

**NOTAS SOBRE O PÓS-POSITIVISMO E
A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA
FICHA LIMPA**

BRUNO DA FONTOURA MEDINA

NOTAS SOBRE O PÓS-POSITIVISMO E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA

Bruno da Fontoura Medina¹

RESUMO

Este artigo se propõe a tratar da ascensão da doutrina do pós-positivismo e seus fundamentos no contexto do Direito Constitucional Brasileiro examinando as características e funcionalidades das regras e dos princípios jurídicos dentro de uma nova perspectiva de interpretação constitucional. Nesse sentido, procura-se explicar o que é a técnica jurídica de decisão judicial, comumente denominada de técnica da ponderação, empregada pelo intérprete para resolver o impasse normativo e dar uma resposta ao caso concreto. Em complementação, é realizada uma análise da decisão de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 16/2/2012.

Palavras-Chave: Pós-positivismo. Interpretação constitucional. Ponderação. Regras e Princípios. Ficha Limpa.

ABSTRACT

This article intends to check the rise of post-positivism doctrine and its fundamentals in Brazilian circumstances constitutional law by studying the characteristics and features of the rules and the legal principles in a new perspective of constitutional interpretation. This way, the article intends to explain what is the court decision, commonly called weighting of rules and legal principles used by the judge to solve a problem and give an answer to the hard case. As a complement, there is an analysis of the decision about an answer given by the Supreme Court in February, 16th 2012.

Keywords: Pós-positivism. Rules and legal principles. Constitutional Law. Supreme Court.

¹ Mestre em Direito – área de concentração em Direitos Humanos – e bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Inspetor da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. brmedina@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O momento por que passa a sociedade brasileira nestes primeiros anos de novo século é de profundas transformações sociais, econômicas e políticas, e, conjuntamente a isso, o direito também sofre um processo de modificação em relação ao modelo de interpretação constitucional.

O Supremo Tribunal Federal tem, recorrentemente, tratado de assuntos de repercussão que afetam em grande medida a sociedade e seu desenvolvimento, como a decisão em 2011 de que casais homossexuais podem formar união estável com os direitos e deveres a ela inerentes. Também, recentemente, declarou a constitucionalidade da Lei Complementar 135, de 2010, a denominada Lei da Ficha Limpa.

Essas decisões são fruto de processo de racionalização de um modelo de interpretação constitucional baseado em regras e princípios jurídicos, em que se buscou permitir a realização do que está contido no texto constitucional.

Esse processo se apoia num novo paradigma de interpretação constitucional que se constitui na aplicação de uma fórmula para realizar a vontade da Constituição, uma vez que somente o positivismo jurídico, por meio do método clássico da subsunção baseada na aplicação das regras jurídicas, já não é mais suficiente para dizer o Direito. Nesse sentido, essa perspectiva pós-positivista baseada principalmente em princípios é responsável pela formação de um novo método, de uma moderna hermenêutica constitucional (BARROSO, 2001).

Assim, no final do século passado, começa a faltar espaço para o Direito em uma concepção pura do positivismo jurídico,

como um sistema cuja pretensão era a de criar uma ciência jurídica com características similares às das ciências exatas e naturais. Isso propiciou o desenvolvimento de uma aproximação entre o Direito e os valores da sociedade. Desse modo, vislumbra-se o Direito formado não somente por regras jurídicas, como pregara o positivismo. O novo modo de interpretação jurídica é formado por regras, princípios e valores, configurando-se numa interpretação aberta do Direito Constitucional moderno (BARROSO, 2001).

Esse Constitucionalismo moderno, por sua vez, também chamado de pós-positivismo, sustenta uma concepção harmônica do ordenamento com os valores filosóficos da comunidade. Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso explica que,

Migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da redeva de justiça (BARROSO, 2001. p. 19-20).

Os princípios sempre estiveram presentes na ordem jurídica. No entanto, o positivismo clássico não permitia o seu

crescimento porque buscava a objetividade científica como meio de solução de questões jurídicas, baseadas em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, diferentemente dos juízos de valor, que importam na tomada de uma posição diante da realidade (BARROSO, BARCELLOS, 2004).

A ascensão dos princípios no mundo jurídico ocorreu em razão do começo da decadência do positivismo no século passado, historicamente associado ao fracasso dos regimes fascista e nazista na Itália e na Alemanha, respectivamente. Essas concepções políticas ascenderam ao poder dentro de um estado de legalidade, e, em nome dela, cometeram as mais diversas barbáries em desrespeito à dignidade da pessoa humana.

A decadência política do positivismo jurídico criou um ambiente propício para o desenvolvimento de um novo Direito, que não pode mais ser compreendido sem uma interpretação jurídica baseada na ética, nos valores da comunidade e nos princípios assentados na Constituição, o que não significa “desprezo ou abandono do método clássico [...], nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico” (BARROSO; BARCELLOS, 2004, p. 177).

No entanto, há doutrina que critica esse novo modelo de interpretação constitucional calcado na existência de um constitucionalismo moderno. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p. 106) identifica o pós-positivismo como um “neoconstitucionalismo à brasileira”, cuja doutrina se coloca numa posição de redescoberta do Direito Constitucional Brasileiro haja vista a perspectiva atual de uma Constituição pós-moderna, sendo que qualquer interpretação diversa deve ser

vista como positivista e, necessariamente, ruim.

Nessa perspectiva, o preceito neoconstitucionalista é simples e não traz quaisquer inovações jurídicas; seria uma ideologia travestida cientificamente para justificar e dar a aparência de honestidade ao ativismo judicial (FERREIRA FILHO, 2010).

Nesse particular, Elival da Silva Ramos critica o fenômeno do ativismo judicial, considerando-o como tão amplo que não consegue se filiar a um sistema jurídico específico, ainda que se mostre próximo dos sistemas constitucionais. Afirma que o ativismo judicial deve ser compreendido como

O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza subjetiva (conflitos normativos). Há [...] uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem em desnaturalização da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. [...] O fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo (RAMOS, 2010, p. 129).

Em que pesem as críticas a esse novo modelo de interpretação do Direito, o mais importante e fundamental é o reconhecimento do caráter normativo que os princípios carregam, conquistando o *status* de norma jurídica dentro do sistema, não podendo mais serem considerados somente como orientações sem eficácia jurídica ou aplicabilidade, o que não

significa, porém, que servirão de solução para todos os casos constitucionais.

2 AS REGRAS E OS PRINCÍPIOS NO PÓS-POSITIVISMO

Atualmente, a interpretação jurídica tem como certo e fundamental o entendimento de que as normas jurídicas se dividem em princípios e regras, especialmente as normas constitucionais, frequentemente com base no critério da generalidade. Em função desse critério, os princípios são dotados de um grau de generalidade bastante alto, ao contrário das regras, cujo grau é relativamente baixo (ALEXY, 2010).

A consideração dos princípios como normas constitucionais pertencentes ao sistema, diferentemente do positivismo clássico em que norma era sinônimo de regra jurídica, ampliou o campo de atuação do Direito Constitucional, uma vez que

A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, na qual as ideias de justiça e realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central (BARROSO, 2001, p. 21).

Foi no Direito Norte-Americano que a mudança de paradigma na interpretação constitucional sofreu maior influência, a partir de Ronald Dworkin, com a publicação de *Levando os direitos a sério*, em 1977. Com seus escritos, Dworkin tinha como finalidade atacar o positivismo jurídico

investigando a abertura do sistema, que permitia a utilização de princípios para solucionar casos concretos (ÁVILA, 2004).

No entendimento de Dworkin, as regras são aplicadas a partir de um modelo de tudo ou nada, em que a hipótese prescrita na regra é preenchida e a consequência atribuída, no sentido de que a regra é válida se a subsunção for perfeita, ou inválida quando o fato não se enquadrar nos requisitos preestabelecidos. Para Dworkin, a distinção entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas deve passar por um processo lógico, em que

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002, p. 39).

Os princípios, por outro lado, indicam uma orientação a ser seguida pelo intérprete que busca uma resposta para o caso concreto. Carregados de fundamentos éticos ou moldados a partir de uma decisão política, social ou economicamente relevante, os princípios permitem um maior campo de atuação para o intérprete, evitando, assim, engessamento do sistema jurídico (BARROSO, BARCELLOS, 2004). Nas palavras de Humberto Ávila:

Os princípios, [...], não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm funda-

mentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. [...], ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que esta perca sua validade (ÁVILA, 2004, p. 28).

As hipóteses de colisão entre princípios não determinam a validade ou a invalidade de um deles, razão pela qual não podem ser enquadrados num critério de tudo ou nada, como ocorre com as regras. Ao intérprete cabe utilizá-los como dispositivos de interpretação para solucionar o caso concreto, decidindo e fundamentando pela sua aplicação ou afastamento, produzindo a norma jurídica como resultado.

A partir das considerações de Dworkin, Robert Alexy aprofunda o exame da conceituação de princípios e apresenta uma estrutura normativa de direitos fundamentais, sendo a diferenciação, para aplicação dos princípios e das regras, a base para a formação de sua teoria dos direitos fundamentais e a chave para a solução de problemas relativos a esses direitos (ALEXY, 2011).

Para isso, Alexy divide as normas jurídicas em duas categorias distintas, tendo em vista que as regras contêm âmbito de possibilidades jurídicas e fáticas determinadas, ao contrário dos princípios de características abstratas e indetermináveis. Nesse sentido, cabe destacar as explicações de Virgílio Afonso da Silva:

Essa divisão não se baseia em critérios como

generalidade e especialidade da norma, mas em sua estrutura e forma de aplicação. Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. (SILVA, 2002, p. 25).

É necessário que se compreendam os princípios e as regras como condições qualitativas, considerando-se os princípios como deveres ou mandamentos de otimização, que se caracterizam por serem satisfeitos em graus variados, cuja aplicação depende das possibilidades fáticas e normativas (BARROSO, 2001).

As regras, diferentemente, devem ser entendidas como normas de determinação dentro do campo de ação do que é fático e normativamente possível e “sempre ou são satisfeitas ou não satisfeitas [...]. Isto significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio” (ALEXY, 2011, p. 91).

A colisão entre princípios, como salientado anteriormente, não pode ser resolvida a partir de um critério de validade ou invalidade. Ocorre que quando existe uma colisão entre princípios é necessário que o intérprete verifique qual dos princípios envolvidos no caso concreto tem maior importância e melhor satisfaz o interesse das partes. Isso não significa a existência de uma precedência absoluta entre princípios, mas sim a necessidade de realizar o afastamento de um para a perfeita aplicação de outro. Assim, explica Alexy que os interesses antagônicos devem ser resolvidos:

Por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro (ALEXY, 2011, p. 95-96).

Também é importante a contribuição de Canotilho acerca da distinção entre regras e princípios. A análise do supraconceito norma jurídica é uma tarefa complexa, tendo em vista alguns critérios apontados pelo autor, como o grau de abstração, que é maior entre os princípios, e o grau de determinabilidade, sendo os princípios mais vagos e indetermináveis, em contraste com a regra, que aponta para uma aplicação direta. Assim como a fundamentabilidade dentro do sistema de fontes do direito, os princípios fazem parte da estrutura desse sistema e representam papel fundamental devido à sua posição hierárquica, sobretudo os princípios constitucionais (CANOTILHO, 2002).

Um modelo de sistema constitucional, formado exclusivamente por regras jurídicas, não careceria de segurança jurídica. Porém, não deixaria espaço para o exercício da racionalidade prática pelo intérprete, já que seria um sistema legalista em que a regra jurídica aponta o único resultado possível quando incide, produzindo somente os efeitos por ela determinados. Diferentemente, um modelo somente de princípios

também não seria suficiente, em que pese a necessidade de um sistema constitucional aberto, porque implicaria falta de segurança jurídica (CANOTILHO, 2002).

A existência de um ordenamento jurídico que contemple a aplicação de princípios e de regras mostra-se deveras relevante no atual contexto constitucional, porque se faz necessário que o sistema seja aberto, não tão engessado pela objetividade das regras que não permitem um maior campo de atuação do intérprete e também não tão indeterminável e inseguro.

4 A PONDERAÇÃO E OS ELEMENTOS NORMATIVOS

O novo modelo de interpretação constitucional, apresentado pelo chamado pós-positivismo ou novo constitucionalismo, difere substancialmente do método clássico do positivismo legalista do século passado, que primava pela realização do direito somente por intermédio do mecanismo de subsunção da regra jurídica.

A atual dogmática de interpretação do Direito compreende a Constituição como um sistema de regras e princípios. Os princípios, por sua vez, deixam de possuir caráter meramente valorativo e passam a ser considerados como elementos normativos, assim como as regras, contrariando o que anteriormente se pensava deles: que não eram normas e por essa razão não teriam aplicação imediata, não podendo ser concebidos como elementos constitutivos do sistema, por causa da generalidade e do baixo peso-ético que carregavam (CANARIS, 1996).

Nesse contexto, os princípios representam um papel normativo dentro do sistema, propiciando ao intérprete maiores possibilidades de realização de justiça diante do caso concreto, aferindo o peso que cada princípio exerce sobre o fato, sobretudo se ele for de difícil solução. A interpretação do fato controverso se dará por meio da técnica da ponderação.

Nesse sentido, a ponderação é concebida como técnica jurídica de interpretação de elementos normativos cercados de conceitos axiológicos ou de opções políticas em tensão, e que são insuperáveis se somente aplicado o modelo hermenêutico tradicional (BARCELLOS, 2005).

Portanto, a ponderação é uma técnica de decisão jurídica que deve considerar a posição de relevância e a pertinência que o elemento normativo apresenta dentro do sistema quando do exame do caso concreto. Ela é um processo que deve atender a três etapas de realização para ser plenamente satisfatória.

O intérprete deve, num primeiro momento, identificar no ordenamento os elementos normativos (regras e princípios) que supostamente estão em conflito, quando verificar que os métodos tradicionais da hermenêutica de resolução de antinomias jurídicas não são suficientes para apresentar resposta adequada ao caso. Após, deverá fazer um exame dos fatos a fim de relacionar os elementos normativos com as circunstâncias do caso concreto e estabelecer (ou não) a aplicação desses elementos (BARCELLOS, 2005).

E uma vez identificados os elementos normativos e fáticos, cabe ao intérprete decidir. Sem dúvida é a etapa mais importante do processo de ponderação das normas jurídicas, pois é aqui que o intérprete deverá verificar a dimensão do peso normativo de

cada elemento e permitir maior incidência de alguns, afastando os demais (BARROSO; BARCELLOS, 2004, pp. 185-187). Assim, a ponderação não deve ser entendida como técnica de balanceamento para verificar somente a aplicação de princípios ao caso concreto, mas deve dar importância também às regras, porque é um método de verificação de normas jurídicas.

Importa ressaltar aqui a crítica de Humberto Ávila à técnica da ponderação (ÁVILA, 2004, p. 93). O autor aponta a inexistência de elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) e critérios específicos para realização do sopesamento, o que deve ocorrer por meio de um processo de separação dos elementos que são objetos do sopesamento, como os bens jurídicos, os interesses e os valores, de modo que o processo de ponderação seja estruturado. Essa identificação é importante, tendo em vista que a técnica da ponderação não fornece ao intérprete referências ou paradigmas para o processo de valoração.

Essa estrutura é formada também por três etapas, sendo a primeira delas chamada de preparação da ponderação em que o intérprete analisará os elementos e argumentos, exaustivamente, a fim de evitar a realização do processo sem indicação clara e precisa do que será objeto de sopesamento. Na segunda etapa, deve ocorrer a realização da ponderação, que implica na fundamentação da relação dos elementos que serão objeto de sopesamento – a prioridade entre um elemento e outro. E por fim, deve-se fazer a reconstrução da ponderação, em que o intérprete, por meio da elaboração de regras de relação dos elementos envolvidos no sopesamento, dará validade além do caso. É a decisão (ÁVILA, 2004).

Desse modo, percebe-se que técnica jurídica da ponderação é um método que se apresenta bastante relevante para a resolução de conflitos normativos que envolvam ou conflitos de regras ou colisões de princípios, principalmente nos casos em que as regras tradicionais da hermenêutica (literal, sistemática, histórica e teleológica) não são suficientemente satisfatórias para o exame e conclusão do caso concreto.

5 ANÁLISE DA DECISÃO DO STF NO CASO DA LEI DA FICHA LIMPA

Em 16/12/2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da chamada Lei da Ficha Limpa, a Lei Complementar 135, de 2010. Promulgada pelo Congresso Nacional estabelecendo, conforme previsão do parágrafo 9º do art. 14 da Constituição Federal², outros casos de inelegibilidade eleitoral, a referida Lei foi objeto de análise conjunta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADCs 29 e 30 – e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADI 4578.

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a Lei é constitucional, já valendo para eleições do corrente ano, e também retroativamente para atos e fatos anteriores aos de sua vigência, no que diz respeito à implementação das condições de inelegibilidade eleitoral.

A referida legislação, que deu nova redação à Lei

2 Verbis: Art. 14, § 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade, para exercício de mandato, considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994).

Complementar 64, de 1990, tem como finalidade estabelecer situações de inelegibilidade eleitoral (além dos casos já previstos na Constituição Federal), para proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, com base no princípio da moralidade política. O Supremo Tribunal Federal, ante o exame do caso, considerou constitucional que o cidadão condenado por órgão colegiado do Poder Judiciário se torne inelegível para cargo público pelo período de oito anos, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão³.

No entanto, o julgamento final realizado pelo Supremo Tribunal Federal apontou a divergência existente entre os ministros da Corte. Alguns se manifestaram no sentido da constitucionalidade do dispositivo, foram eles: o ministro Ayres Britto, o ministro Lewandowski, o ministro Joaquim Barbosa, o ministro Marco Aurélio, e as ministras Carmem Lúcia e Rosa Weber; já os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Cezar Peluso e Luiz Fux (Relator) assentaram o entendimento de que a Lei Complementar é inconstitucional.

Aqui será feita a análise de alguns desses votos, a fim de se verificar como foi aplicada a técnica da ponderação dos elementos normativos envolvidos no caso; de um lado, a regra da segurança jurídica (princípio da anterioridade no art. 16 da Constituição Federal, especificamente em relação às leis

³ Em que pese a Constituição estabelecer, no título dos direitos fundamentais (art. 5º, inc. LVII), verbis: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

modificativas do processo eleitoral⁴) e o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória; de outro lado, os princípios da moralidade e da probidade administrativa.

O ministro Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto pela constitucionalidade da Lei Complementar 135, de 2010, afirmou a necessidade de aplicação dos dispositivos da referida legislação, tendo em vista que o mandamento constitucional em análise (art. 14, parágrafo 9º) foi “aperfeiçoado para fazer frente às mais sofisticadas formas de corrupção que vem sendo forjadas nos últimos anos pelos homens políticos brasileiros, pela classe política brasileira”⁵.

Para o ministro, a Lei Complementar 135, de 2010, é a expressão da insatisfação da sociedade para com os políticos brasileiros, haja vista que somente a partir da mobilização da sociedade brasileira é que foi apresentado o projeto de lei complementar com o intuito de inclusão de hipóteses de inelegibilidade, além daquelas já prescritas pela Constituição Federal, para resguardar a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandando, isto é, a moralidade política. E sustenta seu entendimento acerca da constitucionalidade, criticando os divergentes, afirmando que:

As alegações de inconstitucionalidade dessa lei decorrem de uma interpretação limitada da Constituição Federal, que privilegia uma minoria de ocupantes de cargos eletivos em de-

4 Verbis: Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

5 DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal, ADC 29/DF. Relator: Luiz Fux. 16.2.2012

trimento da toda a sociedade que anseia pela moralização da política brasileira, para que não haja mais engodo do eleitorado, manipulações e falsas promessas, para que os eleitores comecem a ter a liberdade de escolha real, verdadeira. [...] Incumbe sempre dar prevalência à ótica interpretativa que privilegie a proteção dos interesses maiores de toda a coletividade, que afirme a probidade e a moralidade administrativas como valores superiores da nossa polis ⁶.

E firma o entendimento de que no mérito a Lei Complementar 135, de 2010, está em conformidade com a Constituição Federal, sobretudo no que diz respeito ao parágrafo 9º do art. 14, ponderando os princípios da presunção de inocência e da moralidade administrativa, dando maior peso a este último. Explica o ministro que,

Na ponderação entre os valores concernentes aos direitos políticos individuais e os valores referentes aos direitos políticos em sua dimensão coletiva, os primeiros devem ceder pontualmente em face de um princípio de maior envergadura constitucional que é a própria democracia e os seus mecanismos operativos⁷.

Em sentido contrário, os ministros que foram voto vencido demonstraram preocupação com a decisão de constitucionalidade da Lei à custa da violação de um direito fundamental do cidadão,

6 DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal, ADC 29/DF. Relator: Luiz Fux. 16.2.2012

7 DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal, ADC 29/DF. Relator: Luiz Fux. 16.2.2012

que é a presunção de inocência, a qual prescreve, no art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, bem como o princípio constitucional da segurança jurídica, assentado de modo genérico no art. 5º, XXXVI, em relação à violação do princípio da irretroatividade da Lei, e presente, de modo específico, no art. 16, assegurando uma *vacatio legis* estendida, permitindo a todos os seus destinatários a certeza quanto aos seus comandos e a previsibilidade das consequências a serem suportadas pelos seus atos.

Nesse sentido, em análise da Lei Complementar 135, de 2010, o ministro Dias Toffoli sustentou em seu voto a necessidade de consideração do princípio da presunção de inocência em face da regra que estabelece a inelegibilidade do cidadão a qualquer cargo público, em razão de condenação por órgão colegiado, mesmo que não tenha havido o trânsito em julgado.

No particular aspecto da condenação por órgão colegiado, afirma o ministro que

Trata-se de hipóteses proibitivas diversas em que se vedam a participação no pleito eleitoral daqueles que foram condenados pela suposta prática de ilícitos criminais, eleitorais ou administrativos, por órgãos judicantes colegiados, mesmo antes da atestação da definitividade do julgado. [...] A incidência das regras de inelegibilidade deve reclamar o caráter definitivo de julgamento das causas que lhe são antecedentes. O impedimento prematuro à candidatura cria instabilidade no campo da segurança jurídica, pois a causa de inelegibilidade despida de certeza pode provocar prejuízo irreversível ao direito

de candidatura⁸.

O que se verifica nesse caso é o afastamento de um direito fundamental estabelecido pelo Poder Constituinte para a aplicação de uma lei infraconstitucional, que se sustenta no princípio da proibição administrativa. Não se pode esquecer que as normas constitucionais constituem o fundamento de validade das outras normas, sobretudo as de hierarquia inferior, e que podem inclusive determinar ou orientar o conteúdo dessas normas (MENDES; BRANCO, 2011, p. 76).

Aqui, vislumbra-se que a decisão sobre a constitucionalidade pode também ser fundamentada com base no método clássico de interpretação sistemática da Constituição, sem enveredar o juiz necessariamente para o exercício da técnica jurídica de ponderação dos elementos normativos.

Na mesma linha de divergência do ministro Dias Toffoli, o ministro Gilmar Mendes registrou sua posição pela inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar 135, de 2010, por força da violação do princípio da presunção de inocência. Nas palavras do ministro, o Supremo Tribunal Federal não pode sofrer influência externa determinante para as suas decisões, e complementa que

O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contra-majoritário da Jurisdição Constitucional. [...] Sabemos que para temas complexos em geral, há sempre uma solução

⁸ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal, ADC29/DF, ADC/DF 20, ADI/DF 4578, Relator: Luiz Fux. 16.2. 2012

simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa. [...] Mas a missão desta Corte é aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o ethos de uma Corte Constitucional. [...] Não cabe a esta Corte fazer “relativizações” de princípios constitucionais visando atender ao anseio popular. É preciso garantir e efetivar tais princípios, fazendo valer sua força normativa vinculante, dando-lhes aplicação direta e imediata, ainda que isso seja contra a opinião momentânea de uma maioria popular⁹.

Eno que tange especificamente à relativização do princípio da presunção de inocência em face da Lei Complementar 135, de 2010, reforça o ministro Gilmar Mendes que

É completamente equivocado, portanto, utilizar “a vontade do povo” ou a “opinião pública” para se “relativizar” o princípio da presunção de inocência no âmbito do sistema de inelegibilidades do direito eleitoral. Não podemos proceder a uma tal “relativização” levando em conta uma suposta maioria popular momentânea que prega a moralização da política a custa um princípio tão caro à toda humanidade, que é o princípio da presunção de não-culpabilidade¹⁰.

Claro aqui é o entendimento do ministro Gilmar Mendes,

9 DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal, ADC29/DF, ADC/DF 20, ADI/DF 4578, Relator: Luiz Fux. 16.2. 2012

10 DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal, ADC29/DF, ADC/DF 20, ADI/DF 4578, Relator: Luiz Fux. 16.2. 2012

no sentido de que é errado ponderar um princípio de interesse coletivo; no presente caso, o da moralidade administrativa com o princípio de direito fundamental da presunção de inocência, não cabendo ao Supremo Tribunal Federal relativizar tais princípios a fim de atender a vontade popular. À Corte “é preciso garantir e efetivar tais princípios, fazendo valer sua força normativa vinculante, dando-lhes aplicação direta e imediata, ainda que isso seja contra a opinião momentânea de uma maioria popular”¹¹.

Nesse sentido, oportunas as lições de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. Tendo em vista as colaborações do jurista alemão sobre a função da Constituição, na mesma linha de raciocínio exposta pelo ministro Gilmar Mendes, aduz que “todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua observância revela-se incomoda” (HESSE, 1991, p. 21).

Para Hesse, o desenvolvimento satisfatório da força normativa da Constituição deve considerar os elementos sociais, políticos e econômicos, mas de modo algum permitir que por si só a realidade altere sua estrutura ou aquilo que é considerado como vontade da Constituição. Assim, importante destacar o seguinte:

Aquilo que é identificado como vontade da Constituição ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens

11 DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal, ADC29/DF, ADC/DF 20, ADI/DF 4578, Relator: Luiz Fux. 16.2. 2012

jutas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.’ Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, ‘malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado’ (BURCKHARDT apud HESSE, 1991, p. 22).

Nesse sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal, dando prevalência a um interesse coletivo, serve como exemplo de má utilização da ponderação, à margem de regras argumentativas e estruturadas para a fundamentação correta das decisões, além da falta de atenção e zelo a um direito fundamental que é necessário para o pleno desenvolvimento da cidadania. Na implementação desses critérios argumentativos não se faz tão relevante conhecer e saber utilizar essas categorias normativas, a começar por saber identificar se uma norma trata de regra ou de princípio.

A presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória, prevista no art. 5º, inc. LVII, não se enquadra em qualquer das definições de princípio que se adota. Não possui alto grau de generalidade e abstração nem deve ser aplicada em graus, pois não se trata de mandamento de otimização, como os princípios (ALEXY, 2010, p. 90), assim como também não enuncia um fim a ser perseguido pela prescrição de um comportamento (AVÍLA, 2004, p. 89). É uma regra precisa quanto à sua determinação: ninguém será

considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença.

No caso da decisão sobre a constitucionalidade da Lei Complementar 135, de 2010, a regra válida (de âmbito de aplicação determinado) de direito fundamental da presunção de inocência teve sua incidência afastada por força do princípio (abstrato e geral) da moralidade administrativa. No entanto, em que pese o caráter normativo dos princípios dentro do sistema constitucional brasileiro, o conflito entre regras deve ser resolvido com base em uma regra de exceção ou por declaração de invalidade de ao menos de uma das regras (ALEXY, 2010, p. 92).

Quanto aos princípios, em caso de colisão, não existe declaração de invalidade, mas uma precedência de um em face do outro, mediante outras condições. É uma questão de atribuição de peso, e não de validade (ALEXY, 2010). A aplicação da regra, por força de sua determinabilidade, implica certeza, em segurança jurídica, uma vez que se a regra tem validade, então deve ser perfectibilizado aquilo que ela prescreve. Por sua vez, o princípio, em razão de seu caráter de generalidade e de abstração jurídica, carece de segurança jurídica, pois sua realização depende de outras possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2010, p. 90-91).

Quanto à Lei Complementar 135, de 2010, e a decisão pela sua constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, ao ponderar a regra com o princípio inverteu o valor dos bens constitucionais do direito fundamental de presunção de inocência e o princípio da moralidade administrativa. O direito fundamental da presunção de inocência (que se fundamenta num valor maior, o da liberdade) foi preterido em função de uma

norma abstrata e indeterminável.

Embora sejam necessárias alterações substanciais na estrutura política brasileira, sobretudo em relação ao modo como ocorrem os processos eleitorais, esta é uma atribuição do Poder Legislativo, e não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se em tais definições, principalmente quando age à custa de normas de direitos fundamentais assentados no art. 5º da Constituição Federal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pós-positivismo (ou, também denominado, o neoconstitucionalismo) assumiu grande importância no contexto do Direito Constitucional Brasileiro, procurando estabelecer uma nova doutrina de interpretação da Constituição, que se pretende moderna e sofisticada, diferente dos métodos clássicos de interpretação do positivismo legalista do último século.

A doutrina neoconstitucionalista apresenta um modelo de interpretação constitucional baseado em regras e princípios que, atualmente, se mostram bastantes necessários ao bom desenvolvimento de um sistema constitucional aberto. Para isso, deve-se utilizar a técnica da ponderação para resolução de conflitos normativos, sejam eles entre regras ou entre princípios. Essa técnica de decisão jurídica aplica-se principalmente quando há colisões entre princípios.

A ponderação faz-se deveras relevante quando os métodos clássicos de interpretação são insuficientes para se dar uma resposta ao caso concreto. No entanto, como no caso da decisão de constitucionalidade da Lei Complementar 135, de

2010, não cabe ao intérprete das normas utilizar a ponderação de modo a torcer os princípios e as regras desvirtuando seus sentidos e finalidades.

As normas constitucionais não devem ser absolutas de modo a não permitir interpretações variadas de uma regra ou de um princípio. A Constituição, por meio de suas normas expressa um dever-ser fundamentado em outras normas ou simplesmente normas, que, para se concretizarem e atingirem sua finalidade, necessitam de se adaptar à realidade, o que não significa que as proposições constitucionais devam ser sacrificadas por força de uma mudança situacional (HESSE, 1991). Nesse sentido, à doutrina da ponderação cabe observar os sentidos e finalidades da Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação prática dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria

crítica e pós-positivismo. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Ano I. Vol. I. Nº6. Setembro de 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 3 de mar. 2012.

_____. BARCELLOS. Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Forense**. Ano 100. Vol. 371, jan/fev de 2004, p. 175-202.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v.2, nº 1, p. 101-118, 2010. Disponível em: <<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/29>>. Acesso em: 19 de mar. 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto

Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Savaiva, 2010.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, Brasília, nº 91, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1495/1179>>. Acesso em: 10 de out. 2011.

Recebido em: 10/06/2014

Aprovado em: 09/07/2014