

SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO TRADICIONAL ANTE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PÓS-POSITIVISMO: UMA NOVA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Pedro Accioly de Sá Peixoto Neto[†]

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar o processo de superação do positivismo tradicional frente a crescente importância da proteção dos direitos fundamentais, como uma conquista do pós-guerra. Buscará analisar, também uma melhor conformação da interpretação jurídica constitucional moderna, condizente com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Trazendo luz para uma análise lógica da estrutura interpretativa do ordenamento jurídico devidamente conformado com o respeito aos valores constitucionais alçados pelo constituinte brasileiro de 1988, a condição de direitos fundamentais da pessoa humana que vinculam o intérprete do direito, que deverá utilizar-se da ponderação, com as balizas da razoabilidade e da proporcionalidade num equilíbrio entre legalidade, eficácia social e correção material.

Palavras-chave: Pós-positivismo. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Interpretação jurídica.

Sumário: Introdução. 1. Breve evolução do pensamento da proteção aos direitos fundamentais. 2. A crise do positivismo jurídico e os direitos da pessoa humana. 3. A interpretação jurídica

[†] Advogado. Professor assistente mestre da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), onde leciona Direito da Reforma Agrária, Direito Agrário e Ambiental. Especialista em Direito Constitucional (CESMAC). Maceió, Alagoas, Brasil. E-mail: peaccioly@gmail.com.

conforme a dignidade da pessoa humana. 4. Conclusão. 5. Referências.

INTRODUÇÃO



evolução da sociedade, com conseqüente amadurecimento de suas relações, fez com que os indivíduos sentissem, paulatinamente, a necessidade de uma abdição de parte de sua liberdade em troca da aquisição de segurança mais efetiva, não mais baseada na lei do mais forte em detrimento do mais fraco. Surge assim, aos poucos, um sistema de normas impositivas, fundadas em valores relevantes àquela sociedade, o que gradativamente tem evoluído na direção de resguardar os direitos da pessoa humana.

Com isso, forma-se um processo adaptativo, fonte primeira para uma adequação do ser humano as adversidades do meio, mola mestre para o grande sucesso evolucionário da espécie humana e de suas sociedades, com todas as peculiaridades culturais e jurídicas, uma vez que “[...] vida em sociedade já constitui um processo de adaptação humana”¹, além de garantir que as ações sociais adquiram uma maior estabilidade, noção fundamental para compreender a relevância na proteção dos direitos mais basilares da pessoa humana e de sua evolução, conseqüentemente influenciando na forma de interpretar o campo jurídico.

Há que considerar, também, que na construção de tais valores de maior respeito aos direitos individuais, não é possível deixar de verificar a grande influência da cristandade na formação do pensamento jurídico do ocidente, tornando este um verdadeiro pilar de sustentação de todo o modelo civilizatório no plano sócio-jurídico ocidental, considerado como “um ponto

¹ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 16.

de inflexão no mundo antigo”². Com isso há consequências diretas e indiretas na construção normativa e interpretativa dos instrumentos jurídicos protetores dos diversos direitos fundamentais da pessoa humana e da forma de aplicá-los.

A influência deste paradigma é tão forte que, juntamente com o vigeno mestre doutrinário racional cientificista europeu – evolucionismo de Darwin, positivismo de Comte, darwinismo social de Spencer etc. –, apesar de todas as anomalias que os acometeram, formaram verdadeiramente as bases constitutivas da ciência jurídica que, com suas lições de erros e acertos construíram gradativamente o ideário da busca de uma sociedade sempre mais solidária e fraterna, permitindo que a dignidade da pessoa humana tenha alçado o patamar de um dos fundamentos constitucionais de países como o Brasil de forma explícita através do art. 1º, III da Constituição de 1988 (CF/1988).

Compreender, então, a interpretação do direito na atualidade mostra-se um desafio, notadamente com o elemento integrador do mínimo existencial, como integrante do superprincípio da dignidade da pessoa humana. Mas é, principalmente, quando atinge certos direitos sociais relevantes na ordem constitucional, a exemplo da saúde via garantia constitucional do fornecimento de medicamentos e tratamentos de alta complexidade, frente ao processo crescente e da evolução dos tratamentos de saúde de última geração e as possibilidades limitadas orçamentárias, que atinge seu ápice, em especial, em momentos de crises econômicas globais e do uso tradicional da interpretação positivista.

1. BREVE EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

²BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, jul./set. 2000, p. 160.

Na eterna busca de uma maior harmonia, as sociedades modernas combateram os governos despóticos, abalando os fundamentos das monarquias absolutistas, culminando com a eclosão de movimentos revolucionários populares e com apoio das classes monetariamente bem aquinhoadas, mas sem poder decisório – a exemplo da burguesia europeia nascente –, que não mais satisfeitos com o tratamento desigual empregado aos indivíduos, derrubaram grandes regimes monarquistas absolutistas, chegando muitas vezes a causar uma verdadeira quebra de paradigma político-jurídico com a ordem vigente antecessora³.

Nesta linha, não se pode deixar de fazer menção à Revolução Francesa, cujo “slogan” “Igualdade, Liberdade e Fraternidade” ecoa até os dias hodiernos, expressando-se por meio de um sistema positivado legal ocidental que, “obrigatoriamente”, tem acolhido em seu seio tais preceitos, seja de forma expressa ou atualmente implícita via principiologia constitucional, adquirindo grande importância como valores maiores da ordem jurídica, alcançando tal relevo que a doutrina clássica tem se posicionado no sentido de que:

Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. È graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.⁴

³ Disto decorre em parte, a ideia de que os limites da nova constituição devem ser ilimitados, haja visto que cada nova constituinte significa um novo Estado que surge, mas que não poderá afrontar os direitos da pessoa humana, sob pena de ocasionar uma violação aos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos a que muitos países são signatários, causando sanções no plano internacional. Pois, tais direitos tão basilares integram um rol mínimo, que não devem ser suprimidos, representando um verdadeiro marco civilizatório moderno.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25.ed. São Paulo:

Também, para ser possível uma melhor compreensão da proteção dos direitos fundamentais sob o prisma no novo modelo interpretativo pós-positivista, faz-se necessário refletir no plano do processo evolutivo da valorização destes direitos, sempre dentro da melhor conformação diante da Constituição, para adequação ao ideário do mínimo existencial e sua modulação diante da dignidade da pessoa humana. Tais considerações conduzem ao entendimento, segundo a boa doutrina, de que:

O conteúdo normativo do direito fundamental do mínimo existencial é modulado à luz das circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal, tendo em conta sempre os novos valores que são incorporados constantemente ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana a cada avanço civilizatório. Para a conformação contemporânea do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, imprescindível a noção da abertura material do rol dos direitos fundamentais, que guarda sintonia com a concepção da historicidade dos direitos humanos e fundamentais, no sentido de que a humanidade caminha permanentemente na direção da ampliação do universo de direitos fundamentais, de modo a assegurar um maior nível de tutela e promoção da pessoa individual e coletivamente considerada.⁵

Inicialmente é de se notar que, a partir de inúmeras e incansáveis lutas por parte dos reivindicantes comandados pela burguesia emergente, detentora de um considerável poder

Malheiros, 2010, p. 288.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre/RS: Livraria do advogado editora, 2010, p. 29.

econômico mas desprovida de poder político, por vezes negligenciada pela realeza que a considerava mera fonte de tributos, num modelo de Estado Patrimonialista que confundia o patrimônio público com o do rei, que o empregava para suas atitudes despóticas, florescendo, paulatinamente, a idéia da limitação do poder do Estado em um primeiro momento, com reflexos diretos, também, na tutela dos direitos mais essenciais, mas que ainda pelas enormes limitações tecnológicas não se vislumbrava na sua plenitude a dignidade da pessoa humana.

Emerge, assim, o ideário de que o processo de luta popular, através da opção política do cidadão, fará com que haja a criação de um arcabouço legislativo composto por um conjunto de textos normativos devidamente positivados e capazes de garantir a proteção dos diversos interesses individuais e coletivos, cujo ápice encontrar-se-á no topo da pirâmide do ordenamento jurídico, a que denominamos de Constituição, cuja supremacia é a base para todo o restante do ordenamento, ou melhor, uma “norma suprema fundamental”⁶, onde se constata em 1776 na *Declaration of Rights*, do Estado da Virgínia, “[...] os primeiros indícios do constitucionalismo[...]”⁷, e os conhecidos como contratos de colonização de 1620.

Atinge-se a máxima expressão deste processo de constitucionalização nascente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, por meio da Revolução Francesa, sendo considerada como um verdadeiro marco civilizatório, cujo “slogan” ecoa através das décadas futuras como um verdadeiro símbolo de combate à tirania e à injustiça social. Criam-se, assim, as bases para uma melhor compreensão do papel de determinados direitos na vida em sociedade, bem como da

⁶ CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodium, 2008, p. 30.

⁷ CINTRA, Weiler Jorge; CINTRA, Évelyn. O Constitucionalismo nas novas comunidades diante do fenômeno da globalização. *Revista de Direito*, Goiânia/GO, nº. 20, jan.-dez. 2000, p. 196.

necessidade da limitação do poder Estatal e de sua melhor conformação diante de valores jurídicos com “ares” supremos (liberdade, igualdade e fraternidade), inspirando, também, mecanismos futuros da segurança jurídica e do combate do arbítrio dos governantes que deveriam ser conformados ao real interesse público e sua indisponibilidade.

Em um segundo momento, este movimento sócio político exigiu o dever de constar na Constituição, não somente limitações expressas ao poder do Estado, mas também a proteção dos direitos fundamentais, visando salvaguardar os direitos básicos da população, protegendo-a de atitudes despóticas de seus representantes. Isto trouxe a ascensão de determinados direitos, ditos fundamentais, por sua imensa importância para a nova sociedade, nascedouro pós-revoluções constitucionalistas, o que também influenciou gradativamente a forma de vislumbrar o papel do direito ante a complexidade da pessoa humana, e ante ao Estado e a sociedade, criando-se o embrião do futuro respeito à dignidade da pessoa humana, como baliza mestre da sociedade.

Nesta linha, a ideia da limitação e delimitação do poder Estatal numa *Lei Mater* já era preconizada desde a Grécia Antiga, com as ideias aristotélicas e platônicas, mas somente foi adquirido à duras penas pela luta contra as monarquias absolutistas e pela efetivação dos direitos objetivos, o que não foi diferente de outras grandes conquistas da história do direito, pois “o caminho percorrido pelo direito em busca de tais conquistas, muitas vezes está assinalado por torrentes de sangue, sempre pelos direitos subjetivos pisoteados”⁸.

Este caminho trouxe para o seio jurídico uma construção de ideários maiores que não podem ser feridos, sob pena de atentar contra a própria estabilidade do ordenamento jurídico, em cujas bases estariam alicerçadas na Constituição, e esta

⁸ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 29.

teria nos direitos fundamentais a própria razão de ser da vida numa sociedade civilizada ao modo ocidental e influenciado por ideários da própria cristandade – liberdade, solidariedade, igualdade etc. –, tais balizas seriam de grande relevância para melhor conformação e compreensão do direito fundado na pessoa humana, razão de ser do direito moderno.

Assim, surge então a ideia de que o povo, via representação parlamentar, poderia elaborar leis que, fundadas nos valores da sociedade, pudessem garantir um conviver mais harmônico entre os diversos integrantes desta, onde o ordenamento jurídico servisse para reduzir os níveis de conflituosidade a índices toleráveis e o cidadão tivesse a oportunidade de participar das leis via escolha de representantes (parlamentares).

Dentro destas escolhas, com o passar compreendeu-se o papel de limitar alterações legislativas que viessem a suprimir certos valores da ordem jurídica, em especial quando tratar-se de ofensa aos direitos fundamentais, que estão intimamente relacionados com as necessidades humanas basilares, inclusive como se vê quanto à inserção das cláusulas pétreas constitucionais – exemplo do art. 60, § 4º da CF/1988 –, uma significativa evolução quanto ao dever fundamental do Estado de proteger este rol mínimo de direitos, muito caros para as civilizações modernas e para o desenvolvimento econômico e social em balizas sustentáveis.

Tais limitações ao poder de legislar decorrem, inclusive, de certas particularidades que justificam medidas jurídicas protetivas mais eficientes e eficazes no plano fático jurídico e social. No entanto, não há de se negar que o parlamento se legitimava fundado na publicidade dos debates, apesar de durante algum tempo somente a burguesia e a ex-nobreza poderem ser votadas e votarem, gerando uma uniformidade social. O que em Estados mais desiguais, a exemplo do Brasil, causaram sérias sequelas na forma de interpretar o direito, em especial quando tratasse de relações que envolvessem direta ou indire-

tamente a Administração pública, ocasionando verdadeiras teratologias jurídicas com cristalino prejuízo inclusive na credibilidade do direito.

Neste prisma, vale recordar a lúcida posição da doutrina que destaca, ao analisar parte da história do direito no Brasil, que:

[...] de um lado, permitia o “favor”, o “clientelismo” e a cooptação; de outro, introduziria uma cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental. Além de seus aspectos conservadores, individualistas, antipopulares e não-democráticos, o liberalismo brasileiro deve ser visto igualmente por seu profundo traço “juridicista”. Naturalmente, a adequação esdrúxula de concepções ideológicas distintas, internalizadas a um cenário autoritário e excludente, acabou gerando a especificidade de um “liberalismo-conservador” também nas formas tradicionais de controle social. Ora, enquanto o ideário conservador exalta a tradição, a hierarquia, a formalidade normativa e a distinção social, o liberalismo faz a defesa do equilíbrio, da conciliação, da ordem sem conflito, da isenção de valores e da individualidade.⁹

Mesmo diante deste complexo processo, que criava óbice para uma melhor conformação distributiva dos diversos estratos da sociedade, foi gradualmente sendo superado com a compreensão de que, para uma melhor legitimação social das leis ante as reais necessidades de pacificação social, fazia-se necessário uma melhor distribuição dos representantes do povo, o que trouxe gradualmente a tona fundamentos de um futuro direito à proteção da pessoa humana e de seu desenvolvimento integrado na ordem jurídica.

⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 98-9.

Concentrando, assim, o parlamento um grande poder decisório, pois este tinha a atribuição de elaborar as leis. Havia, portanto, uma divisão do poder estatal nas mãos da famosa tripartição de Montesquieu (Executivo, Legislativo e Judiciário). Esta divisão de competências evitava que ocorresse uma concentração demasiada de poder nas mãos de poucos, típico dos regimes monárquicos falidos de outrora. Tais repartições também tiveram sua importância para a proteção dos direitos da pessoa humana, que poderia contar com mais instâncias decisórias sobre os seus direitos, permitindo assim que o indivíduo possa, quando tiver seu direito violado, buscar o último dos bastiões, o Poder Judiciário.

Neste raciocínio vale destaque para a doutrina que tem mencionado como motivo do sucesso e vitória destes ideários de constitucionalismo, em virtude de que estes tem pelo menos inserido no âmbito social uma legitimidade pela soberania popular da vontade nacional via poder constituinte; pela limitação do poder, evitando a sua concentração (repartição de competências) e pela adoção dos valores que representam as conquistas da Humanidade ao longo das eras¹⁰.

Tais considerações, no modelo jurídico brasileiro, apresentam a possibilidade de um ente responsável pela decisão final das contendas dentro do arcabouço legal, devidamente construído pelos representantes do povo no parlamento, via juridicização que confere ao Poder Judiciário a palavra final, devidamente conformada ao ordenamento jurídico elaborado pelos representantes do povo, em homenagem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF/1988). Assim, evita-se o que ocorria em Roma durante o período clássico, em que o indivíduo não poderia demandar o Estado judi-

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo). In: *Caderno de soluções constitucionais 1*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 156-7.

cialmente somente resolvendo suas contendas com recursos administrativos¹¹.

Finalmente, com a delimitação do poder Estatal e a garantia dos direitos fundamentais expressos nas Constituições contemporâneas, cria-se o ambiente propício para o surgimento de uma maior valoração dos direitos da pessoa humana, como verdadeiro elemento integrador do ideário do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. O que necessariamente não ocorreu de pronto, mas de forma gradativa, principalmente, quanto aos retrocessos impostos por regimes de exceção. No Brasil se deu na sua história mais recente com a adoção do regime ditatorial de 1964.

A este respeito vale mencionar a posição da doutrina que relata que, durante esta fase jurídica nacional, foi um período em que se tinham muitos direitos fundamentais tutelados na ordem jurídica brasileira, mas que efetivamente eram desrespeitados com frequência, a título de exemplo pode-se mencionar que:

Novamente se repetiria a discrepância tantas vezes denunciada na história do país, entre o que afirmava o texto constitucional e o que sucederia na prática. O artigo 150 da Constituição assegurava o recurso ao Poder Judiciário em casos de lesão de direito individual, a plena liberdade de consciência, a liberdade de manifestação de pensamento, de convicção política e filosófica. No entanto, muitos cidadãos foram presos e submetidos a inquéritos militares por suas convicções políticas e filosóficas, em nome da segurança nacional, sendo-lhes vedado o recurso ao Judiciário. A Constituição autorizava a publicação de jornais e periódicos, independentemente de licença de autoridade, não sendo tolerada

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 139.

a propaganda de guerra, nem subversão da ordem, nem preconceito de raça ou de classe. Mas várias publicações foram apreendidas e suspensas sob alegação de subversão. Editores foram presos e a censura restabelecida.¹²

Também é de se notar que, após graves problemas oriundos da ascensão ao poder de regimes ditatórias de cunho xenofóbicos causadores de perseguições que, amparados por um regime positivado extremado da época, abalaram profundamente seus alicerces, sendo a fonte geradora da crise do direito do pós-nazismo-fascismo demonstrando claramente que o regime positivado, dominante extremado não se mostrava apto sozinho para regular de maneira efetiva e segura as relações entre o Estado e seus cidadãos. Com isso e surgir uma nova fase de compreensão do direito, ou melhor, de jurisdição constitucional, não sendo mais aceitável um ordenamento jurídico alheio a valores éticos¹³.

Nesta linha, a doutrina alemã tem firmado posição de que esta segunda fase de desenvolvimento histórico da jurisdição constitucional, que teve início depois de 1945, ocorreu por diversas razões, em especial pelo fato de que: “[...] não é nenhuma coincidência, porque a recusa dos Estados totalitários ou autoritários na Europa à construção de Estados constitucionais democráticos direcionou a atenção para a possibilidade de uma jurisdição constitucional conformada como de costume”¹⁴. Complementa ainda que “[...] no velho continente, a “hora es-

¹² COSTA, Emília Viotti da. *STF: O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2.ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 169.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo). In: *Caderno de soluções constitucionais 1*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 169.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. A jurisdição constitucional na fase atual de desenvolvimento do Estado Constitucional. *Revista de direito administrativo*. São Paulo, v. 244, jan./abr. 2007, p. 212.

telar” da jurisdição constitucional autônoma então começa”¹⁵.

Esta crise fez com que surgisse uma reabilitação dos valores maiores da ordem jurídica, denominados de princípios constitucionais, visando proteger os interesses da sociedade em detrimento dos interesses de governantes, notadamente com a construção de um pensamento jurídico fundado em níveis de bem-estar social mínimos a toda pessoa humana. O que ocorreu de forma gradativa, conduzindo-os ao “centro do sistema”, com superação da mera visão restrita, que não teriam eficácia ou aplicabilidade no campo jurídico, pois os consideravam meramente em sua dimensão axiológica, para lograrem a categorias jurídicas, que seriam de princípios e regras¹⁶.

Tais níveis servem de parâmetro para a compreensão de todo o ordenamento jurídico. Devido à complexidade da sociedade moderna, não se pode continuar em tudo a empregar uma hermenêutica limitada ao clássico modelo positivista. Pois, como ressalta a doutrina:

O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.¹⁷

Deve-se, também, recordar a nobre distinção entre as diversas funções que os princípios podem ter no processo de compreensão do ordenamento jurídico atual. A este respeito é de frisar a lúcida posição de PAULO ROBERTO LYRIO PI-

¹⁵ *Ibid.*, p. 212.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 279.

¹⁷ *Ibid.*, p. 275.

MENTA de que:

No sistema jurídico pode-se identificar várias modalidades de princípios, com formulações e funções distintas, atuando no processo de produção normativa, de interpretação, aplicação e integração. Os princípios jurídicos podem apresentar os mesmos tipos de eficácia interpretativa, integrativa e argumentativa.¹⁸

Esta distinção doutrinária, da posição dos princípios, é muito relevante, pois estes se relacionam com diversos direitos fundamentais, tendo lugar de destaque no ordenamento jurídico, adquirindo ares de verdadeiros valores nucleares criando, inclusive, obrigações impositivas para o Estado, que não significa um direito de legislar ao magistrado ou gestor público, mas sim um dever de interpretar os instrumentos legais sempre condizentes com estes princípios jurídicos constitucionais, em especial, quando estiverem relacionados ao atendimento das diversas esferas que integram a dignidade da pessoa humana.

Neste plano fático, é de se verificar que o grande avanço tecnológico e científico do século passado possibilitou, também, maiores desafios à hermenêutica, principalmente frente às exigências da superação das desigualdades históricas de países menos igualitários, a exemplo do Brasil. O que trás a tona certas características e necessidades próprias, exigindo uma aplicação e interpretação da ordem jurídica vigente sob a lupa dos princípios constitucionais, que nada mais servem que para facilitar uma interpretação sempre de forma coerente ante a Carta Política de 1988.

Esta mudança, na forma de ver o direito com a utilização de valores, guarda íntima relação com o direito ao próprio de-

¹⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Sobre a eficácia das regras, dos fatos e dos princípios jurídicos. In: DIDIER Jr., Fredie; EHRHARDT Jr., Marcos (coords.). *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 507.

envolvimento da pessoa, um verdadeiro elemento integrador do mínimo existencial, em homenagem, também, ao atendimento dos objetivos fundamentais da ordem jurídica brasileira na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF/1988), que tem sempre como foco a proteção da pessoa humana nos seus valores mais caros.

2 A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO E OS DIREITOS DA PESSOA HUMANA

Apesar da crescente crise que assola o positivismo jurídico, em um primeiro momento é inegável a colaboração das normas positivadas para a substituição do antigo “absolutismo” dogmático canônico, predominante na Idade Média, onde o direito natural sobrepõe-se ao direito positivo por considerá-lo como recorda a doutrina: “como a lei escrita por Deus no coração dos homens”, afirmando-se ainda que: “*Jus naturalle est quod in Lege et in Evangelio continetur*” (“o direito natural é aquele contida na lei mosaica do Velho testamento e no Evangelho”) ¹⁹.

Também vale frisar que por muito tempo tinha-se a lei apenas como forma de cobrança, ou seja, obrigações que nem sempre guardavam relação de proporção e razoabilidade, atendendo mais aos interesses do poder vigente que no efetivo interesse da sociedade. A doutrina tem recordado sob tais considerações que:

O ponto de vista tradicional tinha por efeito a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas sobretudo de obrigações, a começar pela obrigação da obediência às leis, isto é, às ordens do soberano. Os códigos morais e jurídicos foram, ao longo dos séculos, desde os Dez Mandamentos até as Doze Tá-

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Tradução: PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995, p. 25.

buas, conjuntos de regras imperativas que estabelecem obrigações para os indivíduos, não direitos.²⁰

Aquino irá associar a lei à razão, entendida esta última como uma faculdade que ordena a ação e a reflexão humanas com vistas à realização de um fim. A lei, portanto, passa a ser uma ordenação da razão com vistas a alcançar o bem comum, estabelecida e promulgada por aquele a quem compete dirigir a comunidade. Sendo Deus o príncipe da comunidade universal, a primeira lei, “lei eterna”, é uma prescrição da razão divina, que regula tudo que existe, sujeitando o mundo à Providência Divina.²¹

Esta relação entre as leis e a vontade divina, trouxe várias consequências para a forma de ver o direito, inclusive trazendo valores que foram gradativamente incorporados ao ordenamento e à forma de interpretá-lo. Nesta óptica, vale a lembrança de que importantes princípios jurídicos na atualidade têm sua origem nestes valores morais, a exemplo pode ser destacado o da dignidade da pessoa humana, que decorre do mandamento balizar cristão do respeito ao próximo²².

Assim, surge um repensar nas ideias jurídicas vigentes à época, caindo à visão teocrática do direito e surgindo um racionalismo antropocêntrico, que fez o ser humano repensar suas relações com o Estado e com as outras pessoas. Nasceram, assim, as bases para a derrocada dos regimes absolutistas – que se utilizavam da falsa idéia de que sua autoridade provinha de

²⁰BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova Ed. Tradução: COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004, p. 114.

²¹ OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. Direito Subjetivo - Bases Escolásticas dos Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo/SP, v. 14, n 41, out. 1999, p. 32-3.

²² BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do nosso modelo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 250.

Deus –, criando as bases para a construção de um constitucionalismo normativista, que exigia não somente a limitação do poder do Estado, como também, posteriormente, a proteção dos direitos fundamentais claramente expressos no texto constitucional.

Não se pode negar, também, a grande importância do positivismo jurídico que surge como uma grande inovação no pensamento jurídico, influenciado por ideários do racionalismo cientificista, pois como recorda a doutrina italiana:

O apelo a Kelsen serve para indicar o resultado extremo a que pode conduzir um direito reduzido a um universo de normas e sanções; é um universo bem pobre, que corre o risco de flutuar sobre a sociedade ou até, perversamente, forçá-la e condená-la nos seus desenvolvimentos vitais. É necessário, ao contrário, insistir sobre o direito como ordenamento.²³

Neste prisma, há de se verificar que do ponto de vista histórico-jurídico, o tradicional positivismo desempenhou um papel fundamental para a superação do arbítrio, inclusive com suas técnicas interpretativas com destaque para a subsunção, que busca amoldar os fatos dentro da norma jurídica empregando, também, a interpretação gramatical e até literal como tão bem utilizada no direito tributário, mas já sendo superada ante os direitos fundamentais dos contribuintes. Isto tem sido gradativamente repensado pela doutrina, já vislumbrando-se que:

[...] o direito tributário deverá ser visto como um meio não somente para garantir o custeio da máquina pública, mas principalmente como elemento necessário – ou melhor imprescindível – para efetivação dos direitos e garantias fundamentais

²³GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de RI Jr., Arno Dal. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 72-3.

dos cidadãos, inclusive os que por suas características até isonômicas serão considerados não fiscalmente capazes.²⁴

Este repensar do direito ante a nova ordem constitucional, na busca da superação do modelo clássico positivista, tem profundas alterações na forma da compreensão jurídica, pois como bem recorda parte da doutrina:

Segundo o pensamento positivista clássico, princípio não era considerado norma; quando muito, fórmula integradora do sistema ou critério de hermenêutica. O pós-positivismo logrou trazer os princípios à sua atual configuração: espécie de norma jurídica, ao lado das regras. Os princípios passaram a ser detentores de densidade normativa suficiente para reger diretamente as relações intersubjetivas.²⁵

Busca-se, então, alternativas para melhor analisar este ordenamento à luz dos princípios constitucionais, que funcionam como um instrumento de grande importância na efetivação dos direitos fundamentais da pessoa, com reflexos no direito ao desenvolvimento no âmbito do mínimo existencial, atuando como um verdadeiro filtro constitucional do ordenamento jurídico positivo. Assim, fazendo com que: “a valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproxima-

²⁴ PEIXOTO NETO, Pedro Accioly de; VIEIRA, Petterson Luís de Lima Silva. Das formas de exclusão do crédito tributário: a isenção à luz dos direitos fundamentais dos contribuintes. *Revista dos Estudantes de direito da UNB*, Brasília, v. 10, 2012, p. 269.

²⁵FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walcott. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 15, n. 2, maio/ago. 2010, p. 293.

ção entre direito e ética”²⁶.

Então, a sociedade resgata os princípios constitucionais como uma forma de colocar freios a uma interpretação do ordenamento jurídico positivado em desconformidade aos valores constitucionais. O qual passa a ser interpretado com base nos padrões axiológicos e com isso tenta-se superar a perda crescente da legitimidade Estatal com fundamento na supremacia da Constituição e de uma hermenêutica condizente com a tutela dos direitos fundamentais, considerando ainda que há patamares de proteção que devem ser preservados, pois integram o interesse público e sua indisponibilidade na busca da preservação ao direito do desenvolvimento da pessoa humana, e em especial aos menos aquinhoados monetariamente.

Assim, afasta-se gradualmente o direito da prisão de um formalismo exacerbado para a busca de uma interpretação que seja coerente com a proteção da pessoa humana que, neste novo repensar jurídico pós-positivista, deverá, como foco do direito, ser sempre a tutela dos direitos fundamentais e até, também, como limitadores das próprias escolhas políticas da Administração pública, principalmente, em países de maior tradição de governos autoritários e por vezes com altos níveis de corrupção.

Nesta óptica ocorre, inclusive, a redefinição de supraprincípios clássicos. Assim, vê-se que:

a definição do que é o *interesse público*, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses *metaindividuais* consti-

²⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Melhoramentos, 2005, p. 279.

tucionalmente consagrados;²⁷ (*grifo no original*)

Vale destacar também, que:

[...] no juspublicismo pós-positivista importantes transformações alteram a anterior compreensão dos princípios jurídicos. Os princípios passam a ser vistos como normas-valores com maior positividade nas Constituições do que nos Códigos; assumem a posição de normas de eficácia suprema; e ainda, termina o confronto princípio *versus* norma, entendida esta como gênero, do qual os princípios são espécies, ao lado das regras.²⁸ (*grifo no original*)

Em um segundo momento, como já abordado anteriormente, a subida ao poder pelos regimes ditatoriais, demonstrou que este tipo de sistema positivista extremado, por si só, não é suficiente para resguardar os diversos patamares de proteção da dignidade da pessoa humana, principalmente nos dias atuais, tendo em vista as crescentes pressões do mercado capitalista que exige o enxugamento das contas públicas em detrimento dos direitos adquiridos, principalmente no campo da seguridade social, da saúde e da educação, entre outros.

Mas, como forma de impedir o desrespeito a estes valores fundamentais, sempre quando tratasse destes, quaisquer restrições devem ser interpretadas de forma restrita e nunca extensiva, na melhor técnica interpretativa conforme se depreende da Lei Maior, valendo verificar que a doutrina tem lembrado que:

O conceito de interpretação conforme a constituição não parece ser encarado como algo pro-

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7.

²⁸ ABREU, Célia Barbosa. A perspectiva histórica e a evolução dos princípios no direito. In: MELLO, C M.; FRAGA, Thelma. *Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói/RJ: Impetus, 2004, p. 9.

blemático pela doutrina brasileira e também pela doutrina de outros países. De uma forma geral, quando se fala em interpretação conforme a constituição, quer-se com isso dizer que, quando há mais de uma interpretação possível para um dispositivo legal, deve ser dada preferência àquela que seja conforme a constituição. Duas são as versões desse entendimento que são mais frequentemente citadas, uma jurisprudencial e outra doutrinária.²⁹

Também, estes princípios contribuem para aprimorar a atuação da Administração pública, que deixa de ser vista como uma grande máquina burocrática, para atuar de forma mais proativa na consecução do real interesse da sociedade, qual seja a tutela e a efetivação dos direitos fundamentais. Isto leva ao pensamento da doutrina italiana que consignou como: “[...] aquilo que deveria ser um tipo de organização realista e de eficiência administrativa terminará por ser mecanismo de funcionamento baseado em regras ultrapassadas no tempo e apoiado em critérios de autodefesa e de autopropetuação desligados do contexto vivo da ação e das diretrizes do Governo”³⁰.

Desse modo, também, o modelo positivista extremado já não mais se adéqua à proteção dos direitos coletivos ligados ao meio ambiente que, como direito fundamental, goza de uma tutela jurídica especial. Inclusive já devidamente suscitado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que desde o MS 22.164/DF, consagrou-se na jurisprudência constitucional brasileira, o direito fundamental ao meio ambiente, fazendo com que seja possível, conforme PATRYCK DE ARAÚJO AYALA, visualizar que:

²⁹SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*. São Paulo/SP, v. 2, n. 1, jan./jun. 2006, p. 192.

³⁰PASTORI, Giorgio. Administração Pública. In: BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de política*. 12.ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004, p. 14, v. 1. .

[...] o direito fundamental ao meio ambiente não encerra apenas uma perspectiva de pretensões, mas materializa, também, a proteção de valores indisponíveis e, sobretudo, de poderes de titularidade coletiva, atribuída a toda a sociedade. Reconhece – a decisão – a consagração de um complexo conteúdo para o princípio da solidariedade, agora não mais sob uma ótica de destinatários e beneficiários, mas de titulares de poderes e prerrogativas.³¹

No entanto, a mudança da forma de interpretar o direito, procura na perspectiva pós-positivista a realização de uma verdadeira “releitura” jurídica, que buscará uma integração entre esta leitura com os princípios fundamentais, alçando estes valores como elementares, sejam na construção como no processo de aplicação, o que permite que adquira uma dinâmica aberta e com caráter ampliativo, que melhor se adéqua ao processo de interpretação dos direitos fundamentais, pois estes princípios fundamentais são ilimitados e susceptíveis aos movimentos ampliativos de seu escopo de tutela no decorrer do tempo, que se conforma com o momento histórico³².

Também não se poderá crer na total derrocada do modelo tradicional positivista, pois este continua a ter um papel importante na resolução de uma série de problemas no seio da sociedade, inclusive trazendo a “boa e velha” segurança jurídica. No entanto, não é suficiente para solucionar todas as questões complexas. Esta posição nos servirá de alerta para evitar a tão

³¹AYALA, Patrick de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental no Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 411.

³²SILVA FILHO, Edson Vieira da. Os direitos fundamentais a partir de uma perspectiva pós-moderna e neoconstitucionalista: uma abordagem feita no paradigma do Estado Democrático e Direito do Brasil contemporâneo. *Revista da faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, n. 17, 2011, p. 66, 69.

danosa banalização da principiologia constitucional. O que leva a refletir sobre a lição de LUÍS ROBERTO BARROSO:

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico.³³

Neste sentido, o modelo jurídico tradicional do positivismo vem perdendo, gradualmente, força diante do reconhecimento dos juristas do papel fundamental que a Constituição de 1988 trouxe, refundando o modelo de Estado Brasileiro que, como Estado Democrático de Direito – cujo constituinte originário para não deixar dúvidas de qual modelo interpretativo melhor se adequaria a nova ordem jurídica –, insere o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Brasileiro (art. 1º, III da CF/1988), trazendo também à tona o direito ao desenvolvimento integral da pessoa, como

³³BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (Triunfo tardio do direito constitucional do Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 212-13.

essencial para combater as imensas desigualdades sociais, vedando a supressão de direitos relativos ao atendimento das necessidades humanas básicas.

3. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana, por ser um princípio fundamental claramente expresso na Constituição de 1988, tem sido empregado para a proteção de todos os cidadãos, mas é no que se refere a certos direitos basilares, com claras repercussões de ordem social e econômica, que adquire maior relevo. Tal valor tem sido utilizado como o de maior importância na interpretação do arcabouço legal brasileiro, na busca de proteger os interesses *lato sensu* e *stricto sensu* da pessoa humana frente aos interesses conflitantes, seja do mercado ou até dos administradores públicos.

Este superprincípio constitucional tem sido considerado um verdadeiro paradigma civilizatório para o mundo ocidental, pois com a derrocada dos regimes totalitários expuseram-se todas as mazelas do antigo regime jurídico positivista extremo, da exclusão de indivíduos e até de certos estratos sociais, ficando clara a importância para as sociedades ocidentais da criação de uma cultura jurídica que valorizasse mais a pessoa humana, colocando-a num posto de destaque, ou seja, no ápice do ordenamento jurídico.

No plano comparado, a doutrina portuguesa já tem reconhecido a ideia de unidade do sistema jurídico dos direitos fundamentais, noção muito relevante para a compreensão do processo de interpretação jurídica mais condizente com os valores constitucionais maiores da ordem vigente. A este respeito vale frisar que há:

[...] uma unidade de sentido jurídico-constitucionalmente fundada no domínio dos direi-

tos fundamentais, isto é, pela possibilidade de uma construção normativa coerente, capaz de integrar num quadro geral a interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais respectivos. Nesse sentido, pode afirmar-se que os direitos fundamentais constituem um *sistema* ou uma *ordem*.³⁴ (grifo no original)

A doutrina também tem constado a sua crescente importância na esfera judicial, quer seja no plano interno, quer seja no externo, o que demonstra a grande importância que tem alcançado o princípio da dignidade da pessoa humana, sempre figurando com grande capacidade de influenciar as decisões judiciais, tanto em sociedades mais igualitárias do norte, quanto às de maiores distorções. Nesta óptica vê-se que:

No terreno, judicial, no Brasil como no exterior, também em razão dessa multiplicidade e expansão de seus diferentes aspectos – agora o registro se faz em sentido positivo –, apesar de alguns tropeços e retrocessos, nenhum princípio tem merecido tanta reflexão e tamanho desenvolvimento quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, o que se evidencia manejando os repertórios de jurisprudência de algumas das mais importantes cortes constitucionais da atualidade – como as da Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, por exemplo –, que têm servido, ademais, como fonte de inspiração e paradigma para as suas congêneres de menor expressão.³⁵

Também a Constituição Portuguesa erigiu este valor

³⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 147.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 154.

maior da dignidade humana logo no artigo 1º, quando reconhece que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Esta escolha política do constituinte português, demonstra sua preocupação em posicionar este princípio como pedra angular do ordenamento constitucional. Tal escolha permite que a melhor doutrina de J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA afirme que:

A articulação destas três dimensões – a dignidade como *dimensão intrínseca* do ser humano, a dignidade como dimensão aberta e carecedora de *prestações*, a dignidade como expressão de *reconhecimento* recíproco – explica muitas soluções normativo-constitucionais acolhidas na Constituição da República. É a dignidade do ser humano entendida como um valor (bem) autônomo e específico que exige respeito e protecção, proibindo-se a pena de morte e a execução de pessoas, a tortura e tratos ou penas desumanas e degradantes, as práticas de escravidão, de servidão, de trabalho forçado e o tráfico de seres humanos.³⁶

De tal modo, buscou-se estudar com maior apreço os valores jurídicos numa visão mais integrada da ética e de uma moral condizente com a melhor protecção de direitos considerados imprescindíveis para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária, que não mais seria admitido o emprego de instrumentos jurídicos ditos “legais” para criar óbices ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, e que esta só pelo fato de ser pessoa já adquire um arcabouço de protecção mínima, sendo veementemente repudiadas pelas nações civilizadas

³⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.ed. V. 1.Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 199.

as afrontas a esta esfera mínima de direitos individuais e inalienáveis, o que inclusive tem servido como argumento para as intervenções militares de cunho humanitário no plano internacional das relações entre as nações.

Há ainda quem defenda que ocorreu uma mudança no entendimento do instituto jurídico da soberania dos povos nas suas escolhas políticas e até quicá jurídicas, não bastando a mera posição da maioria para fulminar certos direitos basilares da pessoa humana. Estes direitos encontram sua devida consonância no princípio mor da dignidade da pessoa humana, que os englobara de forma bastante eficaz e duradoura na gradativa construção desta nova forma de interpretação jurídica pós-positivista. Nesta linha vale frisar que:

Em síntese, Viena, dada a sua representatividade (compareceram 171 Estados, foram acreditadas 813 organizações não-governamentais, mobilizaram-se 2000 organizações não-governamentais no Fórum Paralelo das ONG's), afirmou os direitos humanos como tema global e, como tal, ingrediente da governabilidade dos Estados que o integram. Consagrou, assim, a legalidade da preocupação internacional com sua promoção e proteção. Ensejou, portanto, uma nova *vis directiva*, conferindo um conteúdo ético dos princípios representados pelos direitos humanos tem a viabilizá-la, politicamente – para reinterar o que já foi dito – a percepção generalizada das novas condições de governabilidade e de legitimidade num sistema internacional, caracterizado por polaridades indefinidas e que sendo moldado pela presença simultânea de duas lógicas – a da globalização e a da fragmentação. É nesse espaço político que o ponto de vista ético da humanidade está se tornando realizável, oferecendo possibilidades para limitar o subjetivismo das sobera-

nias defendido pela tradição realista que remonta a Maquiavel e Hobbes e para ir além dos interesses mais concretos dos Estados, que o modelo grociano explica.³⁷

Ocorre, também, que há um debate intenso sobre a existência, inclusive, de direitos humanos tidos como superiores que deveriam ser respeitados por todas as nações, o que causa certa perplexidade para os defensores do princípio da soberania tradicional, mas este debate também serve para um repensar no próprio modelo jurídico adotado na ordem internacional, e até no plano interno do Brasil, como se verifica com a inserção na Constituição de 1988, no art. 5º, §3º que considera a possibilidade de força de emenda constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados com quorum de emenda constitucional. Neste campo doutrinário moderno é de notar a lúcida posição da doutrina de JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, em que:

Nas controvérsias políticas atuais, o problema é que a retórica dos direitos humanos globalizados, ao mesmo tempo que exige a proibição de armas nucleares, da tortura ou do genocídio, pode também ser usada em benefício dos Estados mais bem-sucedidos economicamente e revelar um eurocentrismo ou norte-americanismo ético arrogante, quando não mero oportunismo e estratégias de dominação. Em outras palavras: se a ética do capitalismo democrático, circunstancialmente mais poderoso, pode impor seus padrões; é por que as regras que valem para uns não valem para outros.³⁸

³⁷LAFER, Celso. A soberania e os direitos humanos. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo/SP, n. 35, 1995, p. 147.

³⁸ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 176.

De todo modo, a construção de um modelo jurídico moderno, mas que não pode se afastar das grandes conquistas da ciência jurídica, com sua cientificidade e que busca sempre assegurar uma melhor estabilidade social, deve ser gradativamente compreendida sobre os grandes pilares dos direitos da pessoa humana, como verdadeiras conquistas das sociedades hodiernas que asseguram o próprio desenvolvimento da pessoa humana e a geração de riqueza e renda com bases sustentáveis.

Não se pode olvidar, também, os nobres ensinamentos construídos por décadas da doutrinação clássica, que demonstra a necessidade de uma análise sempre acurada dos próprios pressupostos que levam a natural incidência de uma norma jurídica diante do caso concreto, que não pode ser desprezada na busca da construção de um modelo jurídico que, assim como almeja uma melhor adequação a realidade fática da sociedade, não pode se afastar dos grandes pilares da hermenêutica jurídica os quais objetivam sempre salvaguardar a integridade do ordenamento jurídico uno e a estabilidade social alcançada, sempre diante da segurança jurídica e da proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana com sua automaticidade de incidência que as juridicizam.

De qualquer modo, uma vez que a dignidade da pessoa humana é inserida no ordenamento jurídico constitucional (art. 1º, III da CF de 1988) como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, esta adquire, sim, as características de um valor maior da ordem vigente e como tal gozará de imperatividade e incidência de forma automática, pois é de se refletir a douda lição da doutrina tradicional da ciência jurídica em que:

Assim, a automaticidade e a infalibilidade da incidência da norma jurídica nada mais significam que a sua obrigatoriedade. Atestada (= construída) a incidência pelo homem, e na medida em que ele atesta (= constrói), os efeitos produzidos pelo fato jurídico são obrigatórios. É relação intranormativa,

que se instala entre a hipótese e a tese. A incidência ocorreu no passado, mas todo o sentido dela é construído pelo intérprete no momento da aplicação; no presente.³⁹

Na verdade, deve ser observado que este princípio constitucional tem reflexos diretos na forma de interpretar o direito diante do caso concreto, pois há momentos em que a complexidade das demandas judiciais necessita de balizamentos para evitar que ocorra uma discricionariedade judicial sem nenhum fundamento jurídico razoável e aceitável, ou até uma decisão judicial que venha de encontro à tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana, visto que o magistrado diante destes não terá uma devida legitimidade para solucionar de forma bem coerente sem ultrapassar os limites do poder o qual se encontra investido. Desta maneira, terá que buscar uma melhor compreensão, pois:

No entendimento de Dworkin, não é uma boa solução, diante de um caso difícil, conferir liberdade ao juiz, afinal, este não tem legitimidade para ditar normas, muito menos retroativamente. Sendo assim, nos casos difíceis, o juiz deve recorrer aos princípios, cuja aplicação requer uma ponderação, posto que, como não há uma hierarquia entre tais *standards*, eles podem por vezes fundamentar decisões divergentes. Diante de um caso difícil cabe ao juiz ponderar os princípios, aplicando aquele que, no caso concreto, obviamente, tem maior peso ou importância. Pode-se dizer que o aspecto mais importante da crítica à tese da discricionariedade judicial, ou seja, ao modelo da função judicial positivista, tem seu núcleo no tema casos difíceis.⁴⁰

³⁹ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 53.

⁴⁰ CIOTOLA, Marcelo. Teoria da justiça: a crítica de Ronald Dworkin a

Por outro lado, algumas áreas do direito ainda se mostram resistentes a esta mudança na forma de interpretar o sistema jurídico, sendo, inclusive, pouco permeáveis a estas alterações. Entre estas alterações pode ser destacado o direito administrativo, que tradicionalmente sempre foi afeito ao formalismo jurídico, como uma herança do modelo burocrático que, apesar de importante, já se mostra bastante desgastado para atender as complexas demandas da sociedade da informação globalizada. Como já discutido anteriormente, a dignidade da pessoa humana tem sempre prioridade como integrante do interesse público primário, assim como sua respectiva indisponibilidade.

Estas mudanças de paradigmas fazem parte do processo evolutivo das sociedades desde os seus primórdios, não podendo a interpretação jurídica ficar estacionada no tempo e no espaço, sob pena de tornar o direito uma verdadeira “estatua”, totalmente distante da realidade social, com consequente perda de legitimidade e comprometimento de uma de suas funções mais caras, qual seja, a manutenção dos níveis de conflituosidade em padrões aceitáveis. Vale, nesta linha, mencionar a posição da doutrina, que ressalta: “as sociedades dependem das mudanças, que pressupõem uma acentuada capacidade de adaptação para fazer frente às exigências quotidianamente colocadas perante os seus membros”⁴¹.

Mas é necessário que se anteveja que os direitos fundamentais, em especial os sociais, devem ser observados sob uma óptica diferenciada, pois deve o administrador público compreender que estes são necessários como razão de ser da própria existência de um Estado Democrático de Direito, que se fundamenta na tutela da dignidade da pessoa humana, como prin-

Michael Walzer. In: VIEIRA, José Ribas (org.). *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 127.

⁴¹ ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Sociedade e cultura em evolução*. Campinas: Edicamp, 2004, p. 130.

cípio nuclear da ordem jurídica. Isto permite recordar a lição de que:

Os direitos fundamentais sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *por meio do* Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. O Estado, por meio de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.⁴²

Ocorre, pois, que o superprincípio da dignidade da pessoa humana deve ser sempre aplicado, não só nas resoluções de conflitos, mas, primordialmente, na esfera administrativa, que ainda no Brasil se nega a cumprir certos direitos sociais com reflexo direto neste valor constitucional. Nesta linha, vale recordar a aplicação sistemática da Administração pública para negar a concessão de certos medicamentos e/ou tratamentos de saúde ao administrado, recorrendo à denominada reserva do possível para justificar o não atendimento dos comandos constitucionais.

Neste sentido, vale frisar que a reserva do possível, de tão utilizada pela Administração pública para justificar sua omissão adquiriu, segundo a doutrina, verdadeiro “ares” de princípio. Mas é de se notar que:

Tal princípio, porém, não deve ser aludido pela Administração Pública, sempre que esta não possa atender à demanda exigida pela sociedade,

⁴² KRELL. Andreas Joaquim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília/DF, n. 144, out./dez. 1999, p. 240.

uma vez que inevitavelmente tal postura atinge, de forma negativa, o princípio da dignidade da pessoa humana.⁴³

Com isso pode-se vislumbrar que, no Brasil, que passou por uma fase ditatorial recente, ainda alguns ramos do Direito mostram-se renitentes em aceitar esta mudança na forma de interpretação jurídica, que apesar de não ser perfeita, se adéqua melhor para solucionar problemas mais complexos e que exigem uma forma de raciocínio hermenêutico distinto do positivismo clássico. No entanto, isto não quer dizer uma total extinção do modelo tradicional, pois ele também apresenta construções lógicas jurídicas respeitáveis e por vezes até necessárias na busca da estabilidade e da segurança jurídica.

Seja como for, não se pode esquecer o fato de que ainda há recalitrância do Estado, em especial das procuradorias, em utilizar-se de forma mais destemida da dignidade da pessoa humana para fundamentação de seus pareceres, devendo-se ao fato de que certamente, como imperou no Brasil um modelo autoritário por muito tempo, a supremacia do interesse público sobre o privado foi sempre interpretado em prol da Administração pública, o que nem sempre se conformaria com perfeição à indisponibilidade do interesse público primário, que guarda íntima relação com a proteção dos direitos fundamentais, notadamente, a dignidade da pessoa humana nas suas mais diversas esferas de atuação. Isto quer dizer que, na melhor interpretação conforme a Magna Carta de 1988, deverá sempre o intérprete atentar para o fato de que:

[...] dentre várias exegeses possíveis de determinado enunciado normativo, deve o intérprete, desde logo, excluir aqueles que o tornem incompa-

⁴³ PEIXOTO NETO, Pedro Accioly de Sá; ACCIOLY, Nadja Valéria da Corrente Campos. Sentido e amplitude da reserva do possível em matéria de saúde. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro/RJ, v. 19, n. 34, ago. 2012, p. 164.

tível com os ditames da Lei Maior. Assim, ele autoriza o exegeta a preterir uma interpretação mais evidente do texto, em benefício de outra, menos óbvia, sempre que a primeira revelar-se em descompasso com a Constituição, e a segunda não importar em violência à letra do ato normativo sob exame.⁴⁴

Vale lembrar, no entanto, que não se podem esquecer certas contribuições do positivismo para a superação de algumas mazelas jurídicas dos regimes monarquistas absolutistas, pois o elemento principiológico da legalidade tem importante aplicação na proteção também dos direitos do administrado, mas precisa ser sempre conformado com os direitos fundamentais, quer sejam os de natureza individual, quer seja os coletivos – a exemplo do direito ao meio ambiente sadio –, que colaboram para a noção de segurança jurídica da sociedade, além de combater o arbítrio Estatal. O que vale frisar a posição da doutrina tradicional de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO em que:

[...] o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.⁴⁵

⁴⁴BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 67.

⁴⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 98.

Por outro lado, há de se considerar que o modelo jurídico fundado na dignidade da pessoa humana, como valor maior da ordem jurídica, ainda se encontra em construção, pois não se pode admitir que já esteja totalmente terminado como o positivismo tradicional, devendo ainda passar por todas as provas de fogo, inclusive, por vezes, pelos abusos interpretativos que causam mais insegurança e instabilidade que benefícios ao sistema jurídico. Devendo, assim, ser objeto de estudo sempre acurado do jurista moderno que, com seu arsenal de cultura jurídica sólida e interdisciplinar, poderá colaborar de forma mais efetiva para sua compreensão diante dos grandes desafios da sociedade brasileira da informação e globalizada.

A doutrina tem se posicionado no sentido de que, como solução para possíveis problemas interpretativos, inclusive para colisões entre direitos fundamentais, poderá ser realizada o emprego de técnicas fundadas na proporcionalidade, razoabilidade e ponderação principiológica para solucionar tais problemas. Sob tal óptica, deve-se atentar que:

O emprego da proporcionalidade busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela de outro. Neste sentido, ele é de especial importância no campo dos direitos fundamentais, como fórmula de limitação de medidas que restrinjam estes direitos. Um dos seus objetivos, como o nome já revela, é a busca de uma justa e adequada “proporção” entre os interesses em pugna. Por isso, a aplicação do princípio da proporcionalidade exige a realização de ponderações minuciosas e devidamente motivadas, nas quais se torna fundamental a atenção sobre as particularidades da situação concreta sob análise.⁴⁶

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*:

Todavia, também deverá ser considerado o princípio da solidariedade (art. 3º, I da CF/1988), pois este desempenha papel relevante na busca de uma melhor distribuição das responsabilidades, isto é, dos deveres que cada indivíduo tem para com seu semelhante, sem causar uma sobrecarga de responsabilidades sobre um único indivíduo, mas sim harmonizando os papéis diante dos compromissos impostos pela Carta Maior de 1988. O que leva a novos rumos da cidadania, pois:

A nova cidadania nasce sob o signo da solidariedade. Os direitos de 3ª geração – voltados para a proteção dos interesses difusos e coletivos – plasmam novo modelo de cidadão: o cidadão que se preocupa com a qualidade de vida e a dignidade da população, mas que não abre mão de seu espaço privado e das garantias constitucionais que o cercam.⁴⁷

Por fim, a interpretação jurídica conforme o valor da dignidade da pessoa humana, não excluirá outros princípios, pois estes outros valores constitucionais também contribuem para a manutenção da unidade constitucional, que não deverá jamais perder tal prisma sistemático integrado. Do contrário causaria mais problemas que soluções, além de gerar grande incerteza e insegurança jurídica, com reflexos até no desenvolvimento econômico nacional. Sendo verdade que, sob esta égide constitucional, principalmente o administrador público, tem o dever fundamental de atendimento aos comandos constitucionais principiológicos, pois:

A Constituição, porém, não só é fonte direta de habilitação de competências administrativas, funcionando também como *critério imediato da tomada*

anuário 2004/2005. V. I, Tomo II. Porto Alegre/RS: Livraria do advogado, 2006, p. 62.

⁴⁷SARMENTO, George. Novos rumos da cidadania brasileira *Revista do Ministério Público/Alagoas*. Maceió/AL, n. 3, jan./jun. 2000, p. 70.

de decisões pelo administrador. Neste aspecto, evidencia-se a constitucionalização do direito administrativo, numa clara limitação dos espaços discricionários da Administração Pública, que se devem pautar não apenas pela finalidade legal, como também pelos fins constitucionais.

O administrador público, por seu turno, é valorizado, pois se torna um aplicador direto da Constituição e não apenas da lei, como tradicionalmente concebido. Assim, por exemplo, diante de uma determinada tomada de decisão discricionária, deverá ter preferência a alternativa que melhor atenda aos princípios da moralidade ou da eficiência (art. 37, *caput*), podendo ser ainda necessário que tais princípios sejam ponderados, o que esvazia significativamente o espaço de conveniência e oportunidade administrativas.⁴⁸ (*grifo no original*)

Neste particular, vale a nobre lição de DENNIS LLOYD:

[...] o direito não pode ser considerado ou corretamente entendido separadamente dos objetivos que almeja atingir, ainda que tais objetivos possam ser transitórios e variáveis, e não absolutos *sub specie aeternitatis*. Por conseguinte, o jurista precisa lidar com o sistema de valores inerentes à sua sociedade e enfrentar os numerosos problemas que surgem no desenvolvimento do sistema legal como mecanismo para a realização da justiça no âmbito desse sistema de valores.⁴⁹

No entanto, é necessário que ocorra sempre a ponderação

⁴⁸BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 131.

⁴⁹LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. 2.ed. Trad. CABRAL, Álvaro. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 136.

principiológica que, com suas devidas limitações hermenêuticas, serve para manter a unidade do sistema jurídico, combatendo os abusos que causam insegurança ao sistema, inclusive esta tem sido uma crítica de parte da doutrina, quando da aplicação de forma extremada, de uma principiológica da dignidade da pessoa humana que a tudo tenta justificar, num processo de banalização que não condiz com os preceitos constitucionais, mas são resultados de uma má compreensão da ciência do Direito e do próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana. Neste ínterim, não se pode deixar de fazer menção a nobre posição da doutrina de UADI LAMMÊGO BULOS:

Supervalorizaram tanto as normas-princípio, que elas passaram a ser mais importantes do que as normas em geral. E, como tudo virou princípio, muitos juízes deixam de aplicar as normas jurídicas, em nome de ilações e mais ilações, transformando conjecturas em certezas, probabilidades em axiomas, deturpando a grande importância que os princípios, verdadeiramente, possuem. A legalidade, a moralidade, a isonomia, o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana, a proibição ao confisco, dentre tantos outros pórticos importantíssimos, estão sendo banalizados, pois, pelos escritos “neoconstitucionalistas”, tudo acaba sendo princípio.⁵⁰

Desta maneira, haverá a baliza mestre da dignidade da pessoa humana que, com toda a sua carga de eficácia normativa constitucional, contribuirá para solucionar casos de grande complexidade, muitas vezes até verdadeiras mudanças de paradigmas jurídicos na busca da construção de uma sociedade mais justa e solidária.

A dignidade da pessoa humana é um verdadeiro marco

⁵⁰BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 86-7.

no processo de interpretação jurídica moderna, notadamente frente ao novo paradigma da solidariedade que deve reger as relações jurídicas de um Estado que erigiu aquela como um dos objetivos da República Democrática do Brasil. No entanto, não se pode incorrer incorremos num processo de banalização que desacredita este valor maior e que é conquista das sociedades modernas, na qual o desenvolvimento da pessoa deverá sempre ser um ideário a ser seguido pela ciência do Direito.

4. CONCLUSÃO

O processo de constitucionalização que vem ocorrendo nos últimos tempos, na direção de superar a grande insegurança jurídica provocada pelo aumento crescente do número de leis – muitas das quais com expresso desrespeito a preceitos constitucionais já bem consagrados–, aliado á inadequação do sistema positivado ortodoxo em atender á redução dos níveis de conflituosidade, tem gerado até mesmo um repensar no papel do Poder Judiciário como “guardião do bem estar social”, cabendo a este retirar do ordenamento jurídico o que não condizer com este ideal de justiça social, deixando de ser mero executor das leis, para ser um intérprete zeloso do bem da coletividade.

Neste ínterim, os princípios constitucionais vêm desempenhando um papel muito importante no processo de logicidade do ordenamento jurídico positivo, deixando de serem meros coadjuvantes para tornarem-se normas fundamentais capazes de atuarem como excelentes filtros para a eliminação, não somente das antinomínias e lacunas jurídicas, mas com toda a sua carga eficaz inspiradora, integradora e interpretativa da ordem constitucional.

Assim, caberá ao Poder Judiciário como fiel guardião da Justiça e dos seus valores, aplicar o rigor do ordenamento jurídico para assegurar o cumprimento de uma interpretação sempre condizente com o princípio da dignidade da pessoa huma-

na, afastando os abusos da Administração pública e sua omissão ante ao atendimento do ideário do mínimo existencial.

Por conseguinte, em especial, esta nova forma de interpretar o direito – tendo como foco a tutela dos direitos fundamentais de 3º Geração –, requer a utilização da técnica da ponderação principiológica, o que permite ao jurista refletir de forma coerente dentro do ordenamento, visando uma melhor adequação ou logicidade, via processo de verdadeiro instrumento ou mandado de otimização, sem olvidar, também, que este repensar fundado em valores maiores do ordenamento – muitos dos quais elementos de estruturação do direito pátrio –, é uma nova forma de compreender o próprio fenômeno normativo diante da grande complexidade e desafios do direito no século XXI.

Em suma, pode-se afirmar de forma categórica que a interpretação jurídica pós-positivista melhor se adéqua à realidade da sociedade moderna, pois o núcleo essencial da ordem jurídica brasileira se funda no superprincípio da dignidade da pessoa humana, como fica claro na escolha do constituinte originário ao erigir aquela como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Neste prisma, vale afirmar a lição de que: “o paradigma atual retrata a busca por uma aplicação mais justa do direito, exercendo o intérprete um trabalho de permanente construção jurídica, de modo que o homem (enquanto sujeito de direito) protagonize todas as atenções do sistema jurídico”⁵¹.

No entanto, não significa fulminar a legalidade, mas, sim, trazer nova luz e cientificidade adequada, tanto para garantir uma adequada estabilidade, quanto a uma segurança jurídica em conformidade com os direitos fundamentais. Afastando, também, as posições extremadas, que trazer mais danos que solução para o caso concreto complexo, e que podem levar

⁵¹DUARTE, Hugo Garcez. Legitimidade e direito: análise sob o viés pós-positivista. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 2, jul./dez. 2011, p. 131.

ao arbítrio desmedido e a um verdadeiro caos hermenêutico de consequências imprevisíveis para a sensação de segurança que o Direito deve garantir à sociedade.

Sendo assim, é a partir destas constatações, que o jurista deve lutar para a implementação da garantia de uma interpretação sempre condizente com os direitos fundamentais nos diversos campos jurídicos, seja via inspiradora para a elaboração de um ordenamento jurídico que os ampare, seja através de ações afirmativas de políticas públicas que já contenham em seu arcabouço legal o valor maior da dignidade da pessoa humana, dentro do atendimento de um mínimo existencial que possa expressar os bens mais valiosos de uma sociedade moderna, assentada num modelo de Estado Democrático de Direito, cujo princípio da solidariedade em conjunto com o da dignidade representam verdadeiras normas nucleares do Estado Brasileiro, na busca da conquista de uma sociedade mais justa, livre e solidária (art. 3º, III da CF/1988).

Portanto, na busca da superação do modelo positivista clássico ante os direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana, deverá o intérprete atentar para o fato de que a melhor solução será sempre a busca de uma ponderação na qual ocorra um equilíbrio entre legalidade, eficácia social e correção material, sendo um verdadeiro desafio a ser alcançado para que ocorra o pleno atendimento dos comandos constitucionais diante das balizas da razoabilidade e da proporcionalidade.



5. REFERÊNCIAS

- ABREU, Célia Barbosa. A perspectiva histórica e a evolução dos princípios no direito. In: MELLO, C M.; FRAGA, Thelma. *Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói/RJ: Impetus, 2004, p. 2-29.
- ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional* (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Sociedade e cultura em evolução*. Campinas: Edicamp, 2004.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- AYALA, Patrick de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental no Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 395-454.
- BARBOSA, Erivaldo Moreira. *Direito Constitucional: uma abordagem histórico-crítica*. São Paulo: WVC Editora, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 159-188, jul./set. 2000.
- _____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo). In: *Caderno de soluções constitucionais 1*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 150-184.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O

- começo da história: a nova interpretação constitucional dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Melhoramentos, 2005, p. 271-316.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (Triunfo tardio do direito constitucional do Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-249.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do nosso modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Tradução e notas de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; Rodrigues, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *A era dos direitos*. Nova Ed. Tradução de COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19/07/2012.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.ed. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CINTRA, Weiler Jorge; CINTRA, Évelyn. O Constitucionalismo nas novas comunidades diante do fenômeno da globalização. *Revista de Direito*. Goiânia/GO, nº. 20, p. 195-204, jan.-dez. 2000.
- CIOTOLA, Marcelo. Teoria da justiça: a crítica de Ronald Dworkin a Michael Walzer. In: VIEIRA, José Ribas (org.). *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 123-161.
- COSTA, Emília Viotti da. *STF: O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2.ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006.
- CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodium, 2008.
- DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade*. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- DUARTE, Hugo Garcez. Legitimidade e direito: análise sob o viés pós-positivista. *Prisma Jurídico*. São Paulo, v. 10, n. 2, p. 489-510, jul./dez. 2011.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. *Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v. 15, n. 2, p. 288-305, maio/ago. 2010.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de RI Jr., Arno Dal. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- HÄBERLE, Peter. A jurisdição constitucional na fase atual de desenvolvimento do Estado Constitucional. *Revista de direito administrativo*. São Paulo, v. 244, p. 208-230, jan./abr. 2007.

- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- KRELL, Andreas Joaquim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.
- LAFER, Celso. A soberania e os direitos humanos. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo, n. 35, p. 137-148, 1995.
- LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. 2.ed. Trad. CABRAL, Álvaro. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. Direito Subjetivo - Bases Escolásticas dos Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 14, n. 41, p. 31-44, out. 1999.
- PASTORI, Giorgio. Administração Pública. In: BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de política*. 12.ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004, p. 11-17, v. 1.
- PEIXOTO NETO, Pedro Accioly de; VIEIRA, Petterson Luís de Lima Silva. Das formas de exclusão do crédito tributário: a isenção à luz dos direitos fundamentais dos contribuintes. *Revista dos Estudantes de direito da UNB*, Brasília, V. 10, p. 253-274, 2012.

; ACCIOLY, Nadja Valé-

- ria da Corrente Campos. Sentido e amplitude da reserva do possível em matéria de saúde. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 163-172, ago. 2012.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Sobre a eficácia das regras, dos fatos e dos princípios jurídicos. In: DIDIER Jr., Freddie; EHRHARDT Jr., Marcos (coords.). *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 499-507.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. V. I, Tomo II. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 29-69.
- SARMENTO, George. Novos rumos da cidadania brasileira *Revista do Ministério Público/Alagoas*, Maceió, n. 3, p. 67-80, jan./jun. 2000.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, jan./jun. 2006, p. 191-210.
- SILVA FILHO, Edson Vieira da. Os direitos fundamentais a partir de uma perspectiva pós-moderna e neoconstitucionalista: uma abordagem feita no paradigma do Estado Democrático e Direito do Brasil contemporâneo. *Revista da faculdade de Direito de são Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, n. 17, 2011, p. 52-70.
- SILVEIRA NETO, Honorio. *Direito Constitucional (Com elementos de Teoria do Estado)*. São Paulo: Max Limonad, 1970.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In:

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010, p. 11-38.