

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FACE AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS IMPLÍCITOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

THE CONSTITUTIONAL CONTROL FACE TO FUNDAMENTAL PRINCIPLES IMPLIED IN FEDERAL CONSTITUTION

Márcia Rideko Suzuki

Bacharelada do 5º período do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV,
mantida pela Fundação Educacional de Votuporanga – FEV.

E-mail:ridekosuzuki@hotmail.com

RESUMO

Diante das novas exigências sociais e da insuficiência do arcabouço jurídico em albergar todas estas situações, o poder judiciário tem extraído princípios implícitos do ordenamento jurídico. Contudo, existem controvérsias sobre a legitimidade do referido órgão para tal atividade, e também sobre a normatividade dos novos princípios. Desta forma, os princípios que já são largamente utilizados pela comunidade jurídica e que se mostram indispensáveis para efetivação dos direitos dos cidadãos, carecem de proteção e ficam vulneráveis a possíveis inconstitucionalidades. Este estudo trata da necessidade em se fazer o controle de constitucionalidade em face dos princípios implícitos na Constituição Federal, visto que eles já estão consolidados dentro do ordenamento jurídico brasileiro e possuem a mesma importância que os princípios expressos. Para isto, far-se-á uma análise doutrinária e jurisprudencial para se comprovar a importância destes novos mecanismos, além disto, se observará o impacto que eles causam na sociedade quando são aplicados. Assim perante a transição positivista para o neoconstitucionalismo em que se abandona o modelo exegético busca-se demonstrar a necessidade em se fazer o controle de constitucionalidade destes princípios. E é nisto que consiste a inovação proposta neste artigo, levando-se em consideração a retomada dos princípios, a importância que eles obtiveram no pós-positivismo, a nova forma de interpretação que resultam nos princípios implícitos, também resultado do referido movimento, torna mais do que necessário à ampliação dos mecanismos de proteção sobre eles. Nesta pesquisa foram utilizados os métodos dialético e dedutivo.

ABSTRACT

Faced with new social demands and inadequate legal framework in accommodating all of these situations, the judiciary has extracted implicit principles of law. However, there are controversies about the legitimacy of that body for such activity, and also about the normativity of new principles. Thus, the principles of which are already used by the legal community and is essential to show implementation of the rights of citizens, lack protection and are vulnerable to potential unconstitutionality. This study addresses the necessity to make the control of constitutionality in the face of the principles implicit in the Constitution, as they are already established within the Brazilian legal system and have the same importance as the principles expressed. For this, a doctrine and case law analysis will be made - to prove the importance of these new mechanisms, moreover, be observed the impact they cause in society

when they are applied. Just before the transition to the positivist neoconstitutionalism as it leaves the exegetical model seeks to demonstrate the need to make the control of constitutionality of these principles. And this constitutes the innovation proposed in this paper, taking into account the principles of recovery, the importance they had in the post - positivism, the new form of interpretation that result in implicit principles, also the result of that movement, makes it than necessary to increase protection mechanisms on them. In this research the dialectical and deductive methods were used.

PALAVRAS-CHAVE: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; NEOCONSTITUCIONALISMO; EFETIVAÇÃO DE DIREITOS.

KEYWORDS: CONTROL OF CONSTITUTIONALITY; CONSTITUTIONAL PRINCIPLES; NEOCONSTITUTIONALISM; EFFECTIVE RIGHTS.

“A constituição existe para o homem e não para o Estado; para a sociedade e não para o poder”.

Robespierre

INTRODUÇÃO

Após a Carta de outubro de 1988 o Direito brasileiro experimentou uma nova fase hermenêutica, abandonou-se o modelo positivista que obrigava o interprete quedar-se enclausurado ao texto do dispositivo legal.

Com a tal abertura hermenêutica o aplicador do direito passou a vislumbrar não só o que estava escrito, mas também o que estava implícito no texto normativo e, mais do que isto, passou a relaciona-lo com a sociedade, surgindo assim novos princípios que serviram como *norte* em direção à justiça.

Tais princípios surgiram com as mudanças sociais e, estas acontecem a todo instante, o que torna impossível o trabalho do legislador que pretenda positivizar todos no corpo constitucional, ainda mais que contamos como uma Constituição rígida, no qual o processo de alteração é dificultoso.

Contudo, isto não pode se tornar um empecilho para garantir tais direitos à população, pois estes princípios mesmo que não positivados são de grande relevância e, uma ofensa a eles causaria instabilidade tanto no sistema jurídico, como também no sistema social.

Neste diapasão, não se pode permitir nenhuma ofensa a eles e, caso uma norma venha afrontá-los deve ser objeto do controle de constitucionalidade.

Visto que, tal mecanismo não tem somente como premissa máxima o texto constitucional, mas também a sociedade.

O presente trabalho buscará demonstrar a importância da consagração de princípios implícitos no Texto Constitucional e, a possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade sobre tais princípios.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO

A Assembleia Constituinte que proporcionou a abertura democrática no Brasil fez a democracia ser *pintada* com *cores* mais vivas ante a possibilidade da plena participação da população neste processo constituinte.

O poder constituinte nunca antes na história pode contar com a cooperação popular de forma tão participativa, foram enviados a assembleia 72.719 formulários que ficaram conhecidos como “Carta dos Sonhos”.

Estes tinham o intuito de criar uma Constituição que fosse voltada para o povo, assim, por estas e por outras peculiaridades a Carta de Outubro, se tornou muito especial, sendo considerada um divisor de águas entre um período em que a Constituição Federal era frequentemente afrontada e outro em que goza de grande respeito.

A necessidade em se proteger os princípios é fruto do neoconstitucionalismo, pois após a Carta de 1988 houve a criação de terreno propício para a insurgência e sustentação destes, sob o fundamento de que há obrigação de se cumprir o estabelecido no corpo da Constituição, passando-se a utilizar um novo modelo de interpretação.

Sabe-se que no período positivista ocorreram graves crimes contra a humanidade, a segunda guerra mundial foi palco de batalhas violentas e sangrentas que resultaram em números incalculáveis de mortos.

Eram inaceitável que tais comportamentos ficassem sob a guarida da legalidade, os conceitos positivistas tiveram que ser revistos, e a conclusão foi a perda da força deste modelo.

[...]a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei.¹

Nesta conjuntura, observou-se que era preciso fazer a reaproximação entre o Direito e a ética, já não era mais suficiente para a sociedade o Direito com rigor científico

¹BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327-378.

isento de valores, era preciso um Direito *vivo*, mais humano e moral, que refletisse e protegesse o povo.

Assim, resgatam-se os princípios, pela necessidade da utilização da razão, e de se fortalecer este novo paradigma no Direito que consiste no amparo do povo brasileiro.

A Carta de Outubro positivou em seu bojo vários dispositivos voltados para a sociedade, mas a lei fria não é suficiente para atingir o verdadeiro desejo constitucional. Nesta senda, com o intuito de se extrair todo conteúdo das normas utiliza-se os princípios, garantindo assim o cumprimento do Texto Constitucional.

No entender de Paulo Bonavides:

Todo o discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.²

Ainda em decorrência da força normativa adquirida pela Constituição surge um novo modelo de interpretação, denominada como interpretação constitucional.

Partindo da premissa da insuficiência dos métodos tradicionais para solucionar conflitos criam-se mecanismos com o fim de atingir a pacificação social.

Luiz Roberto Barroso ensina que:

Sucedem, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico.³

Destarte, os princípios, a jurisprudência, a doutrina e o Poder Judiciário adquirem novas posições dentro do Direito, antes o juiz não passava de mero aplicador da lei “*la bouche de la loi*,” agora ele faz parte do processo de criação do Direito.

Também, os princípios granjearam um novo *status*, em outros tempos serviam apenas para validar o sistema jurídico, careciam de normatividade, atualmente são considerados como pilas mestres e são amplamente utilizados no processo de interpretação.

[...] o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. *supra*) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.259.

³ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p.11.

elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais.⁴

Portanto, o neoconstitucionalismo caracteriza-se por uma grande mudança no comportamento do Direito, [...] exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como “conformação da lei.”⁵

A retomada dos princípios deu-se em razão da necessidade de se aproximar o Direito da justiça, de garantir ao povo um Direito moral, que se preocupasse com a sociedade e que surgisse a partir dela.

Nesta conjuntura, o Direito positivo mostrou-se incapaz de cumprir esta missão, sendo necessário *hastear* os princípios para dar vida ao conjunto de regras e buscar o verdadeiro sentido delas.

Com a Constituição Federal no alto da pirâmide em que se emana por todo o ordenamento jurídico os seus desejos, nesta toada, todo o direito deve ser interpretado em consonância com seus desígnios o que por vezes faz surgir um novo direito.

Isto se deve ao fato de que “a obrigação do jurista não é mais apenas de revelar as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais.”⁶

Como se formasse sob o direito positivado uma *nuvem* formadora de outro Direito, que se une ao primeiro e que é dotado de validade, pois não surge do nada, mas sim da interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção- e não mais de simples revelação- confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e as aspirações da sociedade.⁷

Corroborando com a tese da força normativa dos princípios implícitos oriundos das interpretações do Texto Supremo, Luiz Guilherme Marinoni expõe que:

Não há como negar, hoje, a eficácia normativa ou a normatividade dos princípios de justiça. Atualmente, esses princípios e os direitos fundamentais têm qualidade de normas jurídicas e, assim, estão muito longe de significar simples valores. Aliás, mesmo os princípios constitucionais não explícitos e os direitos fundamentais não expressos têm plena eficácia jurídica.⁸

⁴ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p.7.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008, p.48.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008, p.47.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008, p.48.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008, p.47.

O alargamento dos métodos de interpretação possibilitou a descoberta dos princípios implícitos dentro do ordenamento jurídico, mas que não era possível notá-los, pois o Direito ao negar os princípios negava o próprio impulso vital, quedando-se morto e incapaz de chegar a este novo patamar de *auto* renovação.

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

As leis são corpos frios, isentos de vida, já os princípios são a *alma* do ordenamento jurídico, assim, os princípios tem a aptidão de trazer vida e humanismo a leis, estes são os pressupostos básicos de vitalidade daquelas, Joseph Esser alega que “[...] um Direito sem princípios nunca houve verdadeiramente.”⁹

No dizer de Carlos Ari Sundfeld:

Os princípios são as ideias centrais do sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. Tomando como exemplo de sistema certa guarnição militar, composta de soldados, suboficiais e oficiais, com facilidade descobrimos a ideia geral que explica seu funcionamento: ‘os subordinados devem cumprir as determinações dos superiores’. Sem captar essa ideia, é totalmente impossível entender o que se passa dentro da guarnição a maneira como funciona.¹⁰

Sendo assim, verifica-se que os princípios, além de serem o núcleo do ordenamento jurídico, conformam-se em diretrizes para as interpretações das normas, e mais do que isto, são preceitos aos quais se deve obediência, pois grandiosa é a importância que estes possuem. Vejamos adiante.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior entendem que “os princípios são regras- mestras dentro do sistema positivo. Devem ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema. Fazendo isso estaremos identificando os princípios constitucionais”.¹¹

É patente que o Estado está inteiramente fulcrado nos princípios, que apesar de estar consignado no Título I da Constituição Federal que seria nos artigos de 1º a 4º que se encontrariam, ainda encontramos outros princípios, de igual relevância, espalhados em seu Texto. Nestes, por sinal, estão descritos a maneira como o Estado funcionará bem como o norte que deverá seguir.

⁹ ESSER, Joseph. *Grundsatz und normin der richterlichen fortbildung desprivatrechts*, T. 4. Tubingen, Mohn Siebeck, 1990, p. 103 *Apud* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da teoria à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992, p.137.

¹¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013 p.106.

No artigo 60, §4º, nos incisos de I a IV, temos as cláusulas pétreas da Constituição Federal, tais dispositivos funcionam como mecanismos de proteção, impedindo a abolição de direitos de extrema relevância para a sociedade e para a organização do Estado.

Se observarmos, o conteúdo dos artigos do título I- “Dos princípios Fundamentais”, notaremos que estes contêm a mesma matéria do §4º do art. 60, assim podemos concluir que os princípios fundamentais são cláusulas pétreas, da Constituição Federal, uma ofensa a eles e estará se ofendendo também o que se pode chamar de *essência* da Constituição Federal.

Não há dúvidas quanto ao destaque que os princípios possuem dentro do ordenamento jurídico nacional, no entanto, sabe-se que tamanha importância não fora presente em todos os momentos da história do Direito.

Pois, “a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós- positivista.”¹²

No período jusnaturalista, [...] “os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça.”¹³

Neste período os princípios não tinham força suficiente para exigir que fossem cumpridos, além disto, possuíam uma enorme carga axiológica, o que segundo Enterría, [...] “os arrastou ao descrédito.”¹⁴

Na era positivista, o direito era liderado pela lei, ela era a rainha de todo ordenamento jurídico, os princípios foram inseridos no sistema, apenas para suprir as lacunas legais, e garantir consequentemente os desígnios da lei.

Neste sentido, Gordillo Cañas assevera que:

[..] os princípios entram nos Códigos unicamente como “válvula de segurança”, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos “para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo.”¹⁵

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.259.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.259.

¹⁴ ENTERRÍA, García de. **Reflexiones sobre la ley e los principios generales del derecho**, pp. 59 e 60 *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 262.

¹⁵ CAÑAS, Antonio Gordillo. **Ley principios generales y constitución: apuntes para una relectura, desde la constitución, de la teoría de las fuentes del derecho**. Anuario de derecho civil. 1988 *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 262.

Muito se discutiu sobre a normatividade dos princípios neste período, os juspositivistas não atribuíam crédito a tais disposições.

A doutrina, deste período, dizia que o valor dos princípios não se originava pelo fato de [...] “serem ditados pela razão ou por constituírem um Direito Natural ou ideal, senão por derivarem das próprias leis.”¹⁶, com isto, submetiam-se extraordinariamente ao império da lei relegando-os a segundo plano.

Após este período extremamente legalista, os princípios experimentam uma fase de grande pujança e passam a ser tratados como *osustentáculo* maior dos direitos, esta fase é denominada como neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.

Este movimento surgiu no Brasil após a Carta Cidadã de 1988, a partir desta os intérpretes das leis passaram a ter maior discricionariedade, e se libertaram da obrigação de seguir os códigos à risca.

Paulo Bonavides referindo-se a este período diz:

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.¹⁷

Assim, “nesse cenário, os princípios assumem um valor extraordinário, granjeando densificação nas mais diversas situações jurídicas.”¹⁸, pois eles funcionam como um norte para os intérpretes do direito.

A inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais.¹⁹

Contudo, não foi só isto que o neoconstitucionalismo trouxe com maior liberdade para interpretação das normas, o intérprete pode orientar-se não só pelos princípios escritos na Constituição Federal, mas também pelos implícitos, devido à abertura que tal movimento trouxe ao aplicador do direito.

2.1 Os Princípios Constitucionais Implícitos

¹⁶ J. Arce y Flórez-Valdés, p. 39 *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 263.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.264.

¹⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013 p.106

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.259.

Existem vários princípios implícitos consolidados pelos tribunais e pela construção semântica nas doutrinas, como exemplo pode-se citar os princípios: da proporcionalidade²⁰, da insignificância, da confiança, da felicidade, da humanidade, da afetividade,²¹ da ubiquidade entre outros.

Paulo Bonavides com espeque em F. de Clemente aduz que:

Na época em que os princípios ainda se achavam embebidos numa concepção civilista, a saber, em meados da segunda década do século XX, por volta de 1916, F. de Clemente fazia esta ponderação elementar: assim como quem nasce tem vida física, esteja ou não inscrito no Registro Civil, também os princípios”, figurem ou não nos Códigos; afirmação feita na mesma linha de inspiração antipositivista daquela de Mucius Scaevola, por ele referido, ao asseverar que o princípio exprime “uma verdade jurídica universal.”²²

Do fragmento acima podemos extrair que mesmo que os princípios não estejam previsto nos códigos, ele possuem vitalidade dentro do ordenamento jurídico, exigindo-se assim que sejam respeitados da mesma forma como se estivessem expressamente definidos seu conteúdo e abrangência.

Corroborando, Emilio Betti citado por Paulo Bonavides diz [...] que todo princípio tem eficácia e, que “os princípios são normas escritas e não escritas.”²³

Assim, contrapondo-se ao período positivista em que reinava na hermenêutica o método exegético, tem-se o reconhecimento dos princípios mesmo que não estejam escritos.

Após experimentar períodos de frivolidade dentro do ordenamento jurídico, principalmente no período jus naturalista e jus positivista, eis que nas últimas décadas do

²⁰ APELAÇÃO. TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA DE EFEITO SIMILAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. O princípio da insignificância não se aplica às condutas descritas no art. 290 do CPM quando praticadas em lugar sujeito à Administração Militar. Igualmente, não incide as sanções previstas na Lei nº 11.343/06 ao mesmo delito, em face do princípio da especialidade. Súmula nº 14 desta Corte. Não ocorre violação ao princípio da proporcionalidade quando a reprimenda imposta é cominada em seu mínimo legal, bem como é assegurado o benefício do sursis. Autoria e materialidade comprovadas. Apelo desprovido. Decisão unânime. (BRASIL. Superior Tribunal Militar. Ação Penal nº 653220127050005 PR 0000065-32.2012.7.05.0005, Relator: William de Oliveira Barros. Curitiba, **Diário da Justiça Estadual**, 12 set. 2013).

²¹ Merece destaque o princípio da afetividade, não só pela enorme repercussão que tem-se levantado ao seu redor, mas pelo impacto que este tem causado na sociedade, as leis sempre pautaram as vidas das pessoas superficialmente, este princípio não obriga que ninguém ame, mas sem dúvida a mensagem que passa é de que não amar os filhos é errado. “**Amar é faculdade, cuidar é dever.**” Com essa frase, da ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. (grifou-se).

²²F.de Clemente, ano IV, n. 37, out. 16, p. 290 *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 256.

²³ BETTI, Emilio *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 273.

século XX surge o neoconstitucionalismo, que finalmente trouxe os princípios para o centro do ordenamento jurídico.

Destarte, em consonância com os desígnios constitucionais de proteger o homem e a dignidade da pessoa humana bem como alcançar os ideais de justiça, observando a boa-fé, a função social e a eticidade, os princípios cumprem a função de guiar os interpretes do direito para que consigam efetivar os intuitos do Estado brasileiro.

O fato é que somente os princípios escritos não são suficientes para garantir que estes objetivos sejam alcançados, por isso, faz-se necessário através das interpretações dos textos constitucionais, das necessidades sociais, da jurisprudência e, enfim de todas as fontes do direito, observar os princípios que estão implícitos dentro do ordenamento jurídico.

Em reflexão profunda pode-se dizer que a nova forma de interpretação dos textos constitucionais, trouxe uma *transcendentalidade* impar aos princípios, pois vislumbramos uma verdadeira sobreposição dos alcances inicialmente traçados pelo legislador no momento de sua inserção ao ordenamento jurídico.

O novo papel que os princípios exercem dentro do direito é de evolução automática, atualmente os próprios princípios se renovam. Eis que com o condão de atender as necessidades sociais tais princípios são inseridos novamente no sistema (input) promovendo uma abertura aos influxos sociais e um novo *feedback*, como resposta à autogeneratividade de tais princípios.²⁴

Exemplificando, podemos citar o princípio do devido processo legal, que no início “[...] tinha como intuito enfraquecer o autoritarismo que vivia a Inglaterra em função da Monarquia”²⁵, porém com o passar dos anos ele teve outras diversas faces.

Atualmente, com o entupimento dos tribunais surgiu a necessidade de garantir maior agilidade nos julgamentos, eis que nasce o princípio da celeridade, que é fruto do devido processo legal.

Pode-se observar que de início, na origem, e em outros tempos, o devido processo legal tinha um objetivo, mas com as mudanças na sociedade surgiram outras necessidades que fez nascer outro princípio com a mesma diretriz, mas com um escopo mais específico, com isto o Direito por si se aperfeiçoa e se adapta.

²⁴ PARSONS, TALCOTT. Papel e sistema social. In: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octavio. **Homem e Sociedade**: leituras básicas de sociologia geral. São Paulo: Editora Nacional, 1971. cap. 1. p 63-68.

²⁵TURBAY JUNIOR, Albino Gabriel. Uma introdução ao princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, conceitos, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação. **Âmbito jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11877> acesso em: 14 jan. 2014.

Assim, podemos concluir que os princípios implícitos surgem dos princípios mestres, em consonância com todo ordenamento jurídico e com as necessidades sociais, configurando-se como o modo de garantir o funcionamento do sistema de forma adequada e sem rupturas.

De início, pode causar estranheza o fato de ele garantir a operabilidade do direito, assemelhando-se com o período positivista. Contudo, deve-se observar que existe uma diferença gritante entre a função atual e a do período legalista, pois agora os princípios têm *status* elevado perante o ordenamento, eles são uma espécie de *degerenciador* do sistema. Atualmente, primeiro se observa um princípio e depois a norma, no passado primeiro se observava a lei tendo os princípios ínfima função de suprir as lacunas.

Sendo assim, faz-se mister que o Direito os proteja, estabelecendo mecanismos de controle que impeçam o vigor de normas que colidam com seus enunciados.

2.2 *Panprincipiologismo*²⁶

Com maior preocupação em se viabilizar o bem-estar das pessoas, o Poder Judiciário empreendeu maior esforço para assegurar que o estabelecido na Constituição Federal fosse cumprido.

Ocorreu à ampliação dos mecanismos que tutelam os interesses sociais, na interpretação das leis, das jurisprudências e doutrinas, surgiram princípios implícitos, denominados também como *panprincípios*.

A utilização dos princípios implícitos é necessária para o progresso do Direito, pois proporciona maior flexibilidade ao Poder Judiciário, desengessa o ordenamento jurídico e, contribui para a *travessia* do modelo positivista para o neoconstitucionalismo.

Aos poucos os regimes totalitários cederam espaço para um novo modelo de Estado, “[...] a doutrina percebeu os perigos de uma concepção do direito de grande dimensão *avalorativa*. Percebeu-se a necessidade da criação de um catálogo de direitos e garantias fundamentais para evitar os abusos do Estado.”²⁷

Contudo, a população não sofre mais com a intervenção Estatal, mas com a sua ineficácia, a educação, o sistema de saúde, o sistema prisional, encontram-se em situação

²⁶STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica em crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. São Paulo: Livraria do advogado, 2014.

²⁷ LIMA, Isan Almeida. Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n.2503, 9 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14737>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

precária, a realidade é que o Poder Executivo e Legislativo tem deixado muito a desejar, diga-se de passagem, a moral anda muito distante dos referidos poderes.

É claro que o princípio da felicidade não obrigará ninguém a ser feliz, e o da afetividade ninguém a amar. Porém, norteará os tribunais a tomar decisões mais humanas e mais próximas da vida social, o que já vem acontecendo, como, por exemplo, com o reconhecimento da união homoafetiva²⁸.

Em julgamento do Supremo Tribunal Federal, que trata do direito da percepção do benefício da pensão por morte de parceiro, o Ministro Celso de Mello articulou que:

O princípio constitucional da busca da felicidade que decorre, por implicitude, do núcleo que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, o gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função da sua própria teologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.²⁹

Em períodos pós-positivistas em que prevalece a sociedade em face da legalidade, não poderia o poder judiciário ficar inerte esperando que o poder legislativo criasse uma norma que regulasse o direito da pensão.

Se fizesse isto desampararia a sociedade, pois suspenderia seus direitos, que ficariam sem efeito, à espera da vontade do poder competente para criar normas.

²⁸ União civil entre pessoas do mesmo sexo - alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do supremo tribunal federal (adpf 132/rj e adi 4.277/df) - o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família - o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana - alguns precedentes do supremo tribunal federal e da suprema corte americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade - princípios de yogyakarta (2006): direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero - direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do código civil - o art. 226, § 3º, da lei fundamental constitui típica norma de inclusão - a função contramajoritária do supremo tribunal federal no estado democrático de direito - a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional - o dever constitucional do estado de impedir (e, até mesmo, de punir) "qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (CF, art.5º, XLI)- a força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo - **recurso de agravo improvido**. Ninguém pode ser privado de seus direitos em razão de sua orientação sexual. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário nº 477554 MG. Transcrições. **Informativo STF**. Brasília, 8 a 12 de agosto de 2011 - nº 635. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo635.htm#transcricao1>. Acesso em: 12 fev. 2014).

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Des. Ayres de Britto. Distrito Federal, Distrito Federal, **Diário da Justiça**, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538528#39%20-%20AC%D3RD%C3O>. Acesso em: 10 fev. 2014.

Desta forma, através das interpretações das leis extraiu princípios que estavam implícitos dentro do Direito.

O Judiciário tornou-se flexível viabilizando um melhor desempenho da sua função, o juiz deixou de ser um simples “boca de lei” e ao invés de só reproduzir as normas passou a ser peça chave para o atendimento dos anseios das pessoas.

Recentemente, houve decisão do STJ que proferiu sentença favorável a uma filha que pedia indenização ao pai devido à sua ausência em seu crescimento, não dando carinho, atenção; enfim, elementos que são primordiais para o desenvolvimento de uma pessoa.

O tribunal interpretando a Constituição Federal e os passos que caminhou a sociedade, decidiu com base no princípio da afetividade, que o pai deveria indenizar a filha por abandono afetivo.

O princípio em tela não se encontra grafado quer na Constituição, ou mesmo em outros diplomas, porém é de grande importância, sendo considerado, atualmente, a base da instituição familiar.

Assim, percebe-se que o mecanismo retira a *dureza* do Direito e, permite que ele seja moldável, tornando-se útil em tempo hábil.

Anteriormente, o juiz não podia ir contra a lei, mesmo que ela se mostrasse inócua perante o caso *sub-judice*, o magistrado não refletia acerca da sentença que proferia, o único trabalho que tinha era buscar a lei que se enquadrasse no caso e aplicá-la.

José dos Santos Carvalho Filho diz que:

Distingue-se a esfera da juridicidade — domínio amplo do Direito, composto de princípios e regras jurídicas — da esfera da legalidade — circunscrita às regras jurídicas, reduzindo-se somente a última ao sentido estrito de conformidade dos atos com as regras legais. É com noção de juridicidade que se abandona um conceito primário de legalidade, satisfeito com o cumprimento nominal e simplista de regras isoladas. Parte-se em busca da observância íntegra do Direito, compreendido este como um conjunto de normas dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos, bem como as regras específicas do ordenamento.³⁰

Este é um dos pontos que marcam a transitividade entre os dois períodos, a maior abertura para atuação do poder judiciário em busca da melhor operabilidade do Direito, abandonando-se a mecanização do Direito e seguindo-se as diretrizes Constitucionais.

Lenio Streck crítica a reverência desarrazoada à criação de princípios surgidos dos tribunais e doutrinas, dizendo que na prática tal atitude não tem surtido muito

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

efeito, além disto, afirma que, a discricionariedade do aplicador na interpretação do Direito, pode ocasionar abusos.

O referido autor afirma que:

[...] se de um lado a comunidade jurídica fabrica princípios no atacado, no varejo isso não vem servindo para muita coisa. Princípios acabam sendo a “pedra filosofal da interpretação”, cujo resultado não é ouro, mas, sim, chumbo. Outra imagem que remete aos princípios, no modo como são utilizados, é o “*skeptron*” da fala de Homero: aquele que o possui, pode dizer qualquer coisa... Na verdade, os princípios, no modo “valorativo” como são “fabricados”, acabam colaborando para a reificação do Direito, pela qual se transformam ideias em “coisas” (lembro, aqui, do poema *Nos Braços de Outro Alfabeto*, de Adonis: “diz a teu corpo, amigo do mistério — não poderás transformar as palavras em coisas). Para ser bem simples e direto: parece incrível que ainda não tenhamos uma ideia acerca do que é isto — o princípio...! Ficamos repetindo mantras inúteis e metafísicos como “princípios são valores”... Claro: e o que são valores? Fácil: aquilo que o intérprete diz que é! Bingo. Um adendo: como demonstrarei, quando mais precisamos dos princípios, eles somem...!³¹

Contudo, o que podemos extrair é que se os princípios, na prática, não produzem efeitos porque ainda não estão recebendo a importância que merecem, sendo rotineiramente ignorados. Ao se ampliar sua aplicação prática vislumbrar-se-ia sua serventia para todos. Com efeito, se o princípio da moralidade, por exemplo, fosse ferrenhamente aplicado nos casos em que envolve a administração pública.

Assim, o que se verifica é que o problema não é a criação dos princípios, mas sim, a falta de proteção e normatividade que se auffer a eles, isto naturalmente constitui mais um dos motivos pelos quais se deve ampliar o controle de constitucionalidade abarcando-os e impedindo as possíveis contrariedades.

No que tange a discricionariedade do aplicador do Direito, podemos dizer que o intérprete não possui tamanha liberdade, pois ele deve fazer interpretações constitucionais, além disto, os princípios não são tirados do nada, não são inventados, pelo contrário, são retirados do próprio Texto normativo, permanecendo em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico.

Portanto, a presença dos princípios implícitos produzidos principalmente pelo Poder Judiciário auxilia na construção de um Direito que seja capaz de solucionar os problemas do povo, é preciso que se de mais importância a fazendo com que sejam aplicados e deixem de ser apenas um preceito sem coercibilidade.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

³¹ **STRECK, Lenio.** Quando o direito só serve para dizer o que é "feito" fazer. **Consultor jurídico.** 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-05/senso-incomum-quando-direito-serve-dizer-feio>> Acesso em: 27 jan. 2014.

O controle de constitucionalidade é um dos temas mais antigos dentro do constitucionalismo, porém ainda é um tema de grande abrangência no âmbito do Direito Constitucional.

No ordenamento jurídico brasileiro figuradesde a Constituição Imperial de 1824. Contudo, faz-se necessário fazer uma ressalva, pois neste período o controle de constitucionalidade era exercido pelo parlamento, diferente do que acontece com a Constituição Federal de 1988 que aufere esta tarefa ao Poder Judiciário.

Neste diapasão, Gilmar Ferreira Mendes diz que “não havia lugar, pois, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle *judicial* de constitucionalidade.”³². Conclui-se assim, que todo o controle das normas ficava nas mãos de um único poder, o legislativo.

No entanto, ao mesmo tempo em que este tema é antigo, também se apresenta extremamente atual, influência trazida pelo neoconstitucionalismo que *encetou* a Constituição Federal no centro do ordenamento jurídico, exigindo-se assim uma maior proteção do seu conteúdo.

Luiz Roberto Barroso aduz:

[...]a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.³³

Nesta senda, é possível destacarmos a importância que a Carta Magna de 1988 passou a desfrutar dentro do ordenamento jurídico, e isso não por motivos banais, mas pelo fato de trazer em seu bojo direitos e garantias fundamentais que vão ao encontro dos anseios da sociedade e dos ideais de justiça.

Por tal motivo é eminentemente necessário que haja rigidez para alteração do texto constitucional, com o objetivo de se estabelecer um processo seguro para a inclusão ou modificação exclusão das normas, nada mais é que uma forma de proteção ao arcabouço jurídico constitucional.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**. Ed. Saraiva. 2012, p.23.

³³ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 tem como característica a rigidez, que “[...]exige para a sua alteração um critério mais solene e difícil.”³⁴

Ora, desta forma, “a existência de uma Constituição rígida cria uma relação piramidal entre estas e as demais normas do mesmo ordenamento jurídico, que com ela devem guardar relação de necessária lealdade.”³⁵

Com efeito, “a consequência desta hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional”, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.”³⁶

Caso uma norma seja contrária à finalidade estabelecida pelo Texto Supremo, ou por ofender uma lei, um princípio, seja ele implícito ou explícito deverá ser considerada inconstitucional. Tal medida não é exagerada, diante da preciosidade do conteúdo da Carta Cidadã de 1988.

Paulo Bonavides ensina:

[...] o que se tem em vista nos países de Constituição rígida é instituir um controle em proveito dos cidadãos, fundar uma técnica da liberdade em nome do Estado de direito, fazer das instituições e do regime político instrumento de garantia e realização dos direitos humanos e não, como sói acontecer nos organismos totalitários, técnica que reduz o homem a meio e não fim.³⁷

O controle de constitucionalidade não é somente um mero instrumento de garantir a supremacia da Constituição, nem assegurar a sua operabilidade impedindo que ingressem no âmbito jurídico normas que não estão de acordo com os seus preceitos.

Constata-se que o referido instituto tem um alcance bem ampliado, pois através das normas constitucionais e dos princípios ali presentes ele toma força, e torna-se um instrumento de garantia e efetivação dos desígnios constitucionais.

No momento em que ele impede, por exemplo, o ingresso de um dispositivo que ofenda o princípio da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que faz o controle ele põe a salvo tal direito, e assegura a sua continuidade.

Tendo em vista a superioridade do Constituição Federal e do dever de compatibilidade vertical com seu conteúdo, têm-se dois parâmetros para o controle de constitucionalidade: um formal e um material.

³⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p.38.

³⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p.60.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 296.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 298.

O primeiro, o parâmetro formal, “diz respeito às regras constitucionais referentes ao processo legislativo, vale dizer, aos meios constitucionalmente aptos a introduzir normas no sistema jurídico.”³⁸

Neste sentido, pode-se dizer que é um controle no qual se observa as regras estatuídas na constituição que dizem respeito ao processo legislativo, assim se observa as formalidades, as técnicas adotadas pelos órgãos que emana a lei, enfim, é um ato que tem como pano de fundo a tecnicidade.

Não obstante, “o exercício deste controle não oferece tantas dificuldades nem alcança grau tão alto de controvérsia como o que decorre do controle material de constitucionalidade”, não se pode desprezar a sua relevância, visto que tais solenidades previstas na Constituição, principalmente no que tange ao processo legislativo, tem como premissa máxima o equilíbrio dos três poderes.

Já o segundo parâmetro, o material, “refere-se ao conteúdo das normas constitucionais.”³⁹, examina seu conteúdo, não só o que está escrito, mas também o que está subscrito, não basta que se leia a texto, mas sim, que se faça uma análise profunda com base em habilidades hermenêuticas.

Paulo Bonavides afirma que:

O controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de *politicidade* de que se reveste, pois incide sobre o *conteúdo da norma*. Desce ao fundo da lei, outorga a quem exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais.⁴⁰

Com espeque no fragmento acima, aduz-se que, o controle material de constitucionalidade faz análises profundas, buscando o verdadeiro sentido da norma e não fica restrito somente à avaliação superficial do dispositivo.

Neste contexto, se pode concluir que ao fazer o controle de constitucionalidade se deve observar também os princípios implícitos no Texto Constitucional, pois em eras neoconstitucionalistas, sabe-se que as leis dizem muito mais do que está propriamente escrito.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS

³⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013 p.60.

³⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013 p.61.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 299.

O controle de constitucionalidade é atribuível em violações ou tentativas de violações de dispositivos presentes na Constituição Federal.

Ademais, em virtude dos princípios implícitos decorrerem da interpretação do Texto Constitucional pode-se dizer que diante de ameaças ou violações aos citados princípios também seria cabível a utilização do controle de constitucionalidade no afã de resguardá-los.

Como elucubrado linhas acima anteriormente, os princípios não escritos equiparam-se aos expressos no Texto Supremo, assim pode-se concluir que o procedimento adotado para barrar uma ofensa a algum princípio expresso, também pode ser usado para protegê-los.

Pela delimitação deste trabalho não irá se tratar aqui de todos os modelos de controle deste mecanismo de proteção, restringindo-se apenas aos objetivos do controle de constitucionalidade sob os princípios implícitos, e muito levemente sob os parâmetros técnicos.

A doutrina e jurisprudência pátria reconhecem o princípio do não retrocesso social, trata-se de um princípio implícito, o utilizaremos para exemplificação.

Em explicação sucinta, Narbal Antônio Mendonça Fileto, aduz que o princípio da proibição de retrocesso social está [...] implícito na Constituição brasileira de 1988, decorrente do sistema jurídico-constitucional pátrio, e que tem por escopo a vedação da supressão ou da redução de direitos fundamentais sociais, em níveis já alcançados e garantidos aos brasileiros.⁴¹

Reconhecido também na obra de Pedro Lenza que afirma que “[...]deve ser observado o princípio da vedação ao retrocesso, isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet*.”⁴²

Como visto, o referido princípio é uma grande conquista e garantia para sociedade, além disto, está em consonância com as diretrizes da Carta de outubro.

Oneoconstitucionalismo, com o alargamento da interpretação constitucional, permitiu que se criasse princípios como o supramencionado, sendo de grande importância para o povo, principalmente para a classe mais desprivilegiada, que diante de uma conquista na saúde por exemplo, não poderia assistir tal direito sendo arrancado posteriormente.

⁴¹ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição de retrocesso social. Breves considerações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2059, 19fev.2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12359>>. Acesso em: 17 dez. 2013.

⁴² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1089.

O controle concentrado tem por finalidade declarar a nulidade da lei violadora da Constituição, tal mecanismo tem como espécies a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Se uma lei geral e abstrata vier a ofender o princípio do não retrocesso social pode ser objeto da ADI, por exemplo, pois tal princípio já é amplamente reconhecido no ordenamento pátrio e mesmo que não escrito, está albergado dentro da Constituição Federal por meio dos outros princípios ali previstos.

O mesmo deverá ocorrer com os outros mecanismos que tem como diferença somente o procedimento, mas a premissa máxima é a mesma, ou seja, proteger a Carta Magna.

Seguindo nesta linha observamos que ocorreu uma grande democratização do Direito e conseqüentemente do controle de constitucionalidade que influenciado pelos novos paradigmas transformados ao longo do tempo, não se preocupa mais em proteger a lei, não é mais um instrumento que visa à proteção da supremacia poder legislativo, agora tal mecanismo é utilizado para a proteção do povo.

O controle de constitucionalidade teve grande evolução, expandiu o rol de legitimados para utilização do referido mecanismo, aderiu o modelo de controle de constitucionalidade no caso concreto, e permitiu a participação do *amicus curie*, estas mudanças aproximou a Jurisdição da população, que anteriormente diante de uma norma inconstitucional, não poderiam fazer nada, a constituição não tinha força normativa, e não se preocupavam muito se o Texto Supremo fosse violado.

Diante disto, há quem diga que o poder judiciário ficaria muito forte, tornar-se-ia um superpoder, afinal ele mesmo cria o princípio e ele mesmo faz o controle de constitucionalidade.

No entanto, os defensores desta tese estão enganados, pois os tribunais não podem julgar os casos tão livremente, devem seguir o princípio da motivação dos atos judiciais que são “[...]garantidores da imparcialidade do juiz mesmo com o aumento de seus poderes instrutórios, está o dever de motivar as decisões jurisdicionais.”⁴³

Além disto, não é o Supremo Tribunal Federal o responsável pela retirada da norma do ordenamento jurídico.

⁴³ LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquemático**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1028.

Ele apenas “[...] trata de reconhecer, ou não, a inconstitucionalidade do tema, fato que, por si, não determina a expulsão da norma do sistema, pois, no caso, a coisa julgada restringe-se às partes do processo em que a inconstitucionalidade foi arguida.”⁴⁴

Tal função cabe ao Senado Federal, que [...] “utilizando a competência do art.52, X, da Constituição Federal⁴⁵, tem a faculdade de, por meio de resolução, suspender a execução da norma.”⁴⁶

Portanto, os princípios, mesmo que implícitos, não podem passar despercebidos aos olhos do controle de constitucionalidade, pois já assumem papel importante dentro do Direito, e ofensas a eles constituem grave ameaça à Constituição.

Além disto, é uma forma do poder judiciário tutelar a Constituição Federal e o povo, já que ela tem a sociedade como núcleo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiro viveu-se sob a autoridade do rei, o *àncien regime* foi marcado pela discricionariedade, isto fez com que surgisse a necessidade de se controlar o poder, elevando a lei ao posto máximo do Direito, “ignorou-se as desigualdades sociais para privilegiar a liberdade.”⁴⁷

Posteriormente, surgiu o neoconstitucionalismo que consagrou os direitos sociais no texto constitucional.

Tal movimento influenciou várias mudanças dentro do Direito, sendo o responsável pelo abandono e adesão de vários padrões.

Também trouxe uma grande abertura hermenêutica que permitiu interpretações além do que estava previsto no dispositivo legal.

Com isto, o sistema jurídico abriu-se, transcendendo seus limites, sobrevivendo uma auto renovação das suas premissas, tornando-se mais abrangente e capaz de tutelar os anseios da sociedade.

⁴⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013 p.65.

⁴⁵ **Art. 52** - Compete privativamente ao Senado Federal: [...] **X** - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

⁴⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p.65.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008, p.43.

Surgiram novos princípios implícitos na Constituição Federal, como o da felicidade, da reserva do possível, do não retrocesso social, estes têm figurado frequentemente nas decisões dos tribunais, e foram peças-chaves na tutela dos direitos da sociedade.

Por isto, não se pode negar proteção a tais princípios, perante as batalhas que eles travam diante das injustiças.

Assim, tendo em vista que o controle de constitucionalidade tem como premissa maior a tutela da Constituição Federal, e que mesmo não estando escritos os princípios advém das normas presentes nela, devendo estes serem protegidos pelo referido instituto.

Permitir que o Controle de Constitucionalidade proteja os princípios implícitos é abandonar o molde *petrificante* do positivismo que não permitia que o interprete do direito chegasse ao fundo do direito, que desvendasse os seus mistérios mais obscuros, no meio de tantas incertezas guiadas pela ignorância do não saber, cometeram as maiores injustiças contra a sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da teoria à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327-378.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p.11.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Ação Penal nº 653220127050005 PR 0000065-32.2012.7.05.0005, Relator: William de Oliveira Barros. Curitiba, **Diário da Justiça Estadual**, 12 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Des. Ayres de Britto. Distrito Federal, Distrito Federal, **Diário da Justiça**, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538528#39%20-%20AC%D3RD%C3O>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário nº 477554 MG. Transcrições. **Informativo STF**. Brasília, 8 a 12 de agosto de 2011 - nº 635. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo635.htm#transcricao1>. Acesso em: 12 fev. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição de retrocesso social. Breves considerações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2059, 19fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12359>>. Acesso em: 17 dez. 2013.

LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1028.

LIMA, Isan Almeida. Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2503, 9 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14737>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**. Ed. Saraiva. 2012.

PARSONS, TALCOTT. Papel e sistema social. In: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octavio. **Homem e Sociedade: leituras básicas de sociologia geral**. São Paulo: Nacional, 1971. cap. 1. p 63-68.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica em crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. São Paulo: Livraria do advogado, 2014.

_____. Quando o direito só serve para dizer o que é "feito" fazer. **Consultor jurídico**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-05/senso-incomum-quando-direito-serve-dizer-feito>> Acesso em: 27/ jan/2014.

TURBAY JUNIOR, Albino Gabriel. Uma introdução ao princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, conceitos, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação. **Âmbito jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11877> acesso em: 14 dez. 2013.