

FATORES QUE DEMANDAM INTERPRETAÇÕES DISSONANTES DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: ANÁLISES EM DIFERENTES RAMOS JURÍDICOS E MOMENTOS HISTÓRICOS

Guilherme Salgueiro Pacheco de Aguiar*

Sumário - 1. Introdução; 2. 1ª Parte: O Novo Constitucionalismo Brasileiro, A Ascensão dos Princípios e a Dificuldade Interpretativa: Breve Exposição; 3. 2ª Parte: Fatores que Demandam uma Necessária Interpretação Dissonante de Princípios Jurídicos; A. A Necessária Interpretação Dissonante dos Princípios em Diferentes Ramos do Direito; B. A Necessária Aplicação Dissonante dos Princípios em Diferentes Momentos Históricos; 4. 3ª Parte: A Importância da Percepção do Exposto: A Técnica de Ponderação de Princípios não Levaria ao Mesmo Resultado?; 5. Síntese Conclusiva; 6. Bibliografia.

1. Introdução

O presente estudo tem o objetivo de, preliminarmente, destacar que a subjetividade na interpretação de princípios jurídicos (com destaque aos constitucionais) é constante alvo de severas críticas pela comunidade jurídica. Menciona-se que a possibilidade de dois intérpretes jurídicos darem interpretações dissonantes - e até mesmo confrontantes - a um mesmo princípio jurídico num mesmo caso concreto ou em casos concretos semelhantes é fator que coloca em xeque a própria interpretação de princípios como atividade técnica.

Em seguida, demonstra-se que há, contudo, fatores que demandam interpretações dissonantes de um mesmo princípio constitucional, quais sejam, o *ramo do Direito* no qual o princípio está sendo trabalhado e o *momento histórico* no qual a interpretação está sendo feita.

Por fim, defende-se que a interpretação de princípios seja feita em duas fases: uma *primeira fase* a partir da qual se define *a priori* força, limites e contornos do princípio - a depender do ramo jurídico e do momento histórico - (*análise em abstrato*); e uma *segunda fase* na qual, através da técnica de ponderação de princípios, seria realizada uma análise do princípio em relação a outros princípios (*análise em concreto*).

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

2. 1ª Parte: O Novo Constitucionalismo Brasileiro, a Ascensão dos Princípios e a Dificuldade Interpretativa: Breve Exposição

O Novo Constitucionalismo Brasileiro é fenômeno que data do final da década de 1980 e tem como marco histórico a redemocratização do país.¹ Apresenta como uma de suas principais características a reaproximação entre Direito e Moral, sobretudo através da ascensão dos princípios, que passam a desempenhar papel fundamental no ordenamento jurídico, com destaque àqueles previstos no vasto rol de direitos e garantias fundamentais albergados pela Constituição de 1988, não somente em seu Título II, mas espalhados por todo o texto da Carta Magna.

Em paralelo à mencionada característica, há que ser destacado também que outro fenômeno oriundo desse Novo Constitucionalismo foi a superação da concepção existente até então de que as normas constitucionais eram dotadas apenas de cunho meramente político, voltadas precipuamente ao legislador, para passarem a ser concebidas como possuidoras, igualmente, de natureza jurídica e, dessa forma, de cumprimento imperativo por parte do Poder Público e particulares. Tal pensamento teve o condão de atribuir efetividade aos comandos constitucionais e resgatar a ideia de que todo dispositivo constitucional produz efeitos e deve, de alguma forma, ser obedecido.²

Quando a norma constitucional se estrutura sob a forma de *regra*, não há grandes problemas, uma vez que o comportamento imposto por ela encontra-se já bastante definido, não havendo, dessa maneira, maiores discussões sobre como cumpri-la. No entanto, em casos nos quais as normas constitucionais encontram-se plasmadas no texto constitucional sob a forma de *princípios*, a questão torna-se mais tormentosa, tendo em vista que uma das características dos princípios é justamente a inexistência de estipulação concreta de qualquer comportamento, mas a indicação de um fim a ser alcançado.³

Essa indeterminação de sentido, fruto da própria essência dos princípios, abre a possibilidade de diversas interpretações e, conseqüentemente, riscos de que a subjetividade hermenêutica gere *decisionismo* (judicial ou por parte de outros órgãos de controle) e ofensa a valores e princípios fundamentais da República, com destaque à democracia (art. 1º, § ún., CRFB) e à segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CRFB).⁴

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo – o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil> - Acesso em: 02 ago. 2014, e BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2.ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 243-267.

² A discussão sobre a efetividade das normas não adveio com o Novo Constitucionalismo Brasileiro, mas data de mais de 100 anos, passando pelos seminais estudos de Ruy Barbosa (v. BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira, Tomo II*, São Paulo, 1933, p. 489) e os igualmente relevantes estudos de José Afonso da Silva (v. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998).

³ Sobre critérios de diferenciação de regras e princípios, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 318.

⁴ Nesse sentido, infere Daniel Sarmento: “[No paradigma neoconstitucionalista], as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre os dois domínios torna-se muito mais porosa, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a ‘leva-los a sério’. (§) Porém, não há uma posição clara nas fileiras neoconstitucionalistas

Com o desiderato de conter tais ameaças, foram desenvolvidas técnicas e *standarts* de interpretação de princípios – sobretudo constitucionais –, de forma a permitir uma aferição da racionalidade de sua aplicação e permitir, dessa maneira, que os destinatários da interpretação possam exercer maior *accountability* sobre tal atividade.

Um desses parâmetros infere que, no confronto entre regra e princípio, haja uma prioridade *prima facie* da regra sobre o princípio, uma vez que a regra – obra dos Poderes Legislativo ou Executivo (este, sobretudo, na atividade de regulamentar) –, é fruto justamente de um sopesamento prévio feito por esses Poderes, a partir de uma lúcida consideração acerca de todos os princípios que permeiam a situação a ser regrada.

No entanto, quando o conflito se dá entre princípios, o trabalho do intérprete é mais árduo, necessitando este – num *processo de ponderação* – apurar qual dos princípios deve mostrar-se apto a reger a situação concreta de maneira mais intensa, relegando ao outro princípio uma condição coadjuvante. Isto é: se quando há o confronto entre regras, uma delas é expurgada da regência dos fatos, a partir de critérios criados para a manutenção da lógica do ordenamento jurídico (critérios temporal, hierárquico e de especialidade), o mesmo não acontece com os princípios. Neste caso, o hermeneuta jurídico deve enxergar os princípios colidentes não como excludentes entre si, mas aplicando-os na maior medida do possível, devendo ter como limite justamente os contornos do outro princípio. São, assim, os princípios mandados de otimização aptos a reger juntos a situação da vida sob análise.

Tal modalidade interpretativa – a *ponderação de princípios* – apresenta *standarts* de aplicação, como, por exemplo, o seguinte: quanto maior a restrição de um princípio em uma situação específica, maior deve ser o peso dele no confronto com outro princípio que também está presente na regulação dos fatos. Além disso, as teorias alemã e americana, respectivamente, da *Proporcionalidade* e da *Razoabilidade* também são instrumentos frequentemente mencionados na doutrina e na jurisprudência como aptos a reduzir os limites interpretativos do hermeneuta jurídico quando da análise de conflitos de princípios, permitindo resultados mais previsíveis e diminuindo o risco de decisionismo.⁵

Ainda assim, a utilização de princípios jurídicos como fulcro fundamentador de decisões jurídicas⁶ encontra muitos críticos. Tais críticas são, em parte, justamente porque os julgadores não seguiram os instrumentos hermenêuticos trazidos pela doutrina e pela jurisprudência como aptos a gerar resultados menos subjetivos na interpretação de princípios. Outras vezes, porém, ainda que adotados os mecanismos hermenêuticos acima referidos, as críticas permanecem, embasadas justamente pelo

sobre a forma como devem ser compreendidos e aplicados os valores morais incorporados pela ordem constitucional, que, pela sua vagueza e indeterminação, abrem-se a leituras muito diversificadas.” In: SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional e contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 276.

⁵ Sobre a origem e a aplicação das teorias da *Proporcionalidade* e da *Razoabilidade*, e entendendo-as como intercambiáveis, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255-261.

⁶ Aqui se preferiu a utilização da expressão “*decisões jurídicas*” para albergar também, além das decisões judiciais, as atividades de outros órgãos de controle que não o Poder Judiciário, com destaque ao Ministério Público, Tribunais de Contas e Advocacia de Estado.

fato de que, nada obstante a utilização de instrumentos jurídicos aptos a diminuir o decisionismo jurídico quando da aplicação de princípios, há ainda um espaço decisório muito grande ao hermenêuta, ao contrário do que acontece quando da aplicação de normas jurídicas sob o formato de regras, restando, pois, inaceitável *incerteza jurídica* no regeer de situações da vida. Tal fato, aliás, colocaria em xeque a própria interpretação de princípios como atividade técnica.

A crítica à utilização da ponderação de princípios é parcialmente procedente. De fato, nada obstante o avanço das teorias interpretativas, estas ainda não conseguiram – e será que conseguirão? – trazer resposta apta a trazer à aplicação de princípios a mesma segurança jurídica que se tem quando da interpretação de regras. Por outro lado, há que se ter em mente dois pontos.

Primeiro. Tal desiderato é de difícil alcance, tendo em vista que a interpretação de princípios – em razão de sua *baixa densidade normativa* – é deveras mais complexa do que a interpretação de regras e, além disso, a técnica da ponderação – se não elimina completamente subjetivismos hermenêuticos – ao menos traz parâmetros a guiar a atuação procedimental do intérprete jurídico, permitindo que haja certo controle de sua atividade. Com efeito, pior seria, por exemplo, negar a existência de conflitos entre princípios e simplesmente decidir que em tal situação “*se aplica o princípio ‘X’, e não o princípio ‘Y’*” e, em outro caso, “*se aplica o princípio ‘Y’, e não o princípio ‘Z’*”, sem qualquer fundamentação. Tal pensamento, no sentido da defesa de ausência de conflitos principiológicos no ordenamento jurídico tem apenas o condão de mascarar o decisionismo jurídico. Admitir a existência de *hard cases* unicamente resolvíveis através da ponderação de princípios é mais sincero e gera maior transparência, ao permitir a verificação do procedimento decisório cumprido pelo intérprete.

Segundo. A ascensão dos princípios no Novo Constitucionalismo Brasileiro é fenômeno impossível de frear e, mais do que isso, algo saudável, tendo em vista que os princípios (com destaque aos positivados e, dentre estes, aos constitucionais), como comentado retro, em muitas situações, têm o condão de: (i) funcionar como reserva moral no ordenamento jurídico; e (ii) permitir o consenso (ainda que *in abstracto*) sobre determinado assunto, relegando a realização de discussões mais concretas para o futuro, quando – talvez em razão da aproximação de pontos de vista entre os diferentes grupos sociais – o dissenso entre correntes de pensamento conflitantes seja menor e o diálogo entre tais correntes mais fomentado, sempre através da atuação de instituições democráticas.⁷

O que se conclui é que, mesmo diante dos constantes e relativamente bem sucedidos esforços de teorias jurídicas no que toca à criação de instrumentos aptos a proporcionar melhor controle da aplicação de princípios por parte de decisões jurídicas, persistem – com certo grau de procedência – as críticas a respeito da utilização desta espécie de norma a fundamentar decisões, sendo sempre invocados os argumentos

⁷ Sobre tal questão expõe Felipe de Melo Fonte: “*De modo geral, pessoas razoáveis concordam com a maioria dos princípios constitucionais, mas essa concordância sobre o texto constitucional repousa exatamente neste caráter etéreo que as abstrações possuem: o acordo sobre princípios básicos não se reflete em um segundo nível, de maior especificidade. Daí surge a necessidade de instituições capazes de decidir para além do acordo geral.*” In: FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 168.

de que a subjetividade do julgador ainda é forte a ponto de proporcionar um sistema jurídico no qual determinada situação em concreto, que envolva a colisão de princípios jurídicos, pode ter soluções não somente diferentes, mas até confrontantes, a depender do hermenêuta.⁸

Se a falta de uma concepção uniforme no que toca à aplicação e aos contornos e limites dos princípios jurídicos em casos de colisão entre os mesmos é um problema a ser constantemente enfrentado pelos aplicadores do Direito, por outro lado, há que ser percebido que existem hipóteses nos quais, a depender de determinados fatores, a falta de uniformidade hermenêutica na concepção acerca dos contornos e limites de cada princípio jurídico não somente é possível, mas mandatória. Isto é, há fatores que determinam que haja a análise de princípios a partir de diferentes lentes e isso leva a uma necessária dissonância na interpretação destes princípios, sempre a depender da lente hermenêutica utilizada. É o que será exposto a seguir.

3. 2ª Parte: Fatores que Demandam uma Necessária Interpretação Dissonante de Princípios Jurídicos

Como exposto retro, há fatores que devem gerar mandatórias interpretações dissonantes do mesmo princípio constitucional, destacando-se dois destes fatores: o *ramo jurídico* e o *momento histórico* em que inserido o princípio. Explica-se. Sabe-se que, no que toca à fixação de contornos e limites dos princípios jurídicos, é majoritária no Brasil a *teoria relativista*, segundo a qual o conteúdo de cada princípio só pode ser alcançado *in concreto*, após o sopesamento entre princípios em confronto, a partir da técnica da ponderação. Assim, de acordo com tal concepção, não seria de todo correto definir os contornos e limites de um princípio *in abstracto* (justamente por ser impossível imaginar todas as possíveis situações de conflito com todos os demais princípios). Nada obstante, é certo que cada princípio constitucional precisa minimamente ter sua essência definida – ainda que tal definição seja apenas *prima facie* –, para que se tenha sua adequada compreensão.

Dessa forma, o que se acaba tendo é que, apesar do que prega a teoria relativista, majoritariamente aceita entre os constitucionalistas brasileiros, existe sempre na cabeça dos juristas uma definição *prima facie* de cada princípio, que representa uma espécie de conceito em abstrato do princípio e que, justamente por isso, seria apto a qualificá-lo, definir seu conteúdo jurídico.

O que se buscará expor a seguir é que, ainda que seja necessária a fixação de um conteúdo em abstrato para cada princípio – sob pena de não sabermos o que de fato estamos a interpretar/aplicar –, é danosa a fixação *a priori* de determinados contornos e limites aos princípios constitucionais de *forma universal*, isto é, para *todos os ramos do Direito* ou para *todos os momentos históricos*. Isso porque, se num dado ramo

⁸ Rodrigo Brandão, sobre a questão, infere com particular felicidade: “[O]s princípios têm um rosto de Jânus: se, por um lado, visam a reduzir a discricionariedade judicial nos casos difíceis; por outro, podem servir de base para uma atuação judicial sujeita a parâmetros jurídicos muito tênues. (...) É evidente que a aplicação dos princípios, mediante proporcionalidade, apresenta maior tendência à subjetividade do que a aplicação de regras, que se dá normalmente, pela subsunção dos fatos concretos à sua hipótese de incidência.” In: BRANDÃO, Rodrigo. *Suprema Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012, p. 62.

jurídico e em determinada época, um princípio pode, de fato, apresentar determinados contornos conceituais e limites (às vezes de quase impossível deformação em qualquer conflito principiológico), em outros ramos jurídicos ou outros momentos históricos, tal constatação pode não ser verdade. É o que se passa a demonstrar.

a) A Necessária Interpretação Dissonante dos Princípios em Diferentes Ramos do Direito.

O art. 5º, II, CRFB afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se do *princípio constitucional da legalidade*, pilar do Estado de Direito e de aplicação em toda a ordem jurídica.

Contudo, como é cediço, sua aplicação se dá nos diferentes ramos jurídicos a partir das lentes e das particularidades de cada um deles. Isto é: classicamente, para o *Direito Civil*, o princípio da legalidade indica que é possível ao particular fazer aquilo que a lei não veda; já para o *Direito Administrativo* este princípio apresenta concepção mais rígida, segundo a qual cumpre ao administrador fazer aquilo que a lei determina; por sua vez, para o *Direito Penal*, o mencionado princípio apresenta sentido ainda mais rígido, ligado à tipicidade das condutas a serem sancionadas, ou seja, total e perfeita subsunção do fato à norma tipificadora.

Mesmo as releituras pós-contemporâneas dos mencionados ramos jurídicos – fruto de processo de *filtragem constitucional do direito infraconstitucional*⁹ – chegam à conclusão de que o princípio da legalidade continua a demandar interpretações divergentes a depender do ramo jurídico em análise. No *Direito Civil*, não mais haveria a lei como única impedidora de ações dos particulares, mas também seriam vedados comportamentos contrários à boa-fé (destacam-se os institutos do *abuso de direito* e da *fraude a direito*). No *Direito Administrativo*, não mais haveria a vinculação do administrador somente à lei, mas também à legitimidade e aos princípios (transformação do princípio da legalidade em princípio da *juridicidade*).¹⁰ Por fim, mesmo no *Direito Penal*, já se admite a existência das chamadas *normas penais em branco* a serem preenchidas por definições encontradas fora do tipo e não necessariamente em lei, em sentido formal (normalmente em relação a matérias técnicas).

Ou seja, o princípio constitucional da legalidade, a depender do ramo jurídico em que se encontra, apresenta contornos e limites diferenciados, de maneira que a interpretação do conteúdo do referido princípio fundamental deve variar de acordo com o meio no qual ele se encontra. Aqui não deve causar espécie que o mesmo princípio apresente contornos diferentes. Pelo contrário, tal dissenso, além de não ser criticável, é natural e mandatário. Ao contrário do que se expôs na Parte I deste artigo, é bom que a interpretação do princípio seja dissonante, a depender do ramo jurídico no qual o mesmo se acha repousando.

Se, na análise do princípio constitucional da legalidade, é fácil ver que sua interpretação dissonante é mandatária, a depender do ramo do Direito no qual este princípio se encontra, deve ser observado que, ao estudarmos a interpretação de outros princípios tal conclusão se torna menos óbvia do que parece.

⁹ Sobre o fenômeno da filtragem constitucional, v. SCHIER, Paulo Ricardo, *Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*, 1.ed. Porto Alegre: Ed. Sergio Fabris, 1999.

¹⁰ V. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 57-58.

A exemplificar tal fato, confira-se o *princípio constitucional da presunção de inocência*, albergado no art. 5º, LVII, CRFB, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tal princípio, mesmo em sua concepção constitucional, está intimamente ligado à esfera penal e processual penal, servindo, normalmente como fundamento basilar da impossibilidade de prisão de qualquer pessoa antes do trânsito em julgado da ação penal, salvo hipóteses de prisões cautelares.

Contudo, tal princípio foi invocado como fundamento de inconstitucionalidade de artigos da Lei Complementar nº. 64/90, com redação dada pela Lei Complementar nº. 135/10 (Lei da Ficha Limpa), no julgamento da ADI nº. 4578. Os dispositivos impugnados foram, entre outros, os seguintes:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

(...)

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Alegavam os requerentes que o princípio constitucional da presunção de inocência impediria que decisão não transitada em julgado (ainda que proferida por colegiado) pudesse ter o condão de impedir a candidatura daquele que almejasse eleger-se em cargo político. Afirmavam que a inelegibilidade deveria ter como fundamento a existência de responsabilidade daquele que busca candidatar-se e, antes do trânsito em julgado, seria impossível a aferição inequívoca de qualquer responsabilidade, fundamentação esta construída a partir de determinada leitura do princípio constitucional da presunção de inocência.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº. 4578, apesar de reconhecer a plena aplicabilidade do princípio da presunção de inocência em âmbito jurídico diferente do penal e processual penal, expressamente adotou posição que – contrariando seus próprios precedentes¹¹ - conferiu ao referido direito fundamental, dentro da seara eleitoral, contornos menos abrangentes do que aqueles que este princípio possui tradicionalmente nos ramos penal e processual penal.

¹¹ Entre os precedentes, destaque-se a ADPF nº. 144, mencionada no voto do Ministro Relator Luiz Fux no bojo da ADI nº. 4578.

Isto é, se para o *Direito Penal e Processual Penal* o princípio constitucional da presunção de inocência impõe sua concepção num *sentido forte* - evitando a declaração de culpabilidade (*rectius*: responsabilidade penal) e a aplicação de qualquer sanção antes do trânsito em julgado -, no bojo do *Direito Eleitoral* deve ser diferente: o referido princípio deve ser concebido com contornos menores, em *sentido mais fraco*, havendo sim, a possibilidade de restrição de direitos sem que haja uma declaração definitiva de culpa (*rectius*: responsabilidade) pelo Poder Judiciário. E a razão disso é clara: se na seara penal e processual penal está em jogo a liberdade do cidadão, um dos direitos fundamentais de mais alta hierarquia (em sentido axiológico), o mesmo não acontece no Direito Eleitoral e, mais especificamente, na restrição trazida pelos mencionados dispositivos da Lei da Ficha Limpa, inobstante se reconheça um direito fundamental de acessibilidade a cargos eletivos.¹²

Nesse sentido, a Ministra ROSA WEBER, em seu voto na ADI n°. 4578, reconheceu que o princípio constitucional da presunção de inocência deve ser encarado de maneira diferente em ramos jurídicos diferentes, para afirmar:

Retomando a premissa da preservação da unicidade da Constituição, entendo, com a devida vênia, que não há como fugir à afirmação de que o princípio da presunção de não culpabilidade produz efeitos no campo eleitoral, comportando, porém, mitigações. Entendo que, no campo da proteção do direito à liberdade individual, imanente à seara Penal, a construção jurídica de que o momento, o ponto de inflexão, é o trânsito em julgado da decisão se mostra consentâneo com a segurança ali pretendida, em especial porque se está a salvaguardar o cidadão, o mais das vezes homem comum, do aparelho repressor estatal.
(...)

O princípio da presunção da inocência, na vertente moderna, tem um significado diverso do mero adágio *in dubio pro reo*. A meu juízo, a melhor formulação é o *standard anglo-saxônico*, no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável, impondo, com acerto, um pesado ônus probatório à acusação.
(...)

A presunção de inocência protege, nessa vertente, o processado de sofrer restrições desnecessárias a seus direitos antes de ser provada a sua responsabilidade criminal, ou seja, antes de ser julgado e sem ingressar aqui na questão da necessidade de este julgamento ser definitivo ou não. Embora se tenha em

¹² Direito este que, como todo direito fundamental, pode ser objeto de restrições a partir de previsão diretamente na Constituição (como, prevê o art. 14, §4º, CRFB - inelegibilidade de analfabetos) ou previsão infraconstitucional, desde que fulcrada em previsão constitucional (como ocorreu com a Lei da Ficha Limpa, que tem como fundamento constitucional o art. 14, §9º, CRFB (“§ 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.*”).

mente usualmente a necessidade de proteção da liberdade de locomoção, é possível estender a proteção decorrente da presunção de inocência para outros direitos, inclusive, na temática ora debatida, para os direitos políticos. Entretanto, nessa vertente da presunção de inocência, ou seja, da vedação à restrição de direitos antes do julgamento, o princípio não tem, a meu sentir, a mesma força que a anterior, quando relacionado à questão probatória.¹³

Dessa maneira, somente após a percepção de que o princípio da presunção da inocência não poderia ostentar na seara eleitoral a mesma força que possui no Direito Penal e Processual Penal, concebendo-o, pois, em sentido mais fraco, é que pôde a Ministra partir para a ponderação entre o referido princípio e outros princípios constitucionais que também permeavam a discussão, com destaque aos princípios constitucionais da probidade administrativa e da moralidade administrativa (arts. 14, §9º e art. 37, *caput*, ambos da CRFB), para, ao final decidir pela prevalência destes últimos.¹⁴

¹³ Registre-se, contudo, que o voto do Ministro Relator Luiz Fux, apesar de, no mesmo sentido (da constitucionalidade dos transcritos dispositivos da Lei da Ficha Limpa), seguiu argumentação parcialmente divergente, segundo a qual seria inaplicável o princípio da presunção de inocência em seara eleitoral, como é possível perceber a partir da leitura da seguinte passagem: “*Não cabe discutir, nestas ações, o sentido e o alcance da presunção constitucional de inocência (ou a não culpabilidade, como se preferir) no que diz respeito à esfera penal e processual penal. Cuida-se aqui tão somente da aplicabilidade da presunção de inocência especificamente para fins eleitorais, ou seja, da sua irradiação para ramo do Direito diverso daquele a que se refere a literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988. Em outras palavras, é reexaminar a percepção, consagrada no julgamento da ADPF 144, de que decorreria da cláusula constitucional do Estado Democrático de Direito uma interpretação da presunção de inocência que estenda sua aplicação para além do âmbito penal e processual penal. (...) A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de HUMBERTO ÁVILA (Teoria dos Princípios. 4. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005), como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória. Concessa venia, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo. Sendo assim, a ampliação do seu espectro de alcance operada pela jurisprudência desta Corte significou verdadeira interpretação extensiva da regra, segundo a qual nenhuma espécie de restrição poderia ser imposta a indivíduos condenados por decisões ainda recorríveis em matéria penal ou mesmo administrativa. O que ora se sustenta é o movimento contrário, comparável a uma redução teleológica, mas, que, na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria literalidade, da qual se distanciou em demasia. (...)*”. O inteiro teor do acórdão e os votos proferidos pelos Ministros no julgamento da ADI nº. 4578 estão disponíveis em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978> >. Acesso em: 28 set. 2015.

¹⁴ *In verbis*: “*Com base em tais fundamentos, na seara eleitoral, precisamente no campo das inelegibilidades, cujos princípios constitucionais prevalentes informam - antes do individual e do privado -, a proteção do público e da coletividade - em última análise do próprio Estado Democrático de Direito -, reputo não afrontar o princípio da não culpabilidade a dispensa do trânsito em julgado na hipótese de haver condenação colegiada, consabido que os recursos das decisões em segundo grau não comportam, como regra, efeito suspensivo, e que às instâncias extraordinárias é vedado revolver fatos e provas (o que faz com que os elementos fáticos, na hipótese de condenação em colegiado, desabonadores da conduta, cristalizem-se no processo), que se alinha, na busca da maximização dos direitos fundamentais - dos direitos políticos -, aos princípios da moralidade e da probidade administrativa, assim como ao da soberania, princípio fundamental da República Federativa do Brasil.*”

Com efeito, igualmente no *Direito Administrativo* – e mais especificamente no âmbito da acessibilidade a cargos públicos - o princípio da presunção de inocência deve ser concebido de maneira *mais fraca* do que acontece nas esferas penal e processual penal, sendo admissível, por exemplo, que a existência de condenação não transitada em julgado seja óbice à aprovação de candidato ao ingresso, por exemplo, na Polícia Militar, desde que haja a previsão de tal avaliação (normalmente chamada de “exame social”) tal no edital do certame.

Se, por um lado, no *Direito Penal e Processual Penal*, o princípio da presunção de inocência tem como fundamento, como exposto, a proteção da *liberdade* do cidadão, no “exame social” como fase de concurso público, inexistente ameaça qualquer ao *status libertatis*, devendo-se, pois, dar ao mencionado princípio contornos mais brandos, de maneira a impedir que a relevante função de policial militar seja exercida por aquele que provavelmente praticou crimes.¹⁵

Conclui-se, pois, que se o princípio constitucional da presunção de inocência apresenta contornos fortes e um conteúdo mínimo tido como praticamente imponderável na seara penal e processual penal (a impossibilidade da aplicação da restrição de direito antes do trânsito em julgado da ação penal), no bojo do Direito Eleitoral e Direito Administrativo, este princípio merece interpretação diferente, de carga mais fraca, entendendo-se que as divergências hermenêuticas no tocante aos contornos e limites de tal princípio em diferentes ramos jurídicos devem ser aceitas não somente são possíveis, mas mandatórias.

b) A Necessária Aplicação Dissonante dos Princípios em Diferentes Momentos Históricos

O fenômeno conhecido como *mutação constitucional* é, em apertada síntese, um mecanismo informal de reforma da Constituição no qual se opera a modificação da interpretação de determinado dispositivo constitucional, com a extração de nova norma a partir do mesmo texto, ou seja, sem que tenha havido modificação na redação do dispositivo. Isto é, inobstante a ausência de mudança formal no enunciado do dispositivo, o intérprete, ao enxergá-lo através de um novo prisma hermenêutico, atribui-lhe novo sentido e consegue extrair comando diferente daquele oriundo da interpretação pretérita.

Essa modificação na interpretação de dispositivos legais, apesar de mais estudada no Direito Constitucional, pode ocorrer também com qualquer dispositivo infraconstitucional e, em geral, se dá com maior facilidade na interpretação de princípios, uma vez que estes têm menor densidade normativa do que as regras.

Um dos fatores que pode levar a tal processo de modificação hermenêutica é a passagem do tempo e o advento de diferentes fatores – *sociais, políticos, econômicos* – inexistentes num primeiro momento, bem como o advento de uma nova concepção jurídica sobre a matéria. Aliás, KONRAD HESSE, em sua mais famosa obra já afirmava:

¹⁵ Interessante é a abordagem feita por Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas sobre *responsabilidade prospectiva in A Lei da “Ficha Limpa” – uma responsabilidade prospectiva?* In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro nº 66, Rio de Janeiro, 2011, p. 193-216, cuja leitura recomenda-se fortemente.

“Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.”¹⁶

Dessa forma, considerando que a interpretação da Constituição deve se dar de maneira sempre atenta ao advento de novos tempos e novas circunstâncias fáticas e jurídicas, percebe-se que a discrepância nas interpretações realizadas sobre determinado princípio em diferentes momentos históricos é algo também natural, sendo tal diferença cronológica, igualmente, hígida credenciadora da possibilidade de interpretações divergentes de princípios.¹⁷

Como clássico exemplo do que se afirma, vejamos o *princípio da igualdade* no contexto norte-americano, princípio este previsto na Seção 1 da XIV Emenda à Constituição Americana (ratificada em 1868)¹⁸ e que, durante sua longa vigência, já passou três momentos interpretativos diferentes.

Num primeiro momento, nada obstante a previsão do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, tolerou-se o regime do “*equal but separated*”, segundo o qual persistia a discriminação de negros na sociedade norte-americana sem que tal situação, segundo a concepção jurídica da época, violasse tal princípio.¹⁹ *Um segundo momento* é aquele fulcrado na igualdade formal entre os brancos e negros, com o Estado, mesmo diante do passado de escravidão, a oferecer o mesmo tratamento a ambas as raças.²⁰ *E, por fim, há o último momento*, no qual o princípio da igualdade é analisado através de um prisma material, chegando-se à conclusão de que o passado escravocrata norte-americano cobra uma resposta estatal aos anos de exploração racial. Neste último momento, políticas públicas afirmativas são adotadas, com destaque à criação de quotas- raciais em universidades públicas.²¹

Observa-se, pois, que, apesar de o princípio da igualdade estar previsto na Constituição dos Estados Unidos desde sua promulgação, a interpretação dada a tal princípio modificou-se de tal forma que passou da permissão à escravidão até a albergar a existência de políticas públicas afirmativas fulcradas no viés material da isonomia.

¹⁶ *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.20.

¹⁷ Ao lado do enquadramento dos princípios em ramos jurídicos diferentes, fator este já abordado anteriormente neste estudo.

¹⁸ “EMENDA XIV - Seção 1: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.”

¹⁹ V. o Caso Plessy v. Ferguson (1896).

²⁰ V. o Caso Brown v. Board of Education of Topeka (1954).

²¹ V. o Caso Regents of the University of California v. Bakke (1978). Destaque-se, contudo, que há decisões posteriores da Suprema Corte Americana no sentido da inconstitucionalidade de políticas afirmativas raciais.

Ainda no que toca a mutações interpretativas, mas já no cenário brasileiro (e num enquadramento temporal bem menor), mostra-se imperiosa a análise do *princípio constitucional da liberdade de pensamento*, insculpido no art. 5º, IV, VI e XI; art. 206, II e art. 220, todos da CRFB.

“Liberdade de pensamento” é, na verdade, um *macroprincípio constitucional* a albergar diversos outros princípios, que seriam vertentes ou expressões daquele princípio maior e mais genérico. Dentre essas vertentes destacam-se, conforme exposição de José Afonso da Silva²², a liberdade de opinião; a liberdade de comunicação; a liberdade religiosa; a liberdade de expressão intelectual, artística e científica; a liberdade de expressão cultural; e a liberdade de transmissão e recepção de conhecimento.

Trata-se de direito fundamental ostentador de altíssima hierarquia axiológica²³ no ordenamento jurídico instituído pela Constituição de 1988 e concebido doutrinária e jurisprudencialmente, como uma *liberdade preferencial (preferred freedom)*. Isto significa que, diante do elevado grau de importância que detém o princípio da liberdade de pensamento em nosso ordenamento jurídico, este princípio constitucional – nada obstante a teoria da ponderação de princípios sempre remeter à análise dos casos concretos – possui uma preferência *prima facie* quando em embate com outro princípio. Assim, o princípio desafiante – chamemos assim – carrega um ônus argumentativo maior do que o princípio da liberdade de pensamento na demonstração de sua maior aptidão a reger a situação concreta em análise.

Tal situação de preponderância é parcialmente explicável no contexto brasileiro em razão de o ordenamento jurídico nascido em 1988 ser uma relevantíssima epítome do movimento democrático fomentado na década de 1980 e que acabou por sepultar um nefasto período de ditadura militar no país, período este sempre lembrado pelas constantes investidas estatais à liberdade pensamento.²⁴

Exatamente no sentido do que se expõe é que o Supremo Tribunal Federal em diversas decisões tem optado por dar prioridade ao princípio da liberdade de pensamento (em suas diversas vertentes) quando da análise do conflito deste princípio com outros de igual hierarquia normativa.²⁵

Caso recente e emblemático é o das *biografias não autorizadas*, analisado no bojo da ADI nº. 4815 (acórdão ainda não publicado) no qual a Corte decidiu pela

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 241-256.

²³ Se, de um ponto de vista da *hierarquia normativa*, todas as normas constitucionais gozam de igual hierarquia, não importando seu conteúdo, através do prisma da *hierarquia axiológica*, é feita uma análise do conteúdo das normas e o escalonamento de sua importância para o ordenamento jurídico. Assim, os art. 5º, *caput*, CRFB (Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:) e o art. 242, §2º, CRFB (§ 2º O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.) gozam de igual hierarquia normativa, sendo, contudo, inegável que aquele dispositivo possui maior hierarquia axiológica do que este.

²⁴ Como exemplo, vale a pena lembrar a morte do jornalista, professor e dramaturgo Vladimir Herzog, que acabou por se tornar mártir do movimento pela redemocratização do país. Vladimir foi torturado até a morte pelo regime militar brasileiro nas instalações do DOI-CODI, no quartel-general do II Exército, em São Paulo, após ter se apresentado ao órgão para prestar esclarecimentos sobre suas ligações com atividades supostamente criminosas.

²⁵ Ver nota de rodapé nº. 23.

inexigibilidade de prévia autorização da pessoa biografada ou de sua família para a comercialização de biografias. A questão envolve o confronto entre, de um lado, os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à informação e, de outro, os direitos (igualmente fundamentais) à privacidade e intimidade, honra e imagem.

Em seu voto, o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, sustentando a posição preferencial da liberdade de expressão no ordenamento jurídico nacional - justamente em razão do passado ditatorial brasileiro, entre outras razões -, defendeu a ausência de necessidade de consentimento prévio do biografado para a comercialização de biografias, podendo, contudo, responder o biógrafo posteriormente em virtude de seus excessos.

O *fantasma da ditadura*, desse modo, é importante elemento histórico a embasar a posição privilegiada que o direito à liberdade de pensamento goza em nosso ordenamento jurídico. Trata-se de fenômeno plenamente justificável, ainda mais considerando que o fim da ditadura militar tem pouco mais de três décadas e suas reminiscências ainda estão encrostadas em diversos setores do Estado e da sociedade.

Contudo, é inegável que estamos a nos distanciar, cada vez mais, da *Época de Chumbo*. Não apenas *cronologicamente*, mas também - e é o mais importante -, *institucionalmente*. Isto é, apesar de os ranços dos tempos de ditadura ainda se mostrarem presentes e a lembrança daquela época merecer constante visita, nunca o país se encontrou tão democrática e institucionalmente estável quanto nas últimas duas décadas.²⁶

Essa *estabilidade democrática-institucional*, se ainda não é suficiente para colocar em xeque a posição do princípio da liberdade de pensamento como liberdade preferencial, ao menos tende a arrefecê-la, justamente pelo fato de que uma das causas da ocupação de tal posição privilegiada na hermenêutica constitucional (ao menos no contexto brasileiro) tende a se tornar cada vez mais uma fotografia desbotada.

Ao lado desse panorama, é importante observar outro fenômeno dos últimos anos, qual seja, a *evolução dos meios de comunicação e da transmissão de dados*. Se, por um lado, tal progresso tecnológico traz inúmeras vantagens à sociedade, destacando-se justamente o fomento da participação popular nos assuntos públicos (em importante e necessário ganho à democracia participativa)²⁷, outra face desse fenômeno é a *superexposição*. Isto é, a multiplicação de centros produtores e distribuidores de conteúdo midiático e a rapidez de chegada e transmissão de dados levam, muitas vezes, ao repasse desses conteúdos de maneira incauta e impensada, com a reprodução de informação equivocada e expositora da imagem de das pessoas.²⁸ Além disso, a atual facilidade na captação de imagens, vídeos e outras espécies

²⁶ Aliás, a crise pela qual tem passado o Brasil, principalmente nos últimos meses, pode ser concebida como uma crise política e econômica, mas não institucional. Tal fenômeno seria justamente uma prova do amadurecimento institucional no país. Nesse sentido, v. o artigo de Mario Schapiro para o Estado de São Paulo: *A crise é política não institucional*. Disponível em: < <http://brasil.estadao.com.br/blogs/direito-e-sociedade/a-crise-e-politica-nao-institucional/> > Acesso em: 28 set. 2015.

²⁷ Nesse sentido, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Relações entre poderes e democracia: crise e superação. Prefácio de Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 47-53.

²⁸ Como exemplo extremo, cite-se o caso da mulher linchada por causa do compartilhamento no Facebook de boatos no sentido de que a mesma era sequestradora de crianças: *Mulher morre linchada no Guarujá (SP) por suspeita de realizar magia negra*. Disponível em: < <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2014/05/05/morre-mulher-linchada-pela-populacao-no-guaruja.htm> >. Acesso em 28 set. 2015.

de mídia por meio de aparelhos eletrônicos acaba por proporcionar um perigoso incremento do acesso público a material íntimo, particular, de divulgação indesejada. Nesses casos, cabe a indagação: *aquele atingido pela – sempre célere - veiculação de mídia ou opinião (ainda que verdadeira) enquadrada nos casos acima referidos consegue ter tutela jurídica satisfatória a partir da concepção de que a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial e a os excessos no exercício desse direito fundamental devem ser dar através de análise a posteriori?*

Cada geração tem seus fantasmas. O fantasma da geração passada era a *censura*. Arrisco-me em apontar como um dos fantasmas da geração atual a *superexposição*, efeito colateral da Era da Comunicação. A interpretação constitucional – e, mais especificamente de seus princípios e do confronto entre estes princípios – não pode ficar infensa ao panorama hodierno. Talvez, com o afastamento cronológico-institucional dos dias de censura e a ascensão das ameaças tecnológicas à intimidade e à privacidade, seja a hora de começarmos a pensar em um retorno do pêndulo ao centro, através de uma *reavaliação da posição do direito fundamental da liberdade de expressão como liberdade preferencial*.

Aliás, em relação ao campo específico da *liberdade de imprensa* - princípio constitucional concebido, como vertente do (macro)princípio da liberdade de pensamento -, esta reavaliação já é questão em foco. Refiro-me à discussão sobre a (im?)possibilidade de *regulação da mídia*, questão essa trabalhada, ainda que de maneira coadjuvante, na ADPF nº. 130, que tratou da (não) recepção da Lei nº. 5.250/77 – Lei de Imprensa.

Sem o desiderato de tratar de tamanha discussão de maneira exauriente (mas igualmente com a certeza de que a sistematização aqui proposta é suficiente para a compreensão inicial do tema), pode-se inferir que, no bojo do julgamento da referida ADPF, foi possível a identificação de duas correntes conceitualmente díspares na definição do direito à liberdade de imprensa.

Uma delas, chamada de *libertária*, encabeçada pelo Ministro Carlos AYRES BRITTO, com foco na pessoa do *emissor* da mensagem, teria como fundamento impedir que determinada manifestação midiática fosse alvo de prévia censura, sendo simpática, pois, a uma concepção mais liberal – digamos assim – do conceito de *livre circulação de ideias*. Ou seja, defende a não intervenção prévia nas atividades de mídia como condição à democracia.

De outro lado, ao analisar o direito à liberdade de imprensa pela lente do *receptor* da mensagem, defende a corrente *democrática* que é necessária certa regulação da mídia. Pareceu ser esta a posição do Ministro JOAQUIM BARBOSA no julgamento da ADPF nº. 130. Sobre o que seria essa regulação (e seus limites) há ainda discussões mais profundas. Alguns de seus defensores limitam-se a defender uma regulação voltada a impedir que o controle da veiculação de conteúdos midiáticos fique nas mãos de poucas empresas de mídia, circunstância esta que serviria de empecilho justamente a uma efetiva *livre circulação de ideias*. Há, contudo, quem defenda a necessidade de um controle no próprio conteúdo veiculado.

Essa discussão – sobre a (im?)possibilidade regulação da mídia – está também em análise nas ADIs nº. 4679, nº. 4747, nº. 4756 e nº. 4923, ainda em julgamento no Supremo Tribunal Federal e que analisam a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº. 12.485/2011, que regula o setor de TV a cabo e traz algumas restrições no

tocante ao ingresso em tal mercado e ao próprio conteúdo veiculado pelas empresas prestadoras do serviço de TV a cabo (como, p.e., a necessidade de transmissão de um conteúdo mínimo de programação nacional).

As mencionadas ADIs, por tratarem de um setor específico da veiculação midiática e não tocarem (ao menos no que se refere à regulação do conteúdo veiculado) em questões mais polêmicas, não têm o condão de propiciar uma discussão no tamanho e na intensidade que o tema merece e necessita. Nada obstante, o julgamento das mencionadas ações pode ser apontado como um marco da discussão acerca da (im?)possibilidade de fixação de restrições normativo-regulatórias às estruturas institucionais e conteúdos veiculados na mídia nacional e, a reboque, permitir uma – ainda que inicial – reavaliação da posição preferencial do direito à liberdade de pensamento (e, mais especificamente, da vertente da liberdade de imprensa) no ordenamento jurídico nacional.

Por fim, destaque-se que o julgamento da ADI nº. 4578 (*Lei da Ficha Limpa*), além de permitir verificar o fenômeno de interpretações dissonantes de um princípio constitucional a depender do ramo jurídico no qual este está ser analisado (conforme EXAME retro), é igualmente proficiente a permitir a verificação da possibilidade de interpretações dissonantes a depender do momento histórico.

Com efeito, o voto do Ministro Relator LUIZ FUX propôs um *overruling* (superação de precedente), no qual haveria a revisão da orientação do STF esposada no bojo da ADPF nº. 144 segundo a qual o princípio constitucional da presunção de inocência teria o condão de macular a constitucionalidade de qualquer dispositivo legal que previsse a inelegibilidade com base em decisão judicial não transitada em julgado. A superação da orientação pretérita da Corte, seguida pela maioria dos julgadores, foi feita com base justamente na percepção por parte do Ministro Relator de hodiernas circunstâncias políticas e sociais, conforme é possível perceber a partir do seguinte excerto de seu voto:

[N]este momento, vive-se – felizmente, aliás – quadra histórica bem distinta. São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país. Prova maior disso é o fenômeno da judicialização da política, que certamente decorre do reconhecimento da independência do Poder Judiciário no Brasil, mas também é resultado da desilusão com a política majoritária, como bem relatado em obra coletiva organizada por VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE (*Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009). O salutar amadurecimento institucional do país recomenda uma revisão da jurisprudência desta Corte acerca da presunção de inocência no âmbito eleitoral. Propõe-se, de fato, um *overruling* dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência vis-à-vis inelegibilidades, para que se reconheça a legitimidade da previsão legal de hipóteses de inelegibilidades decorrentes de condenações não definitivas.

Percebe-se, dessa maneira, que o Ministro Relator, reconhecendo que as circunstâncias políticas e sociais atuais demandavam uma interpretação de modo a arrefecer a força que havia sido conferida ao princípio constitucional da presunção de inocência em seara eleitoral na ADPF n.º 144, propôs o *overruling* daquele precedente, dando, assim, interpretação dissonante ao princípio daquela que havia sido dada preteritamente pela Corte, tudo com vistas ao atendimento das circunstâncias sociais e políticas presentes no momento atual do país.

Diante do exposto, percebe-se que a hermenêutica principiológica não somente permite como, de fato, demanda a reavaliação dos contornos dos princípios em diferentes momentos históricos, sendo indissociável que a interpretação de tais princípios jurídicos se dê sempre levando em consideração os fatores sociais, políticos e econômicos de cada época, bem como eventual evolução no pensamento jurídico.

4. 3ª Parte: A Importância da Percepção do Exposto: A Técnica de Ponderação de Princípios não Levaria ao Mesmo Resultado?

Na 1ª Parte deste estudo, apontou-se que uma severa crítica ao Novo Constitucionalismo Brasileiro era o subjetivismo hermenêutico quando da interpretação dos contornos jurídicos dos princípios constitucionais, ainda mais diante da concepção de que tais princípios devem ser compreendidos como dotados de efetividade jurídica. Apontou-se que, mesmo com a utilização de instrumentos jurídicos criados para minimizar a subjetividade do intérprete e tornar o exercício hermenêutico mais previsível, restava ainda considerável risco de um mesmo princípio ser interpretado de forma dissonante e até confrontante por dois intérpretes diferentes, ainda que diante do mesmo caso concreto ou de casos concretos muito semelhantes.

Por sua vez, de acordo com o apresentado na 2ª Parte deste estudo, observamos que há, contudo, fatores que podem gerar interpretações dissonantes de um mesmo princípio, quais seja, o ramo do Direito no qual o princípio está a repousar (um mesmo princípio constitucional apresenta-se com contornos e limites diferentes de acordo com o meio jurídico no qual se apresenta) e o momento histórico no qual se dá tal interpretação (a modificação de circunstâncias sociais, políticas, econômicas e até mesmo de concepções jurídicas pode dar azo a uma novel interpretação do princípio diferente da interpretação pretérita). Concluiu-se que, mais do que uma possibilidade de interpretações dissonantes, haveria uma verdadeira necessidade de o hermeneuta levar em consideração tais fatores para atribuir maior ou menor força a um princípio constitucional.

Isto exposto, uma dúvida que pode surgir é a seguinte: *será que essa atribuição de uma maior ou menor força a um princípio – a depender do meio jurídico no qual se encontra inserido e do momento histórico no qual se realiza sua interpretação – merece mesmo ser estudada autonomamente ou tais questões podem simplesmente ser resolvidos através da técnica de ponderação de princípios? Ou seja, será que a atribuição de maior ou menor força ao um princípio e a fixação de seus contornos e limites não é decorrente justamente do embate deste princípio com princípios setoriais de cada ramo do Direito? Ou não será decorrente, igualmente, do embate deste princípio com outros princípios mais ou menos fortes a depender da época*

na qual se dá o embate? Será que a técnica da ponderação – fulcrada na dinâmica relação dos princípios constitucionais entre si para definir sua força, contornos e limites já não é passível de explicar tal fenômeno, sendo despiciendas as observações feitas na 2ª Parte desse estudo? Acreditamos que não.

Como abordado na 2ª Parte do texto, é majoritária no Brasil a *teoria relativista*, segundo a qual a definição de contornos e limites dos princípios deve ser feita não *a priori*, mas a partir da análise dos conflitos principiológicos que surgem nos casos concretos. Nada obstante, defendeu-se também que, apesar da aceitação de tal teoria, é necessário que se conceitue os princípios também em *abstrato*, isto é, sem considerar suas relações com outros princípios. Tal necessidade é fruto do próprio imperativo de que se saiba o que representa um princípio para o ordenamento jurídico e, dessa forma, ser possível aplicá-lo, ainda que tal conceituação, feita em *abstrato*, *a priori*, possa sofrer deformações quando da aplicação do princípio em concreto. *Por exemplo*, se não sabemos nem o que quer dizer *princípio da função social da propriedade* (art. 5º, XXIII, CRFB), como pretender identificar as situações da vida as quais tal princípio pode ser aplicado? Ou seja, ainda que se considere a teoria relativista, mostra-se necessária que cada princípio seja também definido em *abstrato*. Do contrário, sua instrumentalização na hermenêutica jurídica não tem nem como acontecer.

Com base nessa observação é que, respondendo à indagação feita no título desta parte do estudo (*A técnica de ponderação de princípios não levaria ao mesmo resultado?*), se pode afirmar que *não basta a utilização da técnica da ponderação para que se atribua menor ou maior força a um princípio, seus contornos e limites*. Antes da realização da ponderação, mostra-se interpretativamente saudável a definição de tais contornos e limites em *abstrato* para aquele determinado ramo jurídico ou para aquele determinado momento jurídico. Exemplifica-se.

Como foi possível depreender do exposto na 2ª Parte deste estudo e, igualmente, a partir do teor do voto da Ministra ROSA WEBER no julgamento da ADI nº. 4578 (*Lei da Ficha Limpa*), para se chegar à conclusão pela constitucionalidade dos dispositivos legais retrotranscritos, mostra-se necessária uma análise do princípio constitucional da presunção de inocência em duas fases. *Primeiro*, realiza-se um exame em *abstrato* da força do referido princípio no bojo do Direito Eleitoral e, *depois*, uma análise em concreto do conflito entre esse princípio (frise-se, considerando a força, os contornos e limites do mesmo após a primeira fase) e outros que permeiam a regulação da situação *sub examine*, com destaque aos princípios constitucionais da probidade e da moralidade administrativa (art. 14, §9º e 37, *caput*, ambos da CRFB). Dessa forma, o princípio constitucional da presunção de inocência já sai da primeira fase de análise (*análise em abstrato*), combatido (se levada em consideração sua força nas searas penal e processual penal) e esse arrefecimento de sua força é que o faz sucumbir quando do confronto com os demais princípios mencionados (*análise em concreto*). Caso houvesse exclusivamente a fase da análise em concreto (fase da ponderação), com a chegada do princípio da presunção de inocência para o *embate principiológico* com a força que detém no Direito Penal e Processual Penal – isto é, sem a prévia desconstrução de sua força no bojo do Direito Eleitoral -, o resultado da ponderação de princípios fatalmente seria

diferente. Aliás, o voto do Ministro DIAS TOFFOLI (vencido) incorreu, *data maxima venia*, em tal equívoco.²⁹

No tocante às modificações fáticas (sociais, políticas e econômicas) ou jurídicas a demandar a avaliação da força de um princípio em determinado momento histórico, igualmente o procedimento obedece a uma lógica dicotômica e o julgamento da ADI nº. 4578 (*Lei da Ficha Limpa*) também se mostra proveitoso a tal percepção. Caso não tivesse o Ministro Relator LUIZ FUX atentado para as atuais circunstâncias políticas e sociais (*análise em abstrato do princípio*), limitando-se a remeter à orientação fixada pelo STF no bojo da ADPF n 144, com certeza a conclusão de seu voto teria sido diferente. Isso porque, quando da realização da ponderação de princípios entre o princípio da presunção de inocência de um lado, e os princípios da probidade administrativa e da moralidade administrativa de outro (*análise em concreto do princípio*), aquele princípio (presunção de inocência) teria se apresentado em seus tons fortes, e não arrefecido pelas hodiernas circunstâncias políticas e sociais (que justificaram a perda de sua força no atual momento histórico).

Diante do exposto, é possível chegar à conclusão de que a aplicação isolada da técnica da ponderação de princípios (*análise em concreto das potencialidades do princípio quando do confronto com outros princípios*) é insuficiente à esmerada interpretação principiológica, mostrando-se necessário que haja, *num primeiro momento* a determinação da força, dos limites e contornos do princípio em *determinado ramo jurídico* e em *determinado momento histórico* (*análise em abstrato*). Somente depois dessa determinação é que se deve passar a ponderação de princípios, com a atribuição de diferentes pesos aos princípios para a regulação do caso concreto.

Tal percepção é importantíssima para uma saudável interpretação dos princípios constitucionais, mostrando-se de fundamental compreensão ao mais variados intérpretes jurídicos. Aos *magistrados*, para o exercício da atividade de julgar com a maior técnica, previsibilidade, transparência e justiça possíveis. Aos *demais órgãos de controle*, com destaque ao Ministério Público, Tribunais de Contas e Advocacia de Estado, para que possam cumprir seus papéis institucionais no controle de juridicidade.³⁰ E, por fim, à *sociedade*, destinatária final do exercício da Máquina Pública, para que consiga exercer um papel mais acurado de *accountability* sobre as atividades dos Três Poderes da República.

²⁹ Destaque-se, uma vez mais, que o inteiro teor do acórdão e os votos proferidos pelos Ministros no julgamento da ADI nº. 4578 estão disponíveis em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978> >. Acesso em: 28 set. 2015.

³⁰ Em artigo intitulado *Controle de políticas públicas pelo advogado público (!): considerações embrionárias*, baseado em tese apresentada e aprovada com louvor no XL Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF, realizado em João Pessoa - PB, em setembro de 2014, defendemos que, ante à imiscuição da Política no Direito, fruto do Neoconstitucionalismo, a possibilidade – e, mais, a inevitabilidade – de que tais órgãos de controle exerçam também o controle de políticas públicas. Tal fenômeno seria, pois, intrínseco à atual interpretação jurídica, sobretudo na atividade de controle com base em normas de menor densidade normativa, como princípios. Assim, tal panorama demandaria, dessa forma, atuação responsável e, a depender do órgão de controle, mais ou menos autocontida. Acreditamos que a inevitabilidade do exercício do controle é outro fator a demandar maior técnica na interpretação de princípios constitucionais por parte de tais órgãos de controle de políticas públicas igualmente pelos mencionados órgãos de controle valoriza ainda mais a necessidade de adequada compreensão do tema aqui tratado. V. AGUIAR, Guilherme Salgueiro Pacheco de. *Controle de políticas públicas pelo advogado público (!): considerações embrionárias*. In: *Revista Fórum Administrativo*, nº. 168, Belo Horizonte: Fórum, p. 34-61.

5. Síntese Conclusiva

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar os fatores que demandam uma hígida interpretação dissonante de princípios constitucionais, quais sejam, o *ramo jurídico* no qual está a repousar o princípio constitucional e o *momento histórico* no qual se dá tal interpretação.

Viu-se que um mesmo princípio constitucional, quando inserido em diferentes ramos do Direito, é visto a partir de diferentes lentes, exemplificando-se através da análise do princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, CRFB) no Direito Civil, no Direito Administrativo e no Direito Penal. Examinou-se também a mandatária dissonância interpretativa da força, dos contornos e limites do princípio constitucional da presunção de inocência nas searas penal e processual penal, eleitoral e administrativa.

No tocante à dissonância da interpretação de um princípio em diferentes momentos históricos, analisou-se a evolução da concepção do princípio da igualdade no contexto histórico norte-americano, bem como se sustentou a necessidade de reavaliação da posição do princípio da liberdade de expressão como liberdade preferencial no ordenamento jurídico nacional. Mencionou-se, outrossim, que a verificação das atuais circunstâncias sociais e políticas do país foi fator a provocar a superação de precedente do STF quando do julgamento da ADI nº. 4578 (Lei da Ficha Limpa).

Por fim, destacando-se a importância da escoreta interpretação dos princípios constitucionais por parte dos magistrados, demais órgãos de controle e sociedade, constatou-se que a interpretação de um determinado princípio constitucional deve se dar em duas fases: (i) uma *primeira fase* através da qual se localiza o princípio dentro do ramo do Direito infraconstitucional que está sendo analisado e, igualmente, dentro de determinado momento histórico; e (ii) uma *segunda fase* na qual é analisado o confronto entre os diversos princípios que permeiam a regulação da situação da vida, de acordo com a técnica da ponderação de interesses. Na primeira fase, haveria uma definição *a priori* da força, limites e contornos do princípio - a depender do ramo jurídico e do momento histórico - (*análise em abstrato*), ao passo que, na segunda fase, seria realizada uma análise do princípio em relação a outros princípios (*análise em concreto*).

6. Bibliografia

- AGUIAR, Guilherme Salgueiro Pacheco de. *Controle de políticas públicas pelo advogado público (?!): considerações embrionárias*. In: *Revista Fórum Administrativo*, nº. 168, Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Tomo II, São Paulo, 1933.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2.ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

_____. *Neoconstitucionalismo – o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil> - Acesso em: 02 ago. 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. *Suprema Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1991.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A Lei da “Ficha Limpa” – uma responsabilidade prospectiva?* In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* nº 66, Rio de Janeiro, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Relações entre poderes e democracia: crise e superação. Prefácio de Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: SARMENTO; Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional e contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

SCHAPIRO, Mario. *A crise é política não institucional*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/blogs/direito-e-sociedade/a-crise-e-politica-nao-institucional/>> - Acesso em: 28 set. 2015.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*, 1ª ed. Porto Alegre: Ed. Sergio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ªed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.