado Social, as políticas públicas implementadas em diferentes modelos de Social Democracia, que eram estruturadas na proposta de redistribuição de renda, foram substituídas por outras demandas que priorizaram novos valores sociais, os então denominados “pós-materialistas”<sup>10</sup> que pleitearam, para além do respeito à diversidade, qualidade de vida, ecologia, lazer, etc. Este descompasso entre o valor redistribuição de rendas que fundamentava o Estado Social qual seja: a diminuição das desigualdades sociais de natureza econômica e as novas necessidades sociais, promoveu um impacto de ordem cultural e sociológica que também contribuiu para a crise dos Estados de Bem Estar Social<sup>11</sup>. Em

---

<sup>9</sup> TEUBNER, Gunther, *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the áreas of labour, corporate, antitrust and social welfare law*, Berlim, Walter de Gruyter, 1987.

<sup>10</sup> ROSANVALON, Pierre, *La crise de L'état providence*, Aris, Sevil, 1985, p. 50.

<sup>11</sup> *Ibid.*

contrapartida, fez proliferar inúmeros conflitos, que foram carreados ao Judiciário em face de um Poder Executivo erodido, já sem a mesma credibilidade.

Mais uma vez a Constitucionalização do Direito mostrou-se bastante adequada à pacificação social quando utilizou recurso da hermenêutica pós-positivista e aproximou o Direito à Moral. Com esses recursos garantiu aos magistrados ampla discricionariedade para o enfrentamento dos conflitos sociais nesta nova fase, o que no Brasil foi sentido sobremaneira com o chamado “ativismo judicial” (postura ativa dos juízes diante dos conflitos sociais) e mesmo com a chamada “judicialização da política”, consistente na substituição de funções legislativas e administrativas por decisões provenientes do Judiciário brasileiro.

Observamos, portanto, que a identidade propagada entre Estado Social e Constitucionalização dos Direitos Fundamentais, ao menos no Brasil, não pode ser aceita sem algum questionamento. Há que se ter o cuidado necessário nessa afirmação porque, embora o Estado Providência tenha aberto caminhos à construção de novas teorias para o Direito Constitucional, certamente mais voltadas à realização de justiça social, a Constitucionalização do Direito apresenta qualidades distintas, mais apropriadas ao momento de retomada do ideário liberal, quando a proposta central foi a busca da eficiência necessária; e a construção de fórmulas procedimentais para a solução rápida de enorme gama de conflitos, com peculiaridades distintas e alto grau de sofisticação.

#### **4. Constitucionalização dos Direitos Fundamentais e Supremacia da Constituição: uma questão de Hermenêutica Constitucional?**

A partir do momento em que se inicia o estudo sobre a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais no Brasil, tema tão evocado na atualidade, algumas dúvidas emergem já em primeiro plano: a) há realmente uma distinção substancial entre Supremacia da Constituição e Constitucionalização dos Direitos Fundamentais para a teoria Constitucional?; ou ainda b) Sendo a Constituição dotada de supremacia, não deveria ela sempre promover a irradiação de seus preceitos normativos a todo ordenamento jurídico? Qual inovação que esta teoria propõe?

Em que pese fazer sentido essas indagações e ainda sem pretendermos esgotar o tema, gostaríamos de apresentar algumas reflexões.



O papel relevante das constituições estatais remonta à construção do Estado Moderno e já se evidencia a partir do século XVIII. Erigida pelo paradigma Liberal Clássico, as constituições já ofereciam elementos necessários para a afirmação do segmento burguês frente a Monarquia Absolutista, quer oferecendo limites ao exercício do poder estatal, quer apresentando o rol de Direitos Fundamentais que identificavam os valores e a ética que pretendiam atemporais<sup>12</sup> e deveriam ser respeitadas portanto pelos governantes.

Assim, com imenso prestígio jurídico e político, as constituições serviram como referencial máximo para os Estados Modernos, conferindo-lhes estrutura, validade, para além de se constituir em fonte legitimadora do exercício do seu poder. Entretanto, apesar de toda a importância de que sempre foram revestidas, no tocante a sua força normativa e eficácia jurídica, sempre houve inúmeras controvérsias.

Basta que nos lembremos da célebre polêmica que se travou sobre a Força Normativa da Constituição entre Ferdinand Lassalle (1862) e Konrad Hesse (1959). Nesta oportunidade Ferdinand Lassalle, ainda que, com as melhores intenções buscando garantir maior participação do povo, apresenta as suas dúvidas quanto a natureza jurídica da matéria constitucional e sua força normativa, afirmação essa só contestada de forma consistente por Konrad Hesse muito tempo depois<sup>13</sup>.

Ainda no Brasil, em momento imediatamente posterior à promulgação da Constituição brasileira de 88, inúmeros debates sobre a aplicabilidade e a eficácia jurídica das normas constitucionais ocorreram entre doutrinadores, nas academias e por vezes ocuparam a mídia, polemizando sobre a própria extensão de aplicação dos direitos humanos e fundamentais, condicionados às interpretações dos juízes, o que por si só já pode representar uma limitação de sua abrangência.

O debate centrava-se na discussão sobre a aplicabilidade de certas normas constitucionais e sua vocação para produzir os efeitos jurídicos descritos em seus enunciados. A dúvida recaía principalmente sobre a aplicabilidade e eficácia jurídica de normas constitucionais com disposição mais abrangentes, como por exemplo os princípios e as normas que estabeleciam

---

<sup>12</sup> BURDEAU, Georges, *Les Libertés Publiques*, Paris, Auzias, 1972.

<sup>13</sup> HESSE, Konrad, *A força normativa da constituição*, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1991.

diretrizes a serem implementadas pelos governantes: as normas programáticas. Para o esclarecimento dessas questões muitos contribuíram as construções teóricas de José Afonso da Silva<sup>14</sup> sobre a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais.

Em que pese as intenções políticas que cercaram o debate sobre sua aplicabilidade (por exemplo, o engessamento da Constituição brasileira de 88) e que de resto sempre permearam polêmicas desta natureza, o que entendemos relevante demonstrar é que, muito embora a Supremacia da Constituição brasileira tenha sido defendida pela dogmática constitucional, a Força Normativa dessa Constituição em verdade sempre foi colocada à prova, em momentos de ebulição política que no Brasil tem sido constantes.

De qualquer maneira, a Supremacia da Constituição afirma-se definitivamente com as teorias interpretativas de Kelsen<sup>15</sup> e suas considerações sobre a disposição hierárquica do ordenamento jurídico. Kelsen<sup>16</sup>, quando apõe a norma constitucional no ápice do ordenamento jurídico e a ela reserva a atribuição de conferir validade a toda norma legal, desde que confeccionada consoante dispositivos constitucionais, em verdade esta propondo a separação entre Direito e Moral.

Assim, nenhuma norma do ordenamento jurídico seria avaliada ou mesmo validade pelo seu teor moral. A validade de uma norma estaria unicamente determinada pelo respeito às disposições da Constituição<sup>17</sup>. Certamente a Constituição deveria espelhar em termos de Direito Positivo uma racionalidade originada a partir dos valores hegemônicos da sociedade, entretanto para Kelsen estas considerações morais não deveriam servir para a avaliação de uma norma em termos jurídicos<sup>18</sup>.

Embora não seja nosso objetivo para o momento promover uma abordagem aprofundada sobre as teorias de Kelsen, o que gostaríamos de pontuar é a separação entre Direito e Moral, desenhada por Kelsen como um elemento importante para entender as distinções entre Supremacia da Constituição e Constitucionalização dos Direitos Fundamentais.

---

<sup>14</sup> SILVA José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, 6ª ed.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans, *Teoria pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1998, 6ª ed.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*

Trata-se a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais de um fenômeno muito mais abrangente onde, o que se observa é a preponderância do efeito expansivo das normas constitucionais ao longo das últimas décadas, o que vem ampliando os poderes judiciais dos magistrados brasileiros, em prejuízo dos espaços políticos que quase sempre restam esvaziados.

Tal difusão centra-se sobretudo na matéria constitucional mas, de forma inovadora, abarca também o seu conteúdo axiológico, propugnando por uma reaproximação entre Direito e Moral, operando com maior amplitude, e de forma distinta por todo o ordenamento jurídico<sup>19</sup>.

Tamanha é a dimensão dessa irradiação que teóricos estrangeiros e brasileiros tais como Nipperdey, Sarmiento, Mendes, Naranjo de la cruz, Ubillos, Sarlet, entre outros, defendem a possibilidade de que os valores constitucionais possam condicionar diretamente a validade ou corrigir o sentido de todas as normas infraconstitucionais.

Verifica-se, portanto, uma diferença substancial entre Supremacia da Constituição, enquanto um fenômeno marcado pelo positivismo jurídico, na medida em que, a finalidade e o sentido da norma são mantidos e respeitados, uma vez que o dispositivo pertença ao ordenamento jurídico.

A Constitucionalização do Direito, em contrapartida tende a aceitar a alteração e a validade da norma, consoante a irradiação dos princípios constitucionais, ainda que se trate de norma válida, ainda não declarada inconstitucional. Esta tarefa seria primordialmente atividade jurisdicional. Desta forma, constata-se, portanto, que a última palavra sobre o sentido e validade do enunciado da lei pertence ao Poder Judiciário<sup>20</sup>.

Questão controvertida que merece ser observada, no que toca o inquestionável protagonismo do Judiciário brasileiro, em sede da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais, refere-se à legitimidade do mesmo para tal empreitada. A interpretação moral da Constituição conforme esta novel forma de interpretação constitucional (conhecida como neoconstitucionalismo) propõe para a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais que o Poder Judiciário assumira responsabilidades no sentido de contrabalancear as escolhas políticas do Poder Legislativo<sup>21</sup>, com

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2010, 3ª ed.

<sup>20</sup> POZZOLO, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, op. cit., p. 119.

<sup>21</sup> *Ibid.*

vistas à neutralizar decisões que mesmo consentâneas com a vontade da maioria e erigidas dentro de preceitos de uma democracia constitucional representativa, sejam consideradas tirânicas e promovam a exclusão de algum setor social minoritário.

O que é importante dizer, entretanto, é que não se pode assegurar com certeza o sucesso desta tarefa sob o ponto de vista social. O fato de haver possibilidade de correção nas decisões legislativas injustas pelo Judiciário brasileiro, não garante absolutamente que o contrário não venha ocorrer, especialmente quando em presença de uma sociedade contemporânea fragmentada em partidos políticos, igrejas, religiões distintas e movimentos sociais emancipatórios, como o MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra) e outros, com diferentes concepções de justiça e interesses políticos, sociais e econômicos distintos.

De outra parte, teríamos um enorme risco de promover um “governo de juizes”<sup>22</sup> que, mau ou bem intencionados, sábios ou não, teriam a *accountability* de suas decisões, até porque, no Brasil, não são eleitos, nem são sujeitos delegados pelos cidadãos a fazerem escolhas políticas. Por outro lado, a autodeterminação dos indivíduos em sociedade e o exercício de sua cidadania ativa e passiva nas decisões em sociedade estaria largamente comprometida.

Em que pese os desvios da maioria quando constrói uma racionalidade excludente, (e toda a racionalidade o é em maior ou menor medida) ou produz uma lei injusta, a Liberdade e a autodeterminação política são valores fundamentais erigidos na Constituição brasileira de 1988. Assim, a liberdade de construir hierarquias axiológicas ou substituí-las por outras mais adequadas não pode ser desconsiderada. Esta pertence aos cidadãos, representados por seus delegados no exercício do Poder Legislativo. Não podemos supor de antemão uma superioridade moral do juiz em relação às escolhas do legislador<sup>23</sup>.

É certo que, ao oferecermos críticas ao viés neoconstitucionalista da Constitucionalização do Direito não estamos de forma alguma, propugnando pelo retorno do positivismo legalista, porque seria um retrocesso, ou mesmo à retomada de um Jusnaturalismo que entendemos anacrônico. O que não é possível, entretanto, é admitir que se proceda, através de uma jurisdição com poderes

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, p.100.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 101.

discrecionários quase ilimitados, a desnaturação do Direito positivado, através de uma interpretação subjetiva, sob a justificativa de que a decisão seria fruto da irradiação do conteúdo moral supostamente contido em um Direito Fundamental constitucionalmente previsto.

## **5. Interpretação moral da Constituição e justiça substancial: a proposta de um direito maleável no Brasil**

A Constitucionalização dos Direitos Fundamentais no Brasil emerge num contexto político, social, histórico, científico e sobretudo filosófico que ficou conhecido como era da Pós-Modernidade, evidenciando desde o início uma crítica ao Positivismo Jurídico então estabelecido.

Em verdade é preciso salientar que a Pós-Modernidade representou uma busca de superação das ideologias afirmadas na Modernidade, com repercussões que abrangeram, como já afirmamos, diferentes áreas do conhecimento humano. Do ponto de vista da Filosofia, observamos a formulação de críticas às concepções sobre o mito da Verdade Absoluta originadas na Modernidade, reconhecendo a Verdade como um construto da mente humana, elaborada pela racionalidade<sup>24</sup>.

Por outro lado, a atividade descritiva sobre a Verdade ganha extrema relevância, através do discurso e da linguagem, sobretudo porque é justamente através da descrição sobre o mundo e sobre as coisas que a racionalidade humana é constituída e comunicada, podendo ser falsa ou verdadeira, como afirma Rorty<sup>25</sup>.

Consoante essas novas concepções, já se pode concluir e até mesmo legitimar a ampliação da margem de subjetividade e discrecionariade conferida ao interprete do direito em geral, e em especial à atividade jurisdicional, na medida em que ficou definitivamente desacreditada qualquer possibilidade de neutralidade na atividade hermenêutica. Também certamente ganha relevância crescente o discurso argumentativo, para convencer e mais uma vez legitimar a decisão proferida.

---

<sup>24</sup> RORTY, Richard, *Contingência, ironia e solidariedade*, São Paulo, Martins Fontes, 2007, pp. 28-38.

<sup>25</sup> *Ibid.*

Na esteira dessas transformações a hermenêutica jurídica aproximou-se também da filosofia da linguagem<sup>26</sup> utilizando-se ainda do recurso da semiótica<sup>27</sup> com vistas à construção de técnicas argumentativas a serem utilizadas pelos magistrados ou pelos cidadãos, no exercício do “agir comunicativo”, como propõe Habermas<sup>28</sup>.

A Constitucionalização do Direito pressupõe ainda a existência de uma especificidade na interpretação da Constituição, em comparação com as demais normas do ordenamento jurídico. Neste sentido, afirma Guastini<sup>29</sup> que interpretar a Constituição é considerar a peculiaridade do próprio texto Constitucional, em termos comparativos a uma lei infraconstitucional ordinária. A Constituição deve portanto estabelecer uma “ponte” entre o discurso jurídico, contido no seu enunciado e o discurso moral contido nos dispositivos constitucionais de Direitos Fundamentais. Naturalmente este argumento deriva da perspectiva da reconciliação do Direito com a Moral, proposta que adquire relevância na crítica formulada ao positivismo. Deste forma, interpretar a Constituição implica atribuir significado às normas constitucionais, preponderantemente aos princípios de Direitos Fundamentais. Assim, a Constituição sendo um diploma com características específicas, em face da presença dos Direitos Fundamentais deveria merecer uma interpretação distinta<sup>30</sup>.

Há autores ainda como Nino<sup>31</sup> (1994) que propõem, por parte do interprete que este realize o procedimento hermenêutico baseando-se no confronto entre a “Constituição real” com a “Constituição ideal” interpretando a primeira (Constituição real) através da irradiação de valores derivados da segunda (Constituição ideal).

Observamos, portanto que, a interpretação moral da Constituição, erigida nas teses que propõem a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais no Brasil contrapõem-se frontalmente às interpretações que se restringem à literalidade dos dispositivos constitucionais. Estas últimas

---

<sup>26</sup> NADER, Paulo. *Filosofia do direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2010, 19ª ed, p.128.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>28</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, 2010.

<sup>29</sup> GUASTINI, Riccardo, *Specificità dell'interpretazione costituzionale? Distinguendo*, Torino, Gianpichelli, 1996.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994.

teriam maior afinidade com a hermenêutica positivista que partiria de um modelo constitucional do tipo descritivo, consoante nos ensina Guastini<sup>32</sup>.

A justificativa legitimadora, para a interpretação moral da Constituição brasileira seria, como já afirmamos anteriormente, a busca por uma justiça substancial, considerando-se que deveríamos estar sempre em presença de um “bom juiz”<sup>33</sup>, a caminhar no sentido de uma decisão mais apropriada, capaz de promover a necessária inclusão social.

Na esteira das teses antipositivistas ressaltamos Gustavo Zagrebelsky<sup>34</sup> e sua proposta de que o Direito seja considerado uma “unidade dúctil” ou seja: um direito maleável ao seu interprete, corroborando com a dualidade já afirmada entre Constituição real” e “Constituição ideal”.

As críticas ao positivismo jurídico que no Brasil propuseram uma aproximação entre Direito e Moral, numa perspectiva de construir e realizar justiça substancial apontam em seus argumentos a necessidade de um instrumental jurídico capaz de fazer frente aos conflitos sociais contemporâneos, marcados pela diversidade de concepções de justiça, cuja decisão traria profundas repercussões éticas para a sociedade. Assim, uma separação entre Direito e Moral inviabilizaria os próprios instrumentos jurídicos e a ação jurisdicional nos dias atuais<sup>35</sup>.

Entretanto, é justamente em presença e tanta diversidade de concepções sobre o que é justo e adequado e de discordância sobre o que é “bom” ou “mau” em uma sociedade fragmentada e plural, como a brasileira, o que nos leva a perguntar: Como formular uma tese moral capaz de promover justiça substancial e ainda pacificar a sociedade? Qualquer escolha valorativa, para além do risco de ser autoritária, poderia reverberar em crise.

De qualquer forma autores antipositivistas que propugnam por um direito “constitucionalmente dúctil” tais, como Zagrebelsky<sup>36</sup>, descartam definitivamente as técnicas adotadas pelo positivismo tradicional, entre elas o método dedutivo da subsunção. Para estes teóricos, o Direito

---

<sup>32</sup> Guastini, *Specificità dell'interpretazione costituzionale? Distinguendo*, op. cit., 1996.

<sup>33</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho ductil. Ley, derecho y justicia*, Madrid, Trotta, 1999.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, op. cit.

<sup>36</sup> Zagrebelsky, *El derecho ductil. Ley, derecho y justicia*, op. cit.

Constitucional deve ser interpretado através de um instrumental mais maleável e flexível à realidade latino-americana.

Ainda sobre princípios ressalta Dworkin<sup>37</sup> que estes são normas formuladas por meio de uma linguagem genérica e que seu campo de atuação frequentemente se sobrepõe promovendo antinomias. Aprofundando o tema observa que a técnica de ponderação de princípios, utilizada para os conflitos de normas representa não apenas uma técnica interpretativa, mas sobretudo uma técnica de aplicação, através da qual o interprete deve buscar a construção da melhor relação entre os princípios possível, através da utilização de argumentos morais<sup>38</sup>.

Quanto à ponderação de princípios esclarece<sup>39</sup> que poderá obedecer à técnicas distintas, quer utilizando-se da proporcionalidade ou da equidade, ou ainda propondo a otimização de princípios<sup>40</sup> sempre dependendo, a escolha de critérios, das considerações que se queria dar ao caso concreto. Desta forma, haveria na grande maioria das decisões a possibilidade de uma solução particularista, dependendo do caso em tela e do contexto no qual ele se insere.

A este respeito observamos também as ponderações de Guastini<sup>41</sup>. Para ele, a ponderação daria lugar a uma hierarquia axiológica mutável caso a caso. Atribuir um certo peso a cada princípio em sobreposição, consoante o caso concreto, estabeleceria uma relação de prevalência entre eles (uma hierarquia axiológica), válida exclusivamente para o caso em questão, o que tornaria inviável a construção de uma tese moral válida “erga omnes”.

Assim, observando as ponderações de diferentes autores sobre as reais possibilidades e inclusive sobre os riscos da interpretação moral da Constituição, concluímos que a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais, na medida em que trilha este caminho, promovendo a aproximação entre Direito e Moral pode contribuir, em muito para a realização da justiça material necessária. Entretanto, verificamos que também procede o entendimento de que, ampliando em demasia a

<sup>37</sup> Dworkin, *Levando os direitos a sério*, op. cit.

<sup>38</sup> Pozzolo, *Neoconstituzionnalismo e positivismo giuridico*, op. cit.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008.

<sup>41</sup> GUASTINI, Riccardo, *Das partes as normas*, São Paulo, Quartier latin, 2005.



discrecionalidade do interprete na atividade jurisdicional, poderiam ocorrer comprometimentos à segurança jurídica e à implementação de uma decisão justa.

## 6. Conclusão

A Constitucionalização dos Direitos Fundamentais no Brasil, consoante a hermenêutica pós-positivista apontada nesse trabalho considera de extrema relevância a atividade criativa do juiz na interpretação do Direito. Do ponto de vista material haveria inclusive bastante semelhança entre os processos legislativo e jurisdicional, no que toca a possibilidade de criação do Direito.

Neste sentido, caberia à atividade jurisdicional as atribuições de entender, interpretar e (re)criar a norma dentro do sistema jurídico, partindo da premissa de que o Direito deve ser revelado não apenas através de seus enunciados escritos mas também através da interpretação moral desses mesmos enunciados.

Nesse caminho, as críticas ao positivismo jurídico brasileiro propõem uma aproximação entre Direito e Moral, numa perspectiva de construir justiça substancial e solucionar, de maneira eficiente, os conflitos na atualidade, marcados pela diversidade. Para tanto a teoria da argumentação torna-se fundamental para a legitimação e validade de uma decisão judicial.

Por outro lado, observamos que é justamente em presença de uma sociedade contemporânea tão plural em suas concepções de justiça que adquire relevância a força normativa da constituição e a prevalência de suas normas em relação às demais normas infraconstitucionais.

Através da força normativa da Constituição, todas as normas constitucionais, quer sejam princípios ou regras adquirem validade, aplicabilidade e eficácia jurídica imediatas. Desta forma, os Direitos Fundamentais enquanto valores “universais” da pessoa, erigidos em normas constitucionais passam a promover uma irradiação sem precedentes por todo ordenamento jurídico e são considerados no exercício da atividade jurisdicional, de modo a construir uma leitura moral da Constituição, tornando “dúctil” e maleável o texto escrito de normas infraconstitucional.

Tamanha é a dimensão desse processo, que se convencionou chamar de Constitucionalização dos Direitos Fundamentais, que a força irradiante da Constituição se projeta para dentro do ordenamento jurídico reestruturando-o de forma contínua, sempre sob a justificativa de corrigir as possíveis distorções de leis injustas, originadas de uma racionalidade hegemônica, tirânica e excludente, buscando realizar justiça substancial.

Entretanto, se é real a possibilidade de avanços no caminho da justiça material e da inclusão social, algumas ponderações devem ser apresentadas.

Sem pretendermos esgotar para o momento todas as reflexões sobre o impacto das teses antipositivistas em sede da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais, elencaremos algumas desenvolvidas nesse trabalho.

I) **Supremacia da Constituição: a rearticulação do problema da validade da norma fundamental**

As normas constitucionais consoante o modelo kelseniano derivam sua supremacia a partir de uma perspectiva de neutralidade, afastando qualquer juízo de valor moral. Por sua vez, toda a regulação do ordenamento jurídico haure sua validade da compatibilidade que possua com a norma fundamental, Assim, unicamente pelo motivo de conferir validade às demais normas infraconstitucionais transforma-se em norma superior ou seja: norma constitucional dotada de supremacia.

Com a aproximação entre Moral e Direito, esta construção teórica fica ultrapassada, na medida em que os conteúdos morais dos Direitos Fundamentais ganham obrigatoriamente e se projetam para dentro do ordenamento jurídico podendo, sobre o argumento da injustiça inviabilizar a aplicação de uma norma infraconstitucional. Ocorre que, diante de uma pluralidade de concepções de justiça haverá sempre o risco de uma decisão autoritária e extremamente injusta, capaz de comprometer definitivamente qualquer segurança jurídica.

II) **Decisões particularistas com critérios não universais**

Consoante a nova hermenêutica constitucional o fenômeno da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais promove os valores contidos em seus enunciados à posição da *Grundnorm*, rompendo de certa forma com a unidade do sistema constitucional, onde até então princípios e regras possuíam a mesma hierarquia axiológica. De outra parte, sua interpretação torna-se obrigatória cabendo à atividade jurisdicional o desafio de construir e implementar uma tese moral.

Ocorre entretanto que os princípios constitucionais são formulados em linguagem extremamente genérica, com um campo de aplicação bastante amplo promovendo inúmeras vezes uma sobreposição de valores quando da sua aplicação.

Desse modo, o princípio não oferece uma única solução ao caso. Assim, qualquer escolha e até mesmo o juízo de ponderação representará sempre uma atribuição de pesos diferentes aos princípios, buscando a construção de uma hierarquia axiológica mutável, baseada nas especificidades do caso concreto, bem como nas circunstâncias que o cercam. Observamos portanto que devido as particularidades do caso, nem sempre a decisão poderá servir de parâmetro para o futuro, o que dificulta a formulação de um critério universal e estável.

Estas são apenas algumas das ponderações que entendemos devam merecer reflexão dos juristas brasileiros e latino-americanos, especialmente no momento em que a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais, assim como as teses antipositivistas, ganham um prestígio sem precedentes. É certo que, ao oferecermos críticas ao viés neoconstitucionalista destas teorias não estamos, de forma alguma, propugnando pela retomada do positivismo legalista, o que seria um retrocesso, ou mesmo a volta de um jusnaturalismo anacrônico. O que não é possível, entretanto, é admitir que se proceda a desnaturação do direito positivado por vias democráticas através de uma jurisdição com poderes para afastar decisões tomadas com base na representatividade política e social do povo brasileiro.

### Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Em qué medida vinculan a los particulares a los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BURDEAU, Georges. *Les Libertes Publiques*. Paris: Auzias, 1972.

CANARIS, Claus-Wilhem. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAVOREU, Louis. La costituzionalisation du droit. In: ABY, Jean-Bernard et al. *L'unité du droit: mélange en homage à Roland Drago*. Paris: Economica, 1996.

GUASTINI, Riccardo. *Specificità dell'interpretazione costituzionale? Distinguendo*. Torino: Giannpichelli, 1996.

\_\_\_\_\_. *Das partes as normas*. São Paulo: Quartier latin, 2005.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans, *Teoria pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano. 7, n. 27. P. 33-44, abr/jun, 1999.

MORESO, José Juan. *Diritti e giustizia procedurale imperdetta*. Ragion pratica, 1998.

MOUFFE, Chantal. *El retorno del politico*. Barcelo: Paidós Ibérica, 1999.

MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *Derecho, moral y politica*. Barcelona: Ariel, 1994.

NARANJO DELACRUZ, Rafael, *Los limites de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madri: Boletia Oficial del Estado, Centro de Esudios Politicos y Constitucionales, 2000.

POZZOLO, Susanna. *Neocontituzionnalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3ª ed .São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSANVALON, Pierre. *La crise de L'état providence*. Aris: Sevil, 1985.

SAND, Inger Johanne. *Changing forms of governance and the role of law: society and its law*. Oslo: Arena Working Papers, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito. Os Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lênio. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel, Severo; STRECK, Lênio (orgs). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEUBNER, Gunther. *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the áreas of labour, corporate, antitruste and social welfare law*. Berlim: Walter de Gruyter, 1987.

VERDU, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WILLKE, Helmut. The tragedy of the State: prolegomena to a theory a state in polycentric society. In: ARSP, *ARQCHIV JUR RECHTS UND SOZIAL PHILOSOPHIE. STUTGART, V. LXXXII*.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derecho y justicia*. Madri: Trotta, 1999.