

Subjetividade no pós-positivismo: breve ensaio sobre a dificuldade da aplicação de princípios



Rogério Volpatti Polezze

Juiz Federal Substituto do TRF da 3ª Região. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO: Artigo pretende estimular o debate entre princípios e normas, destacando, de um lado, o caráter axiológico dos princípios (num abandono do positivismo puro) e, de outro lado, a dificuldade que o abandono de critérios completamente objetivos traz na aplicação do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Pós-positivismo. Ativismo judicial.

ABSTRACT: This paper contributes to the debate between principles and norms, in order to highlight, on the one hand, axiological nature of the principles and, on the other hand, how difficult the abandonment of objective criteria makes on application of law.

KEYWORDS: Principles. Postpositivism. Judicial activism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Pós-positivismo: era dos princípios. 3. Ponderação. 4. Afastamento da subsunção. 5. Julgamentos rumorosos: forte subjetividade. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

Ao longo da evolução dos povos, há momentos de verdadeira confusão entre direito e moral; em outros momentos, o direito tentou afastar-se por completo da moral; então, adiante, ainda que em outra roupagem, o direito parece ter procurado uma reaproximação com a moral. O campo – que, às vezes, apresenta-se movediço – entre direito e moral (e, por conseguinte, no que se acredita ser justiça) evidencia-se, ao estudar o

direito natural,¹ o positivismo jurídico e, mais

¹ Utilizando-se do termo, bom lembrar a seguinte lição: “O rótulo genérico do *jusnaturalismo* tem sido aplicado a fases históricas e a conteúdos heterogêneos, que remontam à antiguidade clássica e chegam aos dias de hoje, passando por densa e complexa elaboração ao longo da Idade Média. A despeito das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão. O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teleológico que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Ida-

recentemente, o pós-positivismo.

Diante do Estado liberal, o *jusnaturalismo* cede ao positivismo. O positivismo que se experimentou com força em seguida procurou impor distância entre direito e moral. As características do positivismo são bastante conhecidas. Seu apogeu normativo confunde-se com a doutrina do jurista Hans Kelsen, podendo receber a seguinte síntese:

Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico: (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da *estatalidade* do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; (iii) a *completude* do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o *formalismo*: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. *Também aqui se insere o dogma da subsunção*, herdado do formalismo alemão.² (destaque)

A moral e o direito têm um nítido fundamento ético em comum³ e ambos regulam as condutas humanas.⁴ Vicente Rao destaca posicionamento tradicional no sentido de que a distinção não é difícil:

A distinção entre a Moral e o Direito pode ser formulada muito simplesmente: a Moral fornece o critério para a apreciação de nossos interesses, enquanto o Direito marca os limites dentro dos quais nossos interesses se realizam.

Destacar um critério para apreciação de nossos interesses é a função da Moral; determinar os princípios de sua recíproca limitação, é função do Direito. As demais distinções decorrem desta, que é fundamental, o que também justifica a harmonia que deve reinar entre a Moral e o Direito.⁵

Entretanto, a despeito da leitura da lição de Vicente Rao, pode-se entender que tal distinção pode não se mostrar sempre tão simples. Ora, moral é um conceito obviamente aberto, que traz dificuldades em torno de seu entendimento. É que, em nossa sociedade, existe uma gama enorme de influências que terão reflexos sobre noções relacionadas à moral.⁶ Mais ainda, em função do engrandecimento de valores éticos sobre o direito, tal suposta confusão mostrar-se-á ainda maior.

A derrocada⁷ do positivismo jurídico –

5 *Ibidem*, p. 72, citação na nota 9.

6 Perry faz análise acerca da sociedade americana plenamente aplicável à brasileira: “The moral culture of the United States is pluralistic: American society comprises many different moral communities, including religious communities. Some observers think that this state of affairs makes the United States a City of Babel that productive moral discourse among all or even most of the various moral communities is impossible to achieve because the basic moral beliefs of many communities are fundamentally different from those of many others. Even if it does not make the United States a City of Babel, the pluralistic character of American moral culture gives rise to a number of serious problems concerning the relation of morality and religion to politics and law.” (PERRY, Michael J. *Morality, politics and law*. New York: Oxford University Press, 1990, p. 3-4)

7 De qualquer forma, inegável a contribuição do positivismo, como bem lembrado por José Afonso da Silva: “A teoria de Kelsen prestou enorme serviço à ciência jurídica, incluindo a ciência do direito constitucional. Mas sua purificação do direito, que expurgou dele certo ranço naturalista, psicologista e sociológico, desnudou a norma jurídica de tal modo que ela ficou reduzida a um tipo de *lógica jurídica* estritamente formal, num processo de formalização absoluta, bem descrito por Carlos Cossio: ‘Kelsen desenvolve o tema da pureza metódica sobre a base de duas purificações. A primeira contrapõe o ser da Natureza ao dever ser em sentido amplo, sem mais apoio do que a tradição kantiana (...). Esta purificação tende a eliminar todo o naturalismo da ciência jurídica. A Biologia, a Psicologia, a Sociologia ficam expulsas; Kelsen fica com o dever ser. Mas logo vem uma segunda purificação; agora, dentro do próprio dever ser, que contrapõe o dever ser lógico ao dever ser axiológico. Essa outra purificação tende a elimi-

de Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII.” (BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 114)

2 *Ibidem*, p. 118-119.

3 RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 72.

4 *Ibidem*, p. 73.

ao menos, em sua versão pretensamente pura – faz prova da dificuldade de distinção plena entre direito e moral.

Eis, de uma forma bem sintética, o momento em que nos encontramos: além das normas postas, além de uma operação quase matemática de fazer incidir normas jurídicas (pela subsunção); numa etapa histórica de reencontro do direito com valores éticos (deixados pelo positivismo puro de Kelsen somente a cargo da moral), e com atenção de fazer valer – além de regras – os princípios nas complexas relações jurídicas da sociedade atual.⁸

2. Pós-positivismo: era dos princípios.

Após a Segunda Guerra Mundial, vê-se um retorno a padrões éticos.⁹ Mais: trata-se

de reconhecer – uma admissão de culpa da sociedade que testemunhou tantas atrocidades na Segunda Guerra Mundial? – os riscos patentes de adoção rigorosamente formalista, pela hierarquização, competência na emissão de normas jurídicas, instrumentalizando a pessoa humana, deixando de considerar o homem, o ser humano (com suas necessidades próprias pelo simples fato de existir).

de toda axiologia da ciência jurídica. A Religião, a Moral, a Política ficam expulsas. Kelsen busca uma categoria vazia, um conceito puro em sentido Kantiano (...). Kelsen fica com o dever ser lógico: a imputação é a verdadeira categoria do conhecimento jurídico.” (SILVA, José Afonso da. O ser das regras, das normas e dos princípios constitucionais. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio/jun. 2011)

8 Luís Roberto Barroso explica, em poucas linhas, tanto o fim do apogeu positivista quanto a abertura para uma nova visão sobre o direito (BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 120-121).

9 Como dito acima, a inserção do princípio no direito ganhou força no século XX: com menção expressa em textos internacionais (v.g., Carta da ONU, 1945, e Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948). Ilustrativo fazer destaque ao teor do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de

de reconhecer – uma admissão de culpa da sociedade que testemunhou tantas atrocidades na Segunda Guerra Mundial? – os riscos patentes de adoção rigorosamente formalista, pela hierarquização, competência na emissão de normas jurídicas, instrumentalizando a pessoa humana, deixando de considerar o homem, o ser humano (com suas necessidades próprias pelo simples fato de existir).

Tal a força que ganhou após metade do século XX, o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido utilizado para diversos fins, inclusive, com exageros, tendendo a banalizá-lo, com sua menção, por exemplo, em discussões “mais mundanas” (“como o uso obrigatório de cintos de segurança, o custo do aquecimento residencial e as regras de serviço social”).¹⁰ Pode-se enxergar, todavia, que a banalização é aparente, pois vem apenas evidenciar o norte essencial da dignidade da pessoa humana em relação aos demais direitos fundamentais:

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios constitucionais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro.

Segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva, “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.¹¹

relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso”. (destaquei)

10 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 23.

11 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 102.

Ronald Dworkin reconhecidamente teceu crítica profunda à positividade do direito e deixa claro que não basta sua posituação para alcançar-se plena exigibilidade, sendo, caso a caso, necessário verificar se atende à consciência de todos.^{12 13}

Dworkin assinalava que o positivismo, contudo, não explicava o movimento dos juízes em direção da moral de forma a julgar casos extremamente difíceis (como chamava, numa tradução livre, os *hard cases*).¹⁴ E, apesar de propostas tendentes a explicar tal movimento, é certo que as respostas permanecem abertas, demonstrando o quão atual é o debate moral-direito. Isto, apesar de opiniões no sentido de que tal espécie de controvérsia perdeu razão de existir, após adoção em regras positivadas de tantos princípios de ordem moral. É que, apesar da posituação, o campo incerto de conceitos tão abertos impõe-se.

Clara a ruptura em relação às normas positivadas, defendida por Dworkin. Verdade que Dworkin é criticado por atribuir uma natureza moral ao direito, como se houvesse retorno ao *jusnaturalismo*.¹⁵ Em sua obra,



verifica-se, de fato, a vinculação que defendia com a moral.¹⁶

Abre-se, de qualquer maneira, com o pós-positivismo um panorama indeterminado, menos preso à rigidez das leis postas. Baseado em questões axiológicas. De um lado, torna o direito menos óbvio, menos exato e, talvez, por isso, mais rico e consonante com a complexidade da sociedade.

12 Seu posicionamento gerou uma controvérsia muito estudada: com críticas em relação à obra de Hart. Tanto por isso, diz-se de um verdadeiro debate entre Hart e Dworkin. (SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, working paper n. 77, mar. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 17 out. 2014)

13 A propósito de tal debate (Hart-Dworkin): “According to Raz, therefore, when pedigreed standards run out, judges are under a legal obligation to look to moral principles to resolve the case at hand. Furthermore, in such cases, judges are exercising strong discretion insofar as they are obligated to look beyond the law and apply these extralegal principles to the case at hand. Strong discretion does not, therefore, entail the existence of ‘extra-legal principles [a judge] is free to apply if he wishes.’ Rather, judges are legally constrained to apply certain extralegal principles, namely, the morally best ones.” (*Ibidem*, p. 21-22)

14 *Ibidem*, p. 36.

15 “Neste particular, a questão que se põe em relação à teoria de Dworkin refere-se à possibilidade de tratar-se de mais um modelo jusnaturalista: os princípios jurídicos seriam deduzidos de mandamentos morais universais. Parece-me que esse argumento não procede.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais

como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 54)

16 “I just spoke of ‘principles, policies, and other sorts of standards’. Most often I shall use the term ‘principle’ generically, to refer to the whole set of these standards other than rules; occasionally, however, I shall be more precise, and distinguish between principles and policies. Although nothing in the present argument will turn on the distinction, I should state how I draw it. I call a ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality. Thus the standard that automobile accidents are to be decreased is a policy, and the standard that no man may profit by his own wrong a principle.” (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22, destaquei)

Se, no positivismo jurídico, era mais simples aplicar, ou não, determinada norma, considerando um raciocínio matemático – presentes as condições previstas no comando normativo, a norma tinha sua incidência ao caso concreto (ou, não presentes, a norma não vinha aplicada concretamente) –; no pós-positivismo, a operação intelectual mostra-se mais complexa. E a razão é evidente: porque a análise dos princípios implica, necessariamente, examinar, também, a carga valorativa (aberta e indefinida) de seu conteúdo.

Oportuna a distinção entre as regras e princípios.¹⁷ Vejamos.

Virgílio Afonso da Silva, seguidor de Robert Alexy, destaca o que segue:

O princípio traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem de-

17 A explicação dada por Alexy na distinção entre princípios e regras não é, claro, unanimidade. José Afonso da Silva discorda da colocação dos princípios no mesmo nível de regras, como espécies de normas. Para o jurista: “O termo *princípio*, no plano ontológico, se refere a algo só captável intuitivamente, qual seja, aquela idéia-germe e idéia-força das instituições jurídicas, *idéia-geratriz* das regras jurídicas que formam determinada instituição jurídica. Idéia que só se revela, concretamente, depois da formação da respectiva instituição jurídica (plano da linguagem), razão por que, não raro, se pensa que ela não é precedente, mas conseqüente, ou seja, que não é dessa idéia que vêm as regras institucionais, mas destas é que se induz aquela. Há aqui uma inversão de planos. O plano da linguagem pode até explicitar o ser dos princípios que está no plano ontológico. A experiência jurídica, no entanto, prova que a idéia da instituição é precedente. (...) Como os princípios fundamentam a existência das regras, é fácil de concluir que sua natureza é a mesma das regras, por isso, aos três tipos de regras, correspondem três tipos de princípios, ou seja: a) *princípios constitucionais ônticos*, começo, fontes e fundamentos das regras ônticas; b) *princípios constitucionais de procedimento*, começo, fontes e fundamentos das regras técnicas de procedimento; c) *princípios constitucionais deônticos*, começo, fonte e fundamentos das regras deônticas. Nessa teoria, a distinção entre princípios e regras não aquele cavalo de batalha da teoria de Alexy, porque a distinção sai tranqüila da relação entre o fundamento e o ser fundamentado.” (SILVA, José Afonso da. O ser das regras, das normas e dos princípios constitucionais. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio/jun. 2011)

veres) definitivos ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. (...)

No caso dos *princípios* não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.¹⁸

Exatamente porque os princípios são observados na medida do possível (e não no todo ou nada, como normalmente sucede com as regras), Alexy¹⁹ denomina-os de mandamentos de otimização:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato

18 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

19 Esclarecedor sobre a complexidade do tema saber que Alexy não é tido de forma unânime como pós-positivista, a despeito de sua teoria sobre princípios: “Perante o paradigma pós-positivista do direito, não se pode mais confundir texto normativo com norma. Assim, o texto normativo é o programa da norma, representa o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, decreto), sua constituição é *ante casum* e sua existência é abstrata. A norma, por sua vez, é produto de um complexo processo concretizador em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo. Daí, ser positivista todo o conceito semântico de norma tal qual o oferecido por Robert Alexy, em que a norma é identificada em abstrato subdividindo-se em regras e princípios. No pós-positivismo, a norma é fruto de conhecimento vivo proveniente da atividade interpretativa criadora do jurista. Diante da hermenêutica filosófica, a interpretação e a ciência são algo mais que a utilização de um método seguro e pré-definido, do mesmo modo que a aplicação do direito é sempre algo mais que a simples subsunção de um enunciado legislativo ao caso concreto.” (NERY JUNIOR, Nelson; Abboud, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. *Revista de Direito Privado*, ano 14, v. 53, 2013, p. 18)

de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre as regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.²⁰

Não se verifica, entretanto, apenas uma teoria dominante. O debate é atual e está vivo. Observe-se crítica de Habermas, destacada por Marcelo Neves:

Habermas parte de que os princípios como “normas mais elevadas, à luz das quais outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico”. Com base nessa premissa, ele critica o modelo dos princípios como mandamento de otimização, porque ele seria antes adequado a um modelo de ponderação de valores. Estes, como preferências compartilhadas intersubjetivamente, são suscetíveis de sopesamento orientado para fins, implicando tensões e concorrências por primazia. Princípios como normas seriam válidos ou inválidos, não comportando “ponderações” e contradições entre si, antes devendo pertencer a uma conexão coerente de sentido, ou seja, a um “sistema”. Eles não determinam o que é preferido ou que é bom para nós (ou para mim), como os valores, mas sim o que é devido para toda e qualquer pessoa.²¹

Por sua vez, Humberto Ávila, sem se prender ao modelo fixo de princípios *versus* regras de Alexy, chamou atenção para questão de todo importante: a força (normativa) dos princípios. E como pode ser perigoso pensar que todo e qualquer princípio pode vir a ser afastado por ponderação.

Ávila enfatiza o que segue:

Aqui o ponto essencial: as normas – quer princípios, quer regras – estatuem prescrições gerais e, como tais, devem ser interpretadas, não podendo o aplicador relativizar esse aspecto *constritor* e *heterolimitador*. O simples fato de a aplicação de qualquer norma – seja um princípio, seja uma regra – depender de conexões valorativas entremostradas no ordenamento jurídico e requerer um processo discursivo e argumentativo de avaliação de razões e contrarrazões para a determinação do seu conteúdo não quer dizer que o intérprete possa desprezar o modo como a Constituição escolheu normatizar a conduta humana – se por meio da estatuição de regra ou de um princípio. Assim, quando estatuí regras ou determinados princípios, como aqueles que preveem condições estruturais do exercício do poder ou parâmetros permanentes de aplicação, não cabe ao intérprete relativizar esses comandos em nome da ponderação (no sentido estrito de afastabilidade mediante priorização concreta), como se os princípios fossem normas descartáveis e, por isso, desprovidas de normatividade. Cabe-lhe, em vez disso, coerentemente respeitar a normatividade escolhida pela Constituição.²²

Pois bem, ainda que seja extremamente difícil haver unanimidade, soa razoável defender que o grande legado deixado por Dworkin tenha sido a vinculação dos princípios com moral. Não se trata de defender, como alerta

20 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

21 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 73.

22 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 141.

Marcelo Neves, o retorno ao *jusnaturalismo*. No entanto, urge demarcar uma visão clara no sentido de que os princípios – e, aí, com apoio na visão já destacada de José Afonso da Silva (ver nota 17) – expressam conteúdo axiológico, até então, renegado pelo positivismo jurídico.

Ou seja, não se refuta a classificação de Alexy no que diz respeito à forma de entendimento e aplicação de regras e princípios. Mas é certa a dificuldade de concordar com a cisão que o jurista faz tão fortemente entre regras e princípios.

Se a classificação, adotada e defendida por Alexy, tem a vantagem de traduzir a maneira mais comum de aplicação de regras e princípios, pode-se concluir que – porque o princípio revela enorme carga axiológica²³ – tal valor, da mesma forma, deverá compor as regras. Fácil de ver que a evolução dos princípios²⁴ significa aumento da subjetividade do

jugador,²⁵ atraindo críticas e temor de abusos. Mesmo assim, solução para tal risco compõe o sistema: é a fundamentação das decisões judiciais.²⁶

tidas por imprescindíveis a uma Constituição, vale dizer, aquelas fundamentais à sua estruturação. Destarte, a idéia que parece ter orientado o constituinte foi a de estabelecer como parâmetro dessa ação aqueles preceitos que fossem indispensáveis à configuração de uma Constituição enquanto tal, ou seja, as normas materialmente constitucionais, a saber: a) as que identificam a forma e a estrutura do Estado (p. ex., federalismo, princípio republicano, etc.); b) o sistema de governo; c) a divisão e o funcionamento dos poderes; d) os princípios fundamentais; e) os direitos fundamentais; f) a ordem econômica; g) a ordem social.” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 93-94)

25 O que traz ao debate o “ativismo judicial”. No Brasil, o fenômeno mostra-se forte mais recentemente, a partir da Constituição Federal de 1988, e é verificado em todos os juízes e Tribunais (não apenas no STF): “Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados, etc. A realização da Constituição passa pela atividade de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete. No entanto, a omissão, seja administrativa ou legislativa, do gestor público ou do legislador frente ao dever de dar efetividade à Constituição não pode ser corroborada pela omissão também do Judiciário frente a tal dever. Não se fala aqui em ativismo judicial nocivo, no qual o juiz ultrapassa os limites entre racionalidade jurídica e racionalidade política, valendo-se somente dessa última. Interpretar limitado pela *mens legis* (sentido da lei) e pela *mens legislatoris* (vontade do legislador) não impede que ao juiz seja necessário fazer uma construção hermenêutica para poder solucionar o caso concreto. A norma jurídica conterá, inevitavelmente, um espaço jurídico ‘vazio’ a ser preenchido pelo intérprete/aplicador, isto é, uma situação real que demanda a aplicação da norma, mas esta não prescreve o modo como isto se dará. Mesmo para Kelsen, o mais notório expoente do positivismo jurídico do século XX, a norma jurídica representava uma moldura que deveria ser preenchida durante o processo hermenêutico, pois continha diversos espaços em branco. Falamos aqui em ativismo judicial como atuação contra as omissões dos demais Poderes.” (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 17 out. 2014, p. 48-49)

26 “Habermas admite que a positivação implica a diferença entre direito e moral, assim, como a fundamentação dire-

23 Ainda que, ao final, repita a distinção de Alexy, soa interessante a relação, lembrada por Pardo: “A teoria dos princípios torna possível relacionar os direitos fundamentais com os valores. Os direitos constitucionalmente garantidos à pessoa humana têm como base ou aspecto comum o objetivo de resguardar os valores *dignidade, liberdade e igualdade*. Os direitos fundamentais são a tradução normativa desses valores. Nesse sentido, o termo *valores* não quer fazer referência a elementos imutáveis de uma hipotética natureza humana universal. Pelo contrário: se os direitos fundamentais são informados pelos valores da *dignidade, liberdade e igualdade*, constituem eles, conforme ensinamento de Rudolf Smend, um sistema de valores concretos, ‘um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição.’” (PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 106)

24 Mas não apenas os princípios. De ver, a propósito do aumento da subjetividade do julgador (consoante os termos do texto constitucional originário), a previsão da Constituição de 1988 acerca de preceitos fundamentais (ao dispor sobre nova espécie de ação direta, a arguição de descumprimento de preceito fundamental): “Num raciocínio por exclusão, parece incontroverso que não se pode entender por preceito fundamental todo e qualquer dispositivo da Constituição. Fosse esse o espírito do art. 102, § 1º, da Constituição Federal, certamente faria referência expressa a esta, deixando de empregar a expressão em análise. Também não nos parece adequada uma interpretação reducionista, restringindo o conteúdo semântico de tal expressão aos princípios fundamentais, como, aliás, chegamos a entender no passado. O que entender, então, por preceito fundamental? O vocábulo fundamental dá a ideia de base, de alicerce ou, em suma, de fundamento. (...) São normas materialmente constitucionais aquelas

3. Ponderação.

A maneira de interpretar e atribuir o sentido, com base em discussões concretas, a princípios, é normalmente chamada de ponderação. A aplicação de princípios não é isenta de críticas.²⁷ E a maior crítica é contra o exagero do subjetivismo, deixando a cargo dos juízes respectiva aplicação (e delimitação).

ta das normas jurídicas em princípios jurídicos. Não obstante, ele relaciona o princípio da posituação ao princípio da fundamentação. O direito precisa ser justificado, nessa perspectiva, no âmbito de uma moral pós-convencional ou universalista. No âmbito da tensão entre 'faticidade' e 'validade', a instrumentalidade política do direito tem como contraponto a sua indisponibilidade moral. Superado o seu 'fundamento sacro', o direito precisa ser legitimado por procedimentos racionais, moralmente justificáveis. Esse modelo pode ser concebido como um modelo de fundamentação." (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 114)

27 "Embora seja menos forte no Brasil, há no exterior, especialmente na Alemanha, uma forte vertente crítica contra uma suposta hipertrofia do sopesamento, uma hipertrofia dos princípios. Segundo essa vertente, os direitos fundamentais, compreendidos como princípios, valeriam para qualquer coisa e não teriam nenhum conteúdo determinado. Essa linha de argumentação critica tanto um recurso exagerado aos princípios, quanto um recurso exagerado à ponderação ou ao sopesamento como forma de aplicação do direito. E o principal traço comum entre essas críticas é a referência a uma suposta *subjetividade* e a uma suposta *irracionalidade* do sopesamento. Na Alemanha, três são os principais autores dessa vertente crítica, que foram depois seguidos por vários outros, seus discípulos ou não. O primeiro deles é Friedrich Müller, que afirma que o sopesamento nada mais seria do que a expressão das pré-compreensões mal explicadas daquele que decide e de suas ligações afetivas com o caso concreto; segundo ele, ponderar seria mais sugestão do que decisão. E Müller utiliza palavras muito semelhantes às usadas por Carlos Ari Sundfeld: o sopesamento seria a expressão de uma certa preguiça em face do trabalho interpretativo. (...) O terceiro autor, também nessa mesma linha crítica, é Jürgen Habermas, que afirma que o sopesamento, além de irracional, implica um enorme risco para a garantia dos direitos fundamentais, que perderiam o seu caráter vinculante. Segundo ele, os direitos fundamentais perderiam o seu caráter deontológico e passariam a ter um caráter sobretudo axiológico e teleológico. As normas deixariam de veicular o que deve ser, e passariam a ser uma material para se decidir o que é bom ou o que é ruim." (SILVA, Virgílio Afonso da. *Ponderação e objetividade na interpretação constitucional*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Sarai-va, 2011, p. 363-380)

A observação não é nova. E sempre se repete em face do Judiciário,²⁸ em casos que causam comoção,²⁹ atribuindo aos juízes – to-

28 Nem exclusividade brasileira. Muito pelo contrário: faz parte de debate nos Estados democráticos. Observe-se anotação de Cappelletti: "As sociedades mais sãs esforçaram-se e se esforçam por encontrar a cura desses desenvolvimentos, potencialmente patológicos. Não é este o lugar para o exame das várias tentativas realizadas e que continuam a se realizar em tal sentido: da descentralização legislativa à participação popular nos procedimentos decisórios da administração. Basta notar que, também para o judiciário, tais desenvolvimentos comportaram consequências importantes, sobretudo o aumento da sua função e responsabilidades. Pelo fato de que o 'terceiro poder' não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A *justiça constitucional*, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. Como demonstrou a evolução de número crescente de países, no estado moderno o legislador-gigante não poderia mais, sem gravíssimos perigos, ser subtraído a controle. (...) Na verdade, talvez com a só exceção dos Estados Unidos, os tribunais judiciários mostraram-se geralmente relutantes em assumir essas novas e pesadas responsabilidades. Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher umas das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodontico e o leviatanesco administrador." (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 46)

29 Por exemplo: na discussão sobre união homoafetiva, travada no STF, na qual a Corte decidiu à unanimidade seu reconhecimento, conforme a Constituição Federal de 1988 (STF, ADI 4277/DF, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 13/10/2011, julgamento destacado adiante); julgamento sobre aborto do feto anencéfalo (STF, ADPF 54/DF, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/04/2012, DJe 29/04/2013), enfrentando adequação/interpretação do Código Penal em relação à Constituição de 1988; recepção da Lei de Imprensa, nº 5.250/1967, pela Constituição de 1988 (STF, ADPF 130/DF, Pleno, Relator Ministro Carlos Britto, j. 30/04/2009, DJe 05/11/2009), com procedência, ao final, declarando-se a não recepção; recepção do artigo 636 da CLT, exigência de depósito prévio do valor correspondente à multa como condição de admissibilidade de recurso administrativo (STF, ADPF 156/DF, Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 18/08/2011, DJe 27/10/2011), com declaração da não recepção; recepção da Lei de Anistia, nº 6.683/1979, confirmada pela rejeição da ADPF 153/DF (STF, Pleno, Relator Ministro Eros Grau, j. 29/04/2010, DJe 05/08/2010), o que, contudo, colide com decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomes Lund *versus* Brasil – Guerrilha do Araguaia (exemplificando como a última palavra da Corte

dos, mas, claro, especialmente, aos Ministros do STF, cujas decisões tem mais comumente repercussão nacional – interferência indevida sobre outros Poderes. A verdade é que o juiz (que se espera diante da derrocada do positivismo jurídico) deve ser sensível a toda complexidade de direitos após Segunda Guerra Mundial.³⁰

Questão polêmica na doutrina diz respeito à aplicação da ponderação às regras (conforme modelo de Alexy). O próprio Alexy é resistente ao tema.³¹ Mas inegável que as normas jurídicas não são identificadas: de plano, não trazem uma etiqueta distintiva



Constitucional nacional pode não bastar para apaziguar a discussão); julgamento sobre direito de greve de servidores públicos (STF, MI 712/PA, Pleno, Relator Ministro Eros Grau, j. 25/10/2007, DJe 30/10/2008, e, ainda, STF, MI 708/DF, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe 30/10/2008).

30 “Neste sentido, a consagração de direitos fundamentais pelas constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentos, porque as diversas declarações que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade (na perspectiva ocidental) procuravam assegurar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador (direitos públicos subjetivos como regras negativas de competência do Estado). Como observou Freeman (...) ‘por meio de uma carta de direitos, os cidadãos concordam, com efeito, em retirar certos itens da agenda legislativa’. Essa contraposição entre democracia e direitos fundamentais acabaria por legitimar ainda mais uma atuação menos circunstancial do juiz constitucional (e que, posteriormente, vai se expandir para outras áreas além dos direitos fundamentais). Em síntese, percebe-se que a ampliação do espaço ‘tradicional’ do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero *legislador negativo*, na expressão cunhada por Kelsen) foi viabilizada, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados, e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções.” (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65-66)

31 Embora: “Parece-me que, de alguma maneira, ao admitir regras incompletas, dependentes de ponderação, Alexy admite implicitamente que, neste particular, a diferença entre princípios e regras é, antes gradual, embora não seja essa a sua intenção.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 81)

entre regras e princípios.³² Existe confusão³³ e, até alcançar-se a regra final – incidente num caso concreto –, pode ser necessária uma operação de ponderação.

Quanto à ponderação de princípios, após analisar os principais críticos, Neves conclui:

32 “Princípios e regras desempenham esse papel no plano da argumentação jurídica. Esquemáticamente, algo se apresenta como princípio ou como regra. Os princípios são normas no pleno reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Estas, enquanto razões imediatas para as normas de decisão, são condições da aplicação dos princípios à solução dos casos. Na cadeia argumentativa, uma norma afirma-se tipicamente como princípio ou como regra. De antemão, não se pode definir qual padrão constitui um princípio ou como uma regra. Vai depender do modo mediante o qual a norma será incorporada do ponto de vista funcional-estrutural no processo argumentativo.” (*Ibidem*, p. 103)

33 “Embora *prima facie* a norma possa ser concebida como uma regra imediatamente aplicável (que determina o direito de publicar sem censura o artigo, no caso da liberdade de expressão), ela pode transmutar-se em princípio no decorrer do processo de concretização, desde que haja recurso a princípios colidentes, exigindo uma regra de solução da colisão para que se decida o caso. Nesse sentido, também nos chamados ‘princípios-regra’, trata-se de híbridos normativos no âmbito da diferença típico-ideal entre princípios e regras constitucionais.” (*Ibidem*, p. 106)

No sistema jurídico, muito embora seja fundamental a binariedade no plano do código “lícito/ilícito”, há uma pluralidade de critérios e programas que comportam tensões e conflito entre si. Embora o direito esteja orientado para determinar, em última instância, se algo é lícito (conforme ao direito) ou ilícito (não conforme ao direito), antes que se chegue a uma resposta sobre essa questão desenvolve-se, em cada caso (exceto na mera observância cotidiana e na pura aplicação rotineira), uma cadeia ou rede complexa de argumentos que se articulam com base nos mais diversos critérios invocados para a solução da controvérsia jurídica. Nesse processo argumentativo, o cotejo entre critérios que se apresentam como apropriados para a tomada de decisão é recorrente, implicando inclusive a ponderação entre normas usualmente colidentes. Portanto, a binariedade do direito está associada a uma postura seletiva em relação aos diversos critérios normativos invocados para a solução de um caso, comportando o sopesamento de princípios, que, porém, não se destina nem é apropriado a levar à otimização destes.³⁴

Neves, admitindo “aparente confusão” – apenas aparentemente, pois se trata, em verdade, de interação – entre regras e princípios, anota dificuldade na distinção estática entre eles, comportamento (aplicação) duvidoso entre tais normas (às vezes, regras; às vezes, princípios), o que promove uma vinculação bastante interessante entre regras e princípios: uma verdadeira relação de circularidade.³⁵ Então, se existe clara e in-

discutível interação entre regras e princípios, como querer afastar a ponderação das regras? Ora, à medida que, para solucionar um caso concreto, deve-se partir de princípio, mas, também, mirar uma regra (buscando uma solução concreta), tal ida-vinda entre regras e princípios pode implicar uma ponderação entre valores eventualmente colidentes. E tal operação pode significar que, de forma a alcançar uma regra adequada (e, então, promover a subsunção), faz-se necessário, às vezes, passar por ponderação de princípios relacionados. Por conseguinte, de uma nítida ponderação de regras.

4. Afastamento da subsunção.

No estágio atual do nosso direito – em especial, frise-se, após a Constituição de 1988 –, com destaque dos princípios (e seu caráter normativo), vê-se possível, inclusive, deixar de fazer incidir determinado comando normativo, mesmo presentes todas as condições formalmente previstas para tanto. E tal conclusão não deverá causar espécie.

Observe-se exemplo singular, mas de clareza ilustrativa. O dispositivo constante do artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 – “§ 2º. O tempo de serviço do segurado trabalhador

Constituição e lei ou entre Constituição e decisão judicial em matéria constitucional na dinâmica jurídica). Os princípios constitucionais servem ao balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras, assim como, eventualmente, para restrição e ampliação do seu conteúdo. Em suma, pode-se dizer, com o devido cuidado, que eles atuam como razão ou fundamento de regras, inclusive de regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas. Mas as regras são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais. Ou seja, caso não haja uma regra diretamente atribuída a texto constitucional ou legal nem seja construída judicialmente uma regra à qual o caso possa ser subsumido mediante uma norma de decisão, os princípios perdem o seu significado prático ou servem à manipulação retórica para afastar a aplicação de regras completas, encobrendo a inconsistência do sistema jurídico. A inflação de argumentos principialistas implica perda de importância dos princípios constitucionais como critério de solução de casos. A relação reflexiva circular entre princípios e regras implica uma fortificação recíproca das respectivas estruturas (normas) e processos (argumentação).” (*Ibidem*, p. 134)

34 *Ibidem*, p. 88.

35 “Nessa perspectiva, apresenta-se a questão da circularidade entre princípios e regras no processo de concretização constitucional. Não há uma relação linear entre estruturas ou processos reflexivos e estruturas e processos ‘reflexionados’. A reflexividade em geral implica uma relação circular. Tome-se, novamente, a moeda como exemplo: O que vale a moeda sem os bens ou sem poder de comprá-los? E o que valem os bens, em uma sociedade complexa, sem valor monetário? Essa implicação recíproca encontra-se analogamente na relação entre princípios e regras constitucionais no plano da estática jurídica (assim como entre

rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.” –, certamente, não se mostra, em abstrato, inconstitucional. Da mesma forma, tal regra vem confirmada pelos Tribunais, sem aparente exceção. A título de exemplo:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. LABOR RURAL SEM REGISTRO EM CTPS. RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO ANTERIOR AO PRIMEIRO DOCUMENTO ATESTANDO A QUALIFICAÇÃO DE LAVRADOR. PROVA TESTEMUNHAL. PRECEDENTES DO E. STJ. RECURSO IMPROVIDO.

I - Quanto ao período anterior ao início de vigência da Lei nº 8.213/91, conta-se o tempo de serviço do trabalhador rural sem registro em CTPS, independentemente do recolhimento das contribuições, mas não para efeito de carência.

II - O termo inicial do período rural a ser reconhecido deverá ser fixado conforme a data constante do documento contemporâneo mais antigo que configurar início razoável de prova material, salvo se a prova oral autorizar reconhecimento de período anterior, conforme entendimento fixado pelo E. Superior Tribunal de Justiça recentemente, em sede de recurso repetitivo (Recurso Especial nº 1.348.633-SP, de relatoria do Exmo. Ministro Arnaldo Esteves de Lima).

VI - Verifica-se que o interregno controverso corresponde ao labor rural que a parte autora teria exercido entre 09/1965 a 05/1969.

VII - Ressalte-se que, embora o primeiro documento que qualifique a parte autora como lavradora date de 04/05/1969 (carteira do sindicato dos trabalhadores rurais, fl. 24), a prova testemunhal, consistente na declaração acostada na fl. 11, bem como nos depoimentos das fls. 81/83, autoriza o reconhecimento do labor rural por todo o período pleiteado.

Precedentes do C. STJ (Recurso Especial nº 1.348.130-SP e Recurso Especial nº 1.348.382) e desta E. Corte Regional (EDecl em AR nº 2008.03.00.038420-0, DJ: 12/12/2013).

VII - Sendo assim, a somatória de todos os períodos mencionados, compreendendo o executado na área rural (25/09/1965 a 31/12/1980) e os registros em carteira em atividades urbanas, perfaz o mínimo de 35 (trinta e cinco anos) necessários à concessão da aposentadoria por tempo de serviço, nos termos da Lei nº 8.213/91.

IX - Embargos infringentes a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, Terceira Seção, Embargos Infringentes 0002356-17.2003.4.03.9999/SP, Relator para o Acórdão Desembargador Federal Walter do Amaral, j. 23/01/2014, e-DJF3 05/02/2014)

Todavia, diante de trabalhador que tenha cumprido trabalho urbano em tempo insuficiente para aposentar-se mesmo no menor valor possível (salário mínimo), mas, também, tenha exercido anteriormente trabalho rural (cuja soma de períodos de tempo ultrapassaria a carência para aquele segurado), tal regra seria aplicável?

Registre-se que a narração apresentada não encontra eco em qualquer exceção da norma referida: que, efetivamente, não permite a possibilidade de aproveitamento de tempo rural para fins de carência.

Então, levado a ferro e fogo, a interpretação do parágrafo 2º acima acarretaria em verdadeira ofensa à Constituição Federal (art. 194, parágrafo único, II).³⁶ Parece defensável que a vedação de tempo de serviço para fins de carência não possa extrapolar os benefícios próprios para segurados rurais, ou seja,

36 “Art. 194. (...) Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...) II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais”.

aqueles limitados no valor mínimo (salário mínimo).

Dessa maneira, mesmo se aplicando idade para urbano (e regra de transição geral para contagem da carência), acaso não admitido o uso de tempo urbano somado ao rural, em comparação com outros segurados que tivessem continuado na atividade rural, chegar-se-ia a uma situação de difícil explicação: num caso de segurado rural, mesmo sem contribuições após 1991, mas apenas comprovando – ainda que de forma descontínua atividade rural (permitido até 31 de dezembro de 2010, nos termos da Lei nº 11.718/2008) – restaria possível (inclusive, com cinco anos antes do segurado urbano) sua aposentação por idade; em contrapartida, o segurado rural que tivesse passado a urbano, após alcançar a idade de aposentadoria para urbano, não teria como conseguir sequer benefício mínimo (como o rural teria), mesmo tendo, durante período urbano, recolhido para o INSS.

Pois bem: qual o sentido de proibição com tal força, prejudicando àquele que efetivamente tivesse contribuído à Previdência?

Por isso mesmo, chegando-se ao extremo do exemplo – eloquente, como se percebe –, poder-se-ia dizer que a regra do artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na sua literalidade, provocaria efeitos contrários à Constituição Federal. Mas qual seria a norma constitucional relacionada?

De plano, ao menos, uma norma de princípio da Previdência, constante do artigo 201, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de *caráter contributivo* e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) (destaquei)

Ou seja, tendo havido contribuição efetiva pelo segurado, a regra do artigo 55 acima,

a despeito de perfeitamente constitucional, não poderia ser aplicada, concretamente. Não sucederia, portanto, sua subsunção ao caso concreto, tendo em vista a força do princípio relacionado.

Poder-se-ia cogitar, ainda, de, em virtude da ida-vinda entre regra e princípio, criar-se judicialmente uma regra concreta, suficiente e adequada para responder a uma lide (não perfeitamente prevista na literalidade da regra). O exemplo ilustra uma lide que somente foi decidida satisfatoriamente em função da interação entre regra e princípio.

5. Julgamentos rumorosos: forte subjetividade.

Nesta era de princípios, os valores maiores constantes das normas constitucionais – não só podem – deverão ser utilizados para apaziguar a complexa sociedade que se apresenta. A despeito de tal atuação do Judiciário, algumas vezes, repercutir críticas negativas, especialmente, de usurpação de competência de outros Poderes.

Observemos dois casos que causaram – e causam – repercussão.

União homoafetiva

A propósito da evidente subjetividade para decidir com base em princípios, observe-se, no exemplo, que tal espaço “aberto” ao julgador sucede desde a questão preliminar sobre qual ação direta de controle de constitucionalidade seria apropriada ao caso. Examine-se parte da ementa respectiva:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABS-

TRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. *Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. (...) 6. (...) Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva.*

(STF, ADPF 132/RJ, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 13/10/2011, destaquei)

A solução esposada no precedente afastou o uso da ADPF, fazendo valer “interpretação conforme” do artigo 1.723 do Código Civil. O julgamento, no seu resultado, soa mesmo o mais correto: afinal, pouco crível impor restrição de ordem tão relevante à vida – ou seja, impossibilidade de exercício de união estável como entidade familiar – tão somente pela sexualidade das pessoas envolvidas. Tanto por isso, o julgamento foi decidido à unanimidade.

Ocorre que a solução preliminar sobre afastamento do uso da ADPF sinaliza a dificuldade de entendimento sobre “descumprimento de preceito fundamental”. É que a conclusão, alcançada pelo Tribunal, no sentido de focar a letra do artigo 1.723 do Código Civil, traz a dificuldade natural da observação de que a regra do Código Civil – *“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”* (destaquei) – apenas repete a norma constitucional aplicável: “Para efeito

da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º, CF, destaquei)

Então, poder-se-ia questionar: se a Lei apenas repete a Constituição Federal, de que adiantaria promover “interpretação conforme” do Código Civil?

No ponto, talvez melhor solução tivesse sido o uso ADPF ao caso, no sentido de observar a extensão possível de “descumprimento de preceito fundamental”, fazendo valer um sentido bem amplo de “preceito”.³⁷ Podendo-se imaginar cabimento de um conceito mais alargado – subjetivo, é verdade –, conforme escolha do próprio constituinte originário.

Poder-se-ia, seguindo tal linha de pensamento, imaginar que a discussão posta no controle concentrado parte de novo conceito de família – além da união entre homem e mulher –, mas cuja negação – inexistente no texto constitucional originário, registre-se – implicaria desrespeito à dignidade da pessoa humana, em sua manifestação de exercício pleno de sexualidade e relação amorosa. E, na construção feita, a ADPF encaixar-se-ia à perfeição.

Ainda, da análise dos votos dos Ministros, vê-se, de um modo geral, uso bastante alargado do princípio da dignidade no caso concreto. Chama atenção seu uso neste julgamento, demonstrando às claras que sua



³⁷ Ver nota 24.

aplicação é especialmente cara no caso de discussões de direitos de minorais (quaisquer, sendo, no caso, à evidência, minorias por orientação sexual).

Também, dos votos, chama a atenção que o princípio da dignidade humana foi aplicado conjuntamente, em especial, com o princípio da igualdade, fazendo realce à proibição de quaisquer formas de discriminação. Ou seja, no caso em foco, porque existe direito ao reconhecimento de união estável (instituto familiar) de casais heterossexuais, seria um equívoco deixar de promover o mesmo reconhecimento a casais de mesmo sexo. No ponto, existe um elemento facilitador: se existe o direito reconhecido a parte da sociedade, sua eventual recusa a outra parcela da sociedade (mesmo minoritária) seria motivo de inconstitucionalidade (por negativa de igualdade). E, em reforço, pela dignidade da pessoa humana, tal suposta recusa equivaleria dizer que um casal homoafetivo – pelo simples motivo de sua orientação sexual – tem negado seu direito a formar uma família.

Por fim, salienta-se o uso do princípio da dignidade da pessoa humana, elaborado pelo Ministro Celso de Mello, que, a partir dele, retirou outro: o da felicidade.

Da unanimidade dos Ministros, foi acolhida a ação direta, aplicando-se o princípio da dignidade, de forma a reconhecer juridicamente a união homoafetiva, tendo havido cisão apenas no fundamento: ou como espécie prevista no artigo 226 da Constituição Federal, ou, então, como outra forma de família (simplesmente não prevista constitucionalmente), mas, de qualquer maneira, merecendo tratamento adequado (ou seja, em conformidade com a dignidade da pessoa humana) pelo Estado.

Tratamento cirúrgico ao transexual

O precedente abaixo é bastante interessante: diz respeito à determinação judicial de inclusão em lista de cirurgias, promovidas pelo SUS, da alteração de sexo, adequando o

corpo físico à personalidade. A curiosidade que observo é a atuação forte e corajosa do Judiciário em assunto típico de política pública (a cargo, segundo opinião conservadora, apenas dos demais Poderes).

Veja-se o conteúdo de parte de sua ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SIH-SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.

(...)

4 - O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos).

5 - O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições

indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis.

6 - A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas, que imponham aos transexuais limites e restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos.

7 - *A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso.*
 (...)

10 - A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde.
 (...)

14 - Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da Corte Européia de Justiça, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional da Colômbia, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional de Portugal.
 (...)

(TRF da 4ª Região, Terceira Turma, Apelação Cível 2001.71.00.026279-9/RS, Relator Juiz Federal Roger Raupp Rios, j. 14/08/2007, DE 23/08/2007, destaqui)

Executivo de posicionamento constitucionalmente forte, mas, até então – em função da fragilidade do Legislativo? – não reconhecido pelo poder legiferante ordinário. Noutras palavras, e como ocorreu concretamente, o Executivo deixou de levar às últimas consequências eventual discordância sobre o julgado (que, efetivamente, não chegou ao STF por meio de recurso extraordinário), fazendo valer – então, como evidente política pública – a determinação jurisdicional.

Em que pese crítica em face do Judiciário, em julgamentos de temas tão sensíveis sobre direitos fundamentais, muitas vezes, verifica-se tão somente resistência efetiva do Legislativo. E concordância – tácita – do Executivo. Então, pode-se imaginar que o Executivo faz uso de decisões do Judiciário de maneira a – ele próprio – não ter que carregar o fardo de ter tomado alguma decisão impopular?³⁸

6. Considerações finais.

Da evolução da sociedade, separada por castas – em função de tantas variáveis, como cidadania romana (*versus* estrangeiros); realeza (*versus* plebeus); religião (*versus* pagãos ou hereges) –, emergiu o fortalecimento do ser humano pela sua simples existência. Para tanto, viu-se à claras uso amplo dos princípios, dos direitos fundamentais, impondo dever de o Estado garanti-los.

O reconhecimento em vários escritos históricos acerca da dignidade humana demarca bem no tempo a necessidade de evolução da sociedade, mirando o respeito absoluto ao homem. E tal respeito mostra conteúdo próprio do que se busca pelo direito e justiça (muito embora se reconheça grande dificuldade para seu alcance).

Tal contexto confirma que o papel do Judiciário engrandeceu-se a partir da teoria

Cabe registrar que o julgamento em destaque é mais um exemplo de adoção pelo

³⁸ Impopular, entendida contra interesses ou crenças de maioria, em detrimento de direitos fundamentais de minorias.

dos direitos fundamentais e estágio de pós-positivismo que nos encontramos. Com a cautela de afastar a hipertrofia gratuita dos direitos fundamentais, parece que o Judiciário flerta com decisões que beiram questões políticas, provocando evidente semelhança entre decisões judiciais e decisões políticas, que, afinal, são determinantes para escolhas e promoção de políticas públicas.

Mesmo assim, tomado com cuidado de evitar exageros (se for possível), o novo papel do Judiciário mostra-se bem afinado com o juiz atento a tantos direitos postos em destaque nas cartas constitucionais contemporâneas. Direitos que não podem se prender por questões de maioria (mesmo democrática), pelo singelo motivo de que, se aguardassem atuação do Legislativo ordinário, poderiam estar submetidos à conduta autoritária de um Estado (o que passado bem recente já demonstrou os riscos à humanidade).

Em conclusão final, por mais difícil que seja a adoção de carga axiológica no direito, o conteúdo ético, presente, especialmente, nos princípios/preceitos fundamentais, é evidente. Tal constatação, a despeito de tornar mais difícil a missão do julgador (cada vez menos objetiva), serve para explicar e justificar que não é a objetividade do positivismo a verdadeira garantia de um direito “justo”, mas, sim, o dever de dispor clara e suficientemente a fundamentação pelo julgador.

Referências bibliográficas.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

_____. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

NERY JUNIOR, Nelson; Abboud, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. *Revista de Direito Privado*, ano 14, v. 53, 2013.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PERRY, Michael J. *Morality, politics and law*. New York: Oxford University Press, 1990.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, working paper n. 77, mar. 2007. Disponível em: <http://

ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em: 17 out. 2014.

SILVA, José Afonso da. O ser das regras, das normas e dos princípios constitucionais. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio/jun. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011. p. 363-380.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 17 out. 2014.