

Estêvão d'Ávila Freitas

**A Interpretação Constitucional
na Teoria das Restrições dos
Direitos Fundamentais**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Programa de Pós-graduação em Direito

Rio de Janeiro, junho de 2008.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Estêvão d'Ávila Freitas

**A Interpretação Constitucional na
Teoria das Restrições dos
Direitos Fundamentais**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Francisco de Guimaraens

Rio de Janeiro
junho de 2008.



Estevão D'Ávila Freitas

A Interpretação Constitucional na Teoria das Restrições dos Direitos Fundamentais

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Francisco de Guimaraens

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Adrian Sgarbi

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Cláudio Pereira de Souza Neto

Universidade Federal Fluminense

Prof. Nizar Messari

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2008.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Estêvão d'Ávila Freitas

Graduou-se em Direito na UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais) em 1985. Especializou-se em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro. Participou de diversos seminários e projetos sociais na área de Direitos Humanos em parceria com os poderes públicos municipal, estadual e federal. Assessor Jurídico e membro do Conselho Curador da Fundação Movimento Direito e Cidadania, Professor do Núcleo de Prática Jurídica e Vice-Diretor da Escola Superior Dom Helder Câmara.

Freitas, Estêvão d'Ávila

A interpretação constitucional na teoria das restrições dos direitos fundamentais / Estêvão d'Ávila Freitas; orientador Francisco de Guimaraens. - Rio de Janeiro: PUC, Programa de Pós-graduação em Direito, 2008.

v., 163f.

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Programa de Pós-graduação em Direito.

Inclui referências bibliográficas

1. Hermenêutica constitucional. 2. Restrições dos Direitos fundamentais.
3. Direito constitucional. 4. Gomes Canotilho. I. Freitas, Estêvão d'Ávila. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Programa de Pós-graduação em Direito. III. Título

Dedico este trabalho à minha esposa Adriana Clark, pelo seu amor e
companheirismo.

Agradecimentos

Ao meu orientador Professor Francisco de Guimaraens pela inestimável generosidade humana, paciência e estímulo para a realização deste trabalho.

À minha mãe, Elza D'Ávila Freitas e minha cunhada Ciangeli Clark pelo carinho e dedicação.

Aos queridos amigos Paulo Umberto Stumpf, Valdênia Geralda de Carvalho e João Batista Moreira Pinto pelo apoio e confiança.

Ao estimado cunhado Giovani Clark pelo encorajamento imprescindível, sem o qual este trabalho não poderia ter sido realizado.

Resumo

FREITAS, Estêvão d'Ávila; GUIMARAENS, Francisco de. **A interpretação constitucional na teoria das restrições dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro, 2008. 163f. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente estudo versará sobre a Interpretação da constituição na Teoria das Restrições dos Direitos Fundamentais, objetivando oferecer uma compreensão da hermenêutica específica e constitucionalmente adequada para os direitos fundamentais. A primeira parte da pesquisa assentar-se-á, primordialmente, na tarefa de desenvolver propostas para uma teoria adequada da concretização de princípios constitucionais. O desenvolvimento deste estudo, conectar-se-á com dois pilares do Direito: norma e sistema jurídico. Isso porque incorporamos a noção pós-positivista de Constituição como sistema aberto de princípios e regras de Canotilho. A segunda parte da pesquisa pretende desenvolver uma metódica estruturante em vista de uma teoria que melhor se adeqüe as restrições aos direitos fundamentais na interpretação da Constituição brasileira de 1988. E se fala em teoria adequada considerando-se aquela voltada para a realidade jurídico-Constitucional brasileira que se nos revela, no texto constitucional de 1988. Na terceira parte do trabalho estudaremos a colisão, as restrições e a ponderação de interesses como ferramenta metodológica de aferição da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais. Por fim, na quarta parte do trabalho trataremos das restrições e colisões de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A concretização dos direitos fundamentais, as colisões e restrições e os seus correspondentes momentos de aplicação jurisprudencial mostram a importância do método concretizante para a configuração de uma Nova Hermenêutica projetada para melhor responder as demandas de uma sociedade plural e complexa, pois não perde de vista a realidade onde se insere.

Palavras-chave

Hermenêutica constitucional; Direito constitucional; Restrições dos direitos fundamentais.

Abstract

FREITAS, Estevão D'ávila; GUIMARÃES, Francisco de. **The Constitutional interpretation in the Theory of Restrictions of Fundamental Rights**. Rio de Janeiro, 2008. 163p. Dissertation of Master's degree. Post-graduate program in Law, Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro.

The present study will approach the interpretation of the constitution in the Theory of Restrictions of Fundamental Right, having as its objective to offer an understanding of the specific hermeneutic and constitutionally adequate for fundamental rights. The first part of the research will be based, primarily, in the task of developing proposals for a suitable theory of materialization of constitutional principles. The development of this study, it will be connected with two pillars of Right: norm and legal system. This, because, we incorporate the concept post-positivist of Constitution as Canotilho's open system of principles and rules. The second part of the research aims at developing a methodical structure, by regarding to a theory that better adapts to the restrictions on Fundamental Rights in the interpretation of Brazilian Constitution in 1988. It is said in adequate theory, taking into account that one which is directed toward a constitutional legal Brazilian reality that it is disclosed in 1988 constitutional text. In the third part we will study the collision, the restrictions and the balance of interests as methodological tool of gauging of the constitutionality of the restrictions on Fundamental Rights. Finally, in the fourth part of the paper we will deal with the restrictions and collisions of Fundamental Rights of Supreme Court jurisprudence. The achievement of the Fundamental Rights, the collisions and restrictions and their corresponding moments of jurisprudential application show the importance of the materializing method to set up a New Hermeneutic designed to better answer the demands of a plural and complex society, for it doesn't lose the vision of the reality where it is in.

Key words

Constitutional Hermeneutic; Constitutional Law; Restrictions of Fundamental Rights.

Sumário

1	Introdução	10
2	A Interpretação Constitucional	15
2.1	Especificidade da interpretação constitucional	21
2.2	Hermenêutica como método de interpretação	27
2.3	A Ciência das Normas- Kelsen e a Teoria Pura do Direito	37
2.3.1	A Norma Jurídica: O sentido objetivo de um ato de vontade	40
2.3.2	Norma e Valor	43
2.3.3	O Direito:Ordem Coativa da Conduta Humana	43
2.3.4	Sistema do Direito e Sanção	46
2.4	Metódos de Interpretação Constitucional	51
2.4.1	Integrativo ou Científico – Espiritual	51
2.4.2	Tópico – Problemático	53
2.4.3	Concretista (K. Hesse)	55
2.5	A Metódica Constitucional	56
2.6	Os Tópicos de Metodologia Constitucional para Canotilho	63
2.7	A Constituição como sistema de regras e princípios	66
2.8	As regras e princípios na doutrina de R. Dworkin	69
2.9	Estrutura da norma de direito fundamental	70
2.10	O conceito semântico da norma jurídica	71
2.11	O conceito pragmático de norma jurídica	72
2.12	A função dos princípios na hermenêutica constitucional	74
2.13	As regras e princípios na doutrina brasileira	78
3.	A Classificação dos Direitos Fundamentais em Vista de sua Melhor Adequação aos Princípios Constitucionais	82
3.1	Direitos de defesa	87
3.2	Direitos a não-impedimentos	88
3.3	Direitos a não-afetações	89
3.4	Direito a não-eliminação de posições jurídicas	90
3.5	Direitos a prestações positivas	90
3.6	Direitos a prestações normativas	92
3.7	Direitos a prestações materiais	93

4. A Teoria dos Direitos Fundamentais e suas restrições	95
4.1 As Restrições nos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988	110
4.2 Os limites das Restrições Constitucionais	120
4.3 Concretização dos direitos fundamentais como sua limitação	125
4.4 Reserva Legal	126
4.5 Limites Constitucionais em casos excepcionais	127
4.6 Colisão e concorrência dos direitos fundamentais	128
4.7 Colisão de direitos fundamentais	129
4.8 Solução das colisões de direitos fundamentais	129
4.9 As soluções interpretativas	130
4.9.1 Categorização	130
4.9.2 A hierarquização	132
4.10 Formas de colisão de direitos fundamentais	133
4.11 Ponderação de interesses e interpretação	134
4.12 Restrição de direitos fundamentais	137
4.13 Restrição legal e restrição aplicativa	139
4.14 Restrições expressamente estatuídas	140
4.15 Restrições expressamente estatuídas pela constituição	141
5. As Restrições e Colisões de Direitos Fundamentais na jurisprudência do STF	143
6. Conclusão	153
7. Referências bibliográficas	157

Introdução

Os direitos fundamentais representam uma conquista da Idade Moderna. As liberdades formais foram inspiradas pela doutrinas iluminista e universalista da Revolução Francesa e nos ideários libertários das Declarações Americanas que forneceram o substrato para uma hermenêutica dos direitos fundamentais. A doutrina liberal alocou, de um lado, os direitos individuais qualificados na condição de categoria jurídica plenamente eficaz e, de outro lado, os direitos sociais, compreendidos, por essa doutrina, como direitos de segunda categoria, cuja intervenção do Estado se torna imprescindível para a sua plena eficácia.

Um dos desafios para aquele que pretende dedicar-se ao estudo dos direitos fundamentais é aprender a interpretar as diversas vertentes ideológicas que subjazem as teorias hermenêuticas filosóficas em geral e as teorias jurídicas interpretativas em particular.

A emergência de novas teorias e métodos de interpretação dos direitos fundamentais precedeu o esgotamento dos métodos tradicionais de interpretação do direito e a superação da teoria hermenêutica Kelseniana após a Segunda Guerra Mundial.

A década de 50 na Alemanha registrou a ascensão da “viragem hermenêutica” que substituiu a exegese dogmática pela concretização da norma jurídica fundada nos valores democráticos e da dignidade da pessoa humana. Mas mesmo assim, não se pode falar do abandono das teorias tradicionais, antes, como ensina Larenz (1978, p.352) “a passagem a uma jurisprudência de valoração requer que a metodologia clarifique a especificidade destes novos modos de pensamento em relação aos instrumentos tradicionais de pensamento.” .

Qualquer estudo dos direitos fundamentais deve, além da preocupação de buscar uma sólida teoria a seu respeito, redefinindo situações para adequá-las aos anseios procurados pelos indivíduos na época atual, em confronto com as suas necessidades mais urgentes, ser voltado, também, para torná-los compreensíveis pelas variadas camadas sociais. Estas, por outro ângulo, devem ser incentivadas a

fazer uso dos direitos que as protegem em frente ao Estado, aos grupos organizados e às maiorias, personalizadas ou não.

O presente estudo versará sobre a interpretação da constituição na teoria das restrições dos direitos fundamentais, objetivando oferecer uma compreensão da hermenêutica específica e constitucional adequada para os direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, trataremos das restrições implícitas (limites imanentes), das restrições que decorrem direta e expressamente da Constituição, ou que a própria Constituição, ao conferir o direito, estabelece a hipótese de restrição. As restrições cuja imposição pela lei infraconstitucional está autorizada pela Constituição e por último as restrições cuja imposição pelo Poder Judiciário está autorizada pela Constituição.

Além de aprofundarmos as técnicas de interpretação da norma constitucional, tentaremos oferecer propostas razoáveis e exequíveis para o exercício da função dos intérpretes da Constituição, haja vista que as questões sobre a hermenêutica dos direitos fundamentais não podem prescindir de uma análise consciente dos fatos que levam à escolha dos princípios diretores da atividade interpretativa - concretizadora.

Durante muitos anos a hermenêutica constitucional no Brasil esteve pautada nos métodos tradicionais (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) e o formalismo tomou conta da atividade interpretativa em quase sua maioria. Poucos ousaram desenvolver considerações e críticas que questionassem o alcance da interpretação promovida pelo único e exclusivo emprego desta metodologia.

Atualmente pode-se perceber a influência da hermenêutica estruturada na Alemanha a partir da década de cinquenta e que vem pondo em discussão um novo método, além de questionar o alcance da atividade interpretativa, inserindo novos atores sociais no quadro daqueles que tomam parte desta atividade com base na teoria democrática.

Neste estudo procuraremos descrever alguns pontos relevantes da Nova Hermenêutica, apontando sua relevante contribuição para a interpretação das normas constitucionais que são carregadas de peculiaridades. Também defenderemos a idéia de que a Constituição brasileira de 1988 não prevê expressamente como se deve proceder com relação às restrições dos direitos fundamentais. Assim, a doutrina, com base em dispositivos constitucionais e na jurisprudência do STF, tem identificado como limite intransponível, além do princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, da CF/88), a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade e a proibição de restrições casuísticas a estes direitos.

Para tanto, no primeiro e segundo capítulos da dissertação, relacionaremos as particularidades das normas e princípios constitucionais que tornam a tarefa da interpretação mais dificultosa do que a interpretação dos comandos infraconstitucionais. Em seguida, no terceiro capítulo, faremos uma classificação dos direitos fundamenmtais, no intuito de desenvolver propostas para uma teoria adequada da concretização destes direitos. Após, mencionaremos algumas razões que justificam a necessidade de uma nova hermenêutica mais apropriada à interpretação da Constituição, privilegiando na abordagem o emprego do método normativo concretizante.

No quarto capítulo, será tratada a delicada questão das restrições aos direitos fundamentais, delimitando-se o conceito de restrição e a possibilidade teórica de sua existência. Em uma sociedade democrática e pluralista, a restrição a direitos é um fenômeno inafastável. Daí poder dizermos, que as restrições decorrem da teoria dos limites imanentes, aqueles limites que não se encontram expressamente previstos na Constituição, mas que se mostram presentes em virtude da busca de harmonização dos diversos direitos constitucionais, surgindo a necessidade da ponderação entre os bens juridicamente protegidos.

O quinto capítulo dedica-se a estabelecer uma ligação entre a teoria estudada nos capítulos anteriores e a concretização do direito através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Saliente-se, outrossim, que o método de interpretação e concretização de Gomes Canotilho, por nós escolhido neste trabalho, também explicitará com mais clareza elementos que já foram trabalhados por autores como Friedrich Müller e Konrad Hesse. Tal método para Canotilho tem um alcance mais amplo para suprir as necessidades do constitucionalismo contemporâneo, visto sua referência à Constituição dirigente, que procura estender a dimensão do alcance das normas constitucionais, dando especial atenção ao papel dos princípios na ordem constitucional.

Assim, numa Constituição escrita, considerada como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, pressupõe-se como ponto de partida normativo da tarefa de concretização-aplicação das normas constitucionais a consideração de norma como elemento primário do processo interpretativo, a mediação do conteúdo semântico do texto da Constituição, e independentemente do sentido que se der ao elemento literal, o processo concretizador da norma constitucional começa com a atribuição de um significado aos enunciados lingüísticos do texto constitucional.

Interessa no diálogo que faremos com Canotilho tornar mais claras as várias dimensões da norma, a saber: programa normativo, isto é, o componente lingüístico da norma que é resultado de um processo parcial de concretização pautado, sobretudo, na interpretação do texto normativo; e o domínio ou setor normativo, ou seja, o componente real, empírico, fático da norma que resulta de um segundo processo parcial de concretização baseado na análise dos elementos empíricos. Segundo o autor citado, a norma é a junção do programa normativo com o domínio normativo, é um modelo de ordenação orientado para uma concretização material, constituído por um limite de ordenação, expresso através de enunciados lingüísticos e por um campo de dados reais (atos jurídicos, fatos materiais, etc). A normatividade é portanto o efeito global da norma num determinado processo de concretização.

No presente estudo, a primeira parte da pesquisa assentar-se-á, primordialmente, na tarefa de desenvolver propostas para uma teoria adequada da concretização de princípios constitucionais. O desenvolvimento deste estudo, conectar-se-á com dois pilares do Direito: norma e sistema jurídico. Isso porque incorporamos a noção pós-positivista de Constituição como sistema aberto de princípios e regras de Canotilho.

A segunda parte da pesquisa pretende desenvolver a metódica estruturante adequada à teoria das restrições dos direitos fundamentais. E se fala em teoria adequada considerando-se aquela voltada para a realidade jurídico-Constitucional brasileira, apresentada a realidade constitucional que se nos revela, no texto constitucional de 1988.

Na terceira parte do trabalho estudaremos a colisão, as restrições e a ponderação de interesses como ferramenta metodológica de aferição da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais, tendo em vista sua interpretação jurisprudencial no STF.

Por fim, defenderemos que os direitos fundamentais são elementos constitucionais de um verdadeiro Estado democrático de Direito. A concretização desses direitos e os seus correspondentes momentos, mostram a importância do método concretizante para a configuração de uma Nova Hermenêutica projetada para melhor responder as demandas de uma sociedade plural e complexa, pois não perde de vista a realidade onde se insere.

2

A Interpretação Constitucional

Na acepção clássica de Savigny, interpretação é mero ato de conhecimento, consistindo em reconstruir o conteúdo da lei, elucidá-la, de modo a resgatar o sentido do texto viciado ou obscuro. (BONAVIDES, 1996).

No sentido atual, porém, não basta conhecer e encontrar a solução juridicamente correta e tecnicamente perfeita. Nesse sentido, interpretação da norma, além da fidelidade ao estritamente jurídico e ao texto interpretando, guarda um compromisso de cunho social e outro de ordem moral. Em vez de mero ato de conhecimento, é também ato de vontade, de criação, de declaração. Sob esse enfoque, interpretar o direito é solucionar o caso concreto com a ajuda do texto legal, de modo a obter uma decisão, a um só tempo, juridicamente segura, socialmente aceitável e moralmente justa. A interpretação exerce uma espécie de mediação entre o texto estático e a norma dinâmica que a partir dele se obtém. Daí Vigo (1993) declina que hoje a interpretação atinge pelo menos cinco dimensões: a) a propriamente jurídica; b) a fática; c) a axiológica; d) a lingüística ou semiótica; e e) a lógica.

Na dimensão axiológica, a interpretação valorativa consubstancia a atuação democrática do Direito, através da qual o intérprete opera o sistema positivo vigente em cada tempo e lugar, segundo o compromisso com o melhor direito, individual e socialmente considerado e ancorado, porém, numa ordem de valores consistentes.

Interpretar é trabalhar o fato jurídico para descobrir o conteúdo que a norma hipotética deve revelar; é mover o fato até o texto legal, para que o primeiro dite o conteúdo jurídico deste. A literalidade da norma é rígida, os fatos é que estão em ebulição no volver dos usos e costumes, das variações políticas e das descobertas tecnológicas. Logo, na operação concretizadora do direito, o que se valoriza é o fato e não a regra, ou que a valorização da regra ocorre em um segundo momento. Os fatos valorados é que ditam o sentido dos signos textualizados.

Os fatos não chegam ao Tribunal prontos e acabados. Chegam como matéria bruta, carente de lapidação. Requerem interpretação, avaliação e

valoração. É o que Larenz (1997) denomina fato bruto ou originário, cuja complementação ou abreviação cumpre ao intérprete, mediante o emprego, necessariamente, de valorações. Trabalhado ou filtrado o fato é posto na moldura legal, mesmo assim, várias alternativas de decisão se oferecem ao julgador. Contudo, na verdade, dada a coerência que o sistema jurídico deve guardar, só uma das opções é discursivamente justificável. Nesse momento, é a valoração que conduz à opção mais consentânea com o espírito da Constituição, para que se persiga, senão a sonhada única decisão de que fala Ronald Dworkin, pelo menos a mais adequada, juridicamente correta e socialmente justa. Daí asseverar Eros Grau que o Direito não é Ciência, mas prudência, caracterizada por juízo mais de razoabilidade do que de verdade. Eros Grau assinala que:

Texto e norma não se identificam: o texto da norma é o sinal lingüístico, a norma é o que se revela, designa. Daí podermos sustentar, seguindo Zagrebelsky, que o ato normativo, como ponto de expressão final de um poder normativo, concretiza-se em uma disposição (texto ou enunciado). A interpretação é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser, a interpretação, uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. As normas, portanto, resultam da interpretação; e o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas; o conjunto das disposições (texto e enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. Diz Canotilho que toda norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio – é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. (GRAU, 1995, p.12).

A distinção é fundamental porquanto a unidade sistêmica do ordenamento jurídico não se dá por intermédio de seus textos, mas de suas normas:

Interpretamos textos, note-se bem; a norma, não a interpretamos – ela é o resultado, não o objeto de interpretação. Mas ela (a norma) preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado. Vale dizer: a norma encontra-se, em estado de potência, involucrada; no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete ‘produz a mesma[...]’. (GRAU, 1995, p.13).

Sobre a diferença entre a noção de texto e norma Ferraz Júnior (1999) destaca o surgimento do método ligado à idéia de compreensão (método compreensivo) e a disputa em torno do objeto da própria teoria jurídica, sendo que

método e objeto são correlatos, e o ponto comum é o problema do sentido da ordem normativa. Visto sob o ângulo do objeto, o direito é visto como posição de um sentido através de um ou mais atos normativos; sob o enfoque do método, o problema é quando e onde captar esse sentido.

Essa dupla perspectiva fez surgir dois posicionamentos diversos da doutrina:

- o sentido da norma está na vontade do legislador (doutrina subjetivista); sendo a interpretação uma compreensão da vontade do legislador, ela se faz *ex tunc*, desde o aparecimento da norma, ressaltado o aspecto genético;
- o sentido da norma está na vontade da lei (doutrina objetivista), ou seja, a norma tem um sentido próprio, decorrente de fatores objetivos, de certa forma independente do sentido que lhe quis dar o legislador, daí, ser uma interpretação *ex nunc* (desde agora, tendo em vista a situação em que ela se aplica), onde sobressaem os aspectos estruturais em que a norma vige e as técnicas para a sua captação.

Assim sendo, continua Ferraz Júnior (1999), a polêmica mostra alguns pressupostos básicos da hermenêutica jurídica. A partir da constatação de que o ato de interpretar tem por objeto não um texto, mas o sentido que ele expressa, sentido esse que lhe foi outorgado por outro ato interpretativo - o da autoridade competente - que por sua vez é condicionado por uma série de fatores que podem alterá-lo, restringi-lo, aumentá-lo, chega-se assim à questão do ponto de partida da interpretação.

Aqui, faz sentido a posição que interpretar é compreender outra interpretação, há que se estabelecer um ato doador de sentido. Eis o dogma, sendo característica da hermenêutica o caráter dogmático do seu ponto de partida.

O dogma inicial pode ser colocado sob diversos aspectos, hierarquizados ou não: v.g. pode-se partir da norma positiva, vista como dogma, como também se pode questioná-la sob a ótica da sua justiça, ou sob o ângulo da efetividade, ou, ainda, reconhecer pontos de partida pluridimensionais, compatíveis entre si. O que importa é que esse ponto de partida seja tomado como indiscutível, para impedir o recuo até o infinito. Não obstante, a identificação do dogma é

materialmente aberta (objetivismo x subjetivismo), muitas vias podem ser escolhidas, traduzindo a liberdade do intérprete.

Essa correlação entre dogma e liberdade traz à baila outro pressuposto, é dizer, o caráter deontológico e normativo da interpretação.

Há uma tensão entre dogma (critério objetivo) e liberdade (arbítrio do intérprete) mas há, no Direito, uma obrigação de interpretar, como também deve haver uma interpretação e um sentido que preponderem e ponham fim (prático), à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas.

Para que se entenda esse fim prático, que é a questão que anima a ciência jurídica, deve-se observar o critério da decidibilidade, ou seja, criação de condições para uma decisão possível.

Em sendo que a finalidade prática domina a atividade interpretativa, ao jurista não cabe apenas compreender um texto, devendo, também, determinar o seu alcance, ou seja, deve por o texto normativo na presença dos dados atuais de um problema, e deve começar por definir, por examinar o sentido técnico do vocábulo, das palavras, que são tiradas pelo legislador da linguagem cotidiana, mas, muitas vezes, têm um sentido técnico que necessita de ser aclarado.

Assim, além da interpretação gramatical ou vocabular, deve o jurista buscar o sentido contextual da norma, que é a interpretação lógica e sistemática, para evitar a incompatibilidade (problema analítico e empírico) que é diferente da contrariedade (problema analítico de lógica formal, diferente da analítica jurídica), sendo que a oposição entre dois textos incompatíveis não decorre somente da sua oposição formal, mas exige um fato ou uma situação concreta.

Para atingir a coerência, salienta Ferraz Júnior (1999), a interpretação lógica vale-se de três procedimentos:

- a atitude formal (atitude preventiva, estabelecimento de regras gerais, antes da ocorrência dos fatos, v.g. problema da simultaneidade das normas, resolve-se com a introdução de um critério de sucessividade, ou de irretroatividade, ou de retroatividade benigna; outros critérios são o da especialidade, as regras da *lex loci*, da *lex personae*;
- a atitude prática, procura evitar incompatibilidades à medida que elas se apresentam, ou seja, ao contrário do critério anterior, essa atitude prática vai em busca de soluções, olhando as normas a partir de uma situação concreta. Exemplo do procedimento prático são as regras

jurisprudenciais, que buscam ver nas situações algumas exigências conforme critérios de justiça e de equidade; nessa noção se pode incluir as regras de interpretação dos contratos, dentre outras, que nasceram das decisões judiciais;

- a atitude diplomática é aquela em que o intérprete, tentando evitar uma incompatibilidade, pelo menos em dado momento e consideradas certas circunstâncias, inventa uma saída, que soluciona, ainda que provisoriamente ou tendo em vista aquele caso, o conflito. São as chamadas ficções interpretativas, admitidas naquela dada situação, pelas conveniências sociais, pela equidade, que permite raciocinar como se certos fatos não tivessem ocorrido ou vice-versa.

Ao exame das atitudes retro, vê-se que a interpretação lógica precisa dos fins propostos por uma legislação. Sobressai, enfatiza Ferraz Júnior (1999), nesse caso, a incompatibilidade entre a noção de *mens legislatoris* e de *mens legis*, e resulta no modelo hermenêutico de integração do direito.

Nesse modelo, discute-se a possibilidade de o intérprete ir além da compreensão da norma, configurando novas hipóteses normativas, quando o direito vigente não as prevê ou as prevê de modo insatisfatório.

As mudanças sociais fazem com que o jurista rompa com ‘uma espécie de admiração acrítica do direito positivo vigente’, surgindo discussões da existência ou não de lacunas nos ordenamentos, e, de outro lado, admitindo-se a sua existência, discussões sobre a legitimidade e limites da atividade integradora do intérprete.

A questão da lacuna tem aspectos muito complicados, admitindo-se a possibilidade de que ela exista, e não está ainda bem definida. A doutrina tem dificuldade de determinar o seu significado restrito, separando-o de outros casos como os das normas abertas (exigem fixação do sentido ainda vago), os dos conceitos valorativos (chamados “*standards* legais”), como o de honestidade, bons costumes, bem público, bom pai de família, etc.

Não se consegue distinguir, ainda, o conceito de lacuna no aspecto estático (ausência de norma) e no aspecto dinâmico (a historicidade do Direito revela lacunas que antes não existiam e preenche outras que já tinham sido reconhecidas).

Como instrumentos de integração, temos a analogia, a interpretação extensiva, a equidade, os princípios gerais, a indução amplificadora. Por exemplo, no Direito Público, diz-se que ele aceita a interpretação extensiva, mas não a analogia; devido à imprecisão dos conceitos, disputa-se se existem ou não lacunas e se a integração é legítima.

Conclui Ferraz Júnior (1999) por dizer que o problema da integração conduz a um novo modelo de ciência jurídica, visto que a questão do sentido da norma já contém uma referência à normatividade como um regulador do comportamento humano, que deve se adaptar, tendo em conta a contínua evolução e transformação, às novas exigências.

Também para Larenz (1997) seria um erro aceitar que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente obscuros, pouco claros ou contraditórios. Pelo contrário, arremata o mestre da metodologia da ciência do direito, em princípio, todos os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação, sendo essa necessidade de interpretação não um defeito, que se possa evitar mediante uma redação tão precisa quanto possível, mas um dado de realidade, que continuará a subsistir enquanto as leis, sentenças, resoluções e mesmo os contratos não forem redigidos exclusivamente em linguagem codificada ou simbolizada.

Larenz (1997) nos adverte que a interpretação de qualquer enunciado normativo há de iniciar-se pelo seu sentido literal - assim entendido o significado de um texto ou de uma cadeia de palavras no uso lingüístico geral -, e que, onde for possível constatar usos lingüísticos especiais, valerá o significado emergente dessa linguagem técnica porque a sua adoção, no texto de determinada lei, terá sido intencional e decorrente da necessidade de atingir objetivos que, ao ver do legislador, poderiam não ser alcançados se ele utilizasse a chamada linguagem vulgar.

Por isso, nas situações em que, evidentemente, a lei se tenha desviado do seu uso lingüístico especial, impõe-se apelar de novo para o uso geral, que, então, funcionará como instância de controle e tradução, balizando os limites nos quais há de se encontrar o sentido procurado, até mesmo como condição de legitimidade do preceito que se pretenda aplicar, porque parece intuitivo que uma norma ininteligível, veiculada em linguagem singularmente esotérica, não possa impor obrigações a ninguém.

No particular, isso significa, também, que ao aplicador do direito - por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação - não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, tampouco ir além do seu sentido lingüisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e fixado pela comunidade e para ela funciona como limite da interpretação.

Nessa perspectiva, segundo Larenz (1997) o respeito à autonomia do texto é indispensável à objetividade e à controlabilidade da interpretação, assim como a transcendência do objeto é condição de possibilidade do evento cognitivo como apreensão de algo externo ao sujeito, que se lhe opõe e para ele permanece um outro, mesmo depois de apreendido pela consciência. Assim, podemos afirmar que a letra da lei possui dupla finalidade, funcionando de um lado como ponto de partida para a elucidação do sentido pelo intérprete e, de outro, definindo os limites postos à sua atividade hermenêutica enquanto tal.

Dessa distinção entre texto e norma sobressai a figura do intérprete, a quem cumpre fazer a ponte entre esses dois elos. O papel do intérprete é de suma importância, porquanto poderá formular a norma segundo a carga de conhecimento, de cultura, de vivência e, até mesmo da ideologia que professe. Não se está dizendo, com isso, que tenha absoluta liberdade para declarar a norma, a ponto de poder até mesmo negá-la, mas que, com base nas limitações do próprio texto e do sistema, poderá realizar em cada texto a transformação de significado da norma.

2.1

Especificidade da Interpretação Constitucional

Os jusconstitucionalistas divergem quanto à especificidade da interpretação constitucional, ao argumento de que se trata apenas de hermenêutica jurídica aplicada à Constituição, conforme ilustra Luis Roberto Barroso:

A interpretação constitucional serve-se de alguns princípios próprios e apresenta especificidades e complexidades que lhe são inerentes. Mas isso não a retira do âmbito da interpretação geral do direito, de cuja natureza e características partilha. Nem poderia ser diferente, à vista do princípio da unidade da ordem

jurídica e do conseqüente caráter único de sua interpretação. Ademais, existe uma conexão inafastável entre a interpretação constitucional e a interpretação das leis, de vez que a jurisdição constitucional se realiza, em grande parte, pela verificação da compatibilidade entre a lei ordinária e as normas da Constituição. (BARROSO, ano, p.98)¹

Canotilho (1993), também não adota a especificidade da interpretação constitucional, recorrendo aos mesmos métodos da hermenêutica jurídica geral para “mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional.”. (CANOTILHO, 1993, p.208).

Bulos (1997, p.21) também é enfático ao afirmar que: “Logo, inexistente interpretação constitucional com foros de especificidade. O que há é uma interpretação jurídica das normas constitucionais.”

Mas a grande contradição dos negativistas está em dedicarem estudo ao tema específico. Como não admitir a especificidade da interpretação constitucional e ao mesmo tempo dedicar livros e artigos à matéria? Ora, a distância que separa a interpretação constitucional da interpretação jurídica geral é a mesma que separa esta da interpretação genérica. Em contrário, Maximiliano (1993), na década de 1920, já destacava a especificidade da interpretação constitucional da seguinte forma:

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais.

O Direito Constitucional apóia-se no elemento político, essencialmente instável, a esta particularidade atende, com especial e constante cuidado, o jurista. Devem as instituições ser entendidas e postas em função de que correspondam às necessidades políticas, às tendências gerais da nacionalidade, à coordenação dos anseios elevados e justas aspirações do povo. (MAXIMILANO, 1993, p.304-305).

Pacheco (1958, p.48) anota que “um dos elementos de maior mobilidade da Constituição é o processo da sua interpretação, que, por isto mesmo, se eleva a uma assinalada importância”. Na mesma linha, Bonavides (1996) observa que, excluídas as vias excepcionais do golpe de Estado ou da revolução, a ordem constitucional, quando se depara o imperativo da renovação, pode ser operada por

¹ O autor inclui nesta corrente Jorge Miranda, K. Larens, José Alfredo de Oliveira Baracho.

três caminhos normais: estabelecimento de uma nova constituição, a revisão formal do texto vigente e o recurso aos meios interpretativos.

É verdade que há as regras gerais da hermenêutica jurídica, porém cada ramo do direito se distingue por possuir princípios, legislação e doutrina próprios, suscitando por isso métodos especiais de interpretação, sem contudo apartar-se do esquema da teoria geral. O Direito Constitucional, em face do caráter aberto de suas normas, de inicialidade do ordenamento jurídico e de supremacia normativa, reclama muito mais.

Saliente-se, outrossim, que a Constituição terá de ser sempre um documento dinâmico, que reflita a dinâmica da própria sociedade. Assim o próprio contexto de Constituição revela uma ordem aberta. Uma Constituição verdadeira – por imperativo lógico – terá de ser aberta, por isso o uso no presente trabalho da expressão caráter aberto da norma constitucional.

O mundo fenomênico não representa um universo sem movimento, mas sim espaço privilegiado para o movimento das instituições que se transformam com frequência. Nada é estático e tudo é dinâmico em direito constitucional. As instituições de natureza políticas tratadas, definidas e estudadas por este ramo do direito atualizam-se de acordo com as modificações da sociedade, o que não permite um imobilismo extremado do direito.

Conceber a Constituição como ordem aberta não é vê-la sob a ótica do império do texto ou império de seu criador nem de seu intérprete. Conceber a Constituição como sistema aberto é perceber a necessidade de superação do maniqueísmo e da dicotomia. O objetivismo e o subjetivismo representam uma polarização que reduz o ato de interpretar.

Perceber a Constituição de forma aberta é conceber uma criação de natureza subjetiva, limitada pela força objetiva do texto. Representa assim, a fusão de espaços, onde objetivismo e o subjetivismo deixam de ser unidades polarizadas.

Smend, (1985) na obra Constituição e Direito Constitucional, publicada em 1928, já observava que constitui ilusão dos formalistas do Direito esperar que a norma jurídica se sujeita em toda parte à mesma interpretação e emprego, não importando sua conexidade com o direito público ou com o direito privado, com o direito formal ou com o direito material, com o direito constitucional ou com o direito administrativo.

Guerra Filho (2007) afirma que a interpretação constitucional é diferente de interpretar a Constituição segundo os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica. Porque esta se desenvolveu sob a égide do pensamento de ordem privatística. Assim, a interpretação constitucional acolhe os tradicionais métodos e recorre a outros recursos argumentativos, quando do emprego do instrumental clássico da hermenêutica jurídica não se obtenha como resultado da operação exegética uma “interpretação conforme a Constituição”. Por fim, deduz que, da diferença entre normas-regras e normas-princípios salta a necessidade da especial interpretação constitucional.

É essa natureza diferenciada de princípios e regras que suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada, diante da hermenêutica tradicional. Especialmente a distinção por último referida, segundo a qual os princípios encontram-se em estado latente de colisão uns com os outros, requer o emprego dos princípios da interpretação constitucional. (GUERRA FILHO, 2007).

Na verdade, a Constituição representa a condensação da vontade de um povo em um dado momento, com pretensão de longevidade, alimentada pelos princípios de direito e valores nela inseridos. Três dados sintetizam a especificidade da interpretação constitucional: I) o caráter político de suas normas; II) a natureza principiológica e valorativa de suas normas; III) a forma aberta de suas normas. Que, analiticamente, assim se desdobram em vários aspectos.

Em primeiro aspecto a natureza da linguagem da norma constitucional oriunda de um Poder Constituinte democrático é complexa, porque traduz a síntese de acordos entre correntes as mais diversas e mesmo contraditórias da sociedade, contendo o perene estado de tensão ali reinante. Conceitos como liberdade, igualdade, moralidade, função social da propriedade, bem comum, dignidade da pessoa humana, justiça social são bastante elásticos e abertos. Por outro lado, ao contrário da regra infraconstitucional, onde prevalece o sentido técnico, as palavras da Constituição devem ser entendidas no sentido comum, popular. “Vale a presunção de que a Constituição não foi escrita em linguagem arvezada e difícil, inçada de termos técnicos e sim em estilo simples, claro, chão, como obra do povo” (PACHECO, 1958, p.51). Aliás, há muito, Marshall citado por Pacheco (1958, p.52) já advertia sobre este ponto, e definia “sentido

comum das palavras como seu uso nos assuntos normais da vida, ou em autores reconhecidos”.

Em segundo aspecto percebemos a supremacia da constituição no contexto do Ordenamento Jurídico coloca o intérprete na responsabilidade de compreender o sentido dos comandos, cuja interpretação irradia-se sobre toda a interpretação da norma infraconstitucional.

Em terceiro lugar a norma constitucional tem o caráter de inicialidade, significando dizer que a Constituição é cabeça de capítulo de todos os ramos do direito codificado, sintetiza o esquema geral do Ordenamento Jurídico e sua linha ideológica, direcionando a interpretação de todo o direito de um povo.

Em quarto lugar percebemos que o direcionamento ideológico da interpretação constitucional contamina todo o sistema jurídico, conforme diz Häberle:

Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição. (HÁBERLE, 1997, p.27).

Como quinta característica, percebemos que a norma constitucional tem conteúdo específico, na maioria das normas de organização, ao contrário do conteúdo das leis, que é de regulação de conduta.

Em sexto aspecto notamos que a norma constitucional possui caráter político, porque “o poder constituinte é revolucionário nas suas raízes históricas e político na sua essência [...]. Apesar do seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico.” (BARROSO, 1996, p.104-105). O mesmo já observava Smend (1985) ao entender que o critério que permite distinguir a Constituição do resto do ordenamento jurídico é o aspecto político. Aditando a colocação de Duverger (1990), segundo a qual a natureza da política pode-se representar pelo deus Janus, de duas caras, uma referente à dominação e outra à integração, a Constituição objetiva e materializa exatamente essas duas faces, ou seja, documenta uma dominação disciplinada.

No mesmo sentido, Ribeiro (1990) assevera que o Direito Constitucional interage dialeticamente, numa área de confluência, com a Ciência Política, recebendo impregnações dos dois campos, o que lhe imprime a qualidade de Direito Político, numa “dupla amarra científica e a comum integração de objetivos” (RIBEIRO, 1990, p.23), o Direito com seus fatores estabilizadores e a Política com os seus fatores dinamizadores, “assegurando correlacionamentos dialéticos também com as ordens cultural, social e econômica.” (RIBEIRO, 1990, p.24).

Em reforço a essa posição, recorre-se a Verdú (1997) que compreende o Direito Político como o ramo do Direito Público interno que estuda as normas e instituições reguladoras dos poderes estatais e das liberdades fundamentais e um contexto histórico e sociopolítico, cujo conteúdo, em síntese, compreende a Ciência Política e o Direito Constitucional. Por fim, arremata que convém insistir e não olvidar que nas relações entre Direito político e Direito Constitucional, em qualquer dos enfoques – do Direito Político como Direito Constitucional e do Direito Constitucional como Direito Político prevalece sempre a qualificação dos conteúdos normativo-institucionais próprios do direito constitucional.

Por fim a interpretação constitucional rege-se por princípios, adiante analisados, e por regras particulares.

Para a corrente que não admite a especificidade da interpretação constitucional, essas particularidades não são privativas da norma constitucional, pois muitas normas legais têm direcionamento político, conteúdo ideológico e caráter aberto. (CALLEJÓN, 1997).²

Porém, há que se destacar que, enquanto na Constituição essas características constituem a regra, na norma infraconstitucional isso ocorre excepcionalmente, e o excepcional não desqualifica uma regra, antes confirma-a.

Na verdade, parece que há uma comunicação desvirtuada neste ponto, porque os negativistas não negam que haja uma interpretação diferenciada das normas constitucionais mediante o emprego dos mesmos métodos de interpretação do Direito em geral, enquanto os especialistas defendem que a

² Aqui a autora noticia que Garcia de Enterría destaca mais de 50 artigos do Código Civil Espanhol que representam conceitos jurídicos indeterminados. y los principios Generales Del Derecho, Cuaderno Civitas, Madrid, 1984. p.43.

interpretação constitucional parte das regras de interpretação do Direito em geral e adicionam princípios próprios.

Assim, parece que a diferença entre ambos está apenas que cada um atribui ao termo especialidade, porém nenhuma diferença substancial. A própria Callejón (1997) percebe que a insuficiência do método jurídico tradicional para interpretar a constituição deriva de que este está elaborado com categorias jurisprivatistas, entretanto o texto da constituição responde os reclames do pluralismo político. Assim esta crise dos métodos tradicionais é o fruto da peculiar posição da constituição em relação ao ordenamento jurídico.

Por fim, a evolução do Estado legal de Direito para o Estado democrático de Direito antepõe interpretação da Constituição à das demais regras, em virtude do referente hermenêutico que completa o círculo da supremacia constitucional no conjunto do ordenamento jurídico. O processo de controle da constitucionalidade por si só justifica a especialidade da hermenêutica constitucional, dado que toda norma legal deve ser cotejada com a Constituição, quer em sua literalidade, quer finalisticamente, ou seja a norma de concreção deve ser pronunciada de acordo com o programa normativo da Constituição.

A expressão programa normativo da Constituição aqui utilizada refere-se a interpretação do conjunto de dados lingüísticos, a explicação dos textos por meio de todos os métodos de interpretação. Por meio deste instrumento ou programa, o aplicador do direito escolhe a partir do campo factual, ou do campo de espécie, a quantidade de fatos normativos para a solução do caso.

O campo normativo ou âmbito normativo é o recorte da realidade social em sua estrutura básica que o programa normativo elegeu ou criou para si como seu âmbito de regulamentação. Assim o programa normativo e o campo normativo formam a norma jurídica, que nesse estágio ainda está formulada de maneira abstrata e genérica.

2.2

Hermenêutica como Método de Interpretação

O estudo da hermenêutica significa o questionamento inicial sobre o processo de compreensão, ou seja, a busca de resposta para a pergunta: “como se dá a compreensão e qual a relação entre o sujeito que interpreta e o objeto a ser

interpretado?” (sentido filosófico). Por outro lado, a hermenêutica constitui a busca do método ou conjunto de métodos que viabilizem a própria tarefa de interpretar (sentido lógico). É esta segunda concepção, em que se cuidará da hermenêutica como técnica jurídica, ou seja, metodologia para a tarefa de interpretação-concretização da norma jurídica que trataremos neste estudo.

Márcio Diniz, questionando acerca do significado da hermenêutica constitucional geral, concluiu que a hermenêutica é:

A técnica jurídica voltada à elaboração e regras para a compreensão do conteúdo e do significado das normas jurídicas, assumindo, portanto o caráter da interpretatio, cuja etimologia, radicada na práxis romana, significa mediação entre duas partes por meio da linguagem. (DINIZ, 1988, p.232).

Adotando a segunda das concepções de hermenêutica apresentada neste estudo (hermenêutica como método de interpretação), Diniz (1988) entende que o intérprete é aquele que desenvolve uma atividade a qual constitui um modo de pensar pragmaticamente a realidade, dirigida à formulação de regras, com fundamento nas quais ele (intérprete) compreenderá as normas jurídicas, e, assim, será fornecida a solução para o problema concreto que ele se coloca. Nesse contexto anota, com propriedade que:

[...] a interpretação do Direito é, ao mesmo tempo, um processo voltado para a determinação do conteúdo e do sentido da norma jurídica com a relação a um suposto fato. Nesse processo dinâmico de concretização, o intérprete, após recorrer a critérios, ou princípios hermenêuticos adequados e específicos, obtém, a partir do próprio ordenamento jurídico, um critério para dar uma resposta à questão que lhe é apresentada. (DINIZ, 1988, p.232).

Segundo esta concepção de hermenêutica, o intérprete deve alcançar uma unidade sistemática entre o ato de interpretar, o objeto interpretado e o conteúdo da interpretação. É necessário, como ponto de partida, a determinação de um sentido à norma interpretada por meio de uma perspectiva metodológica, que se justifique pelos fins práticos que o legislador e o aplicador pretendem alcançar, no momento histórico-prático da concretização. Como afirma Diniz (1988), trata-se de atribuir um sentido funcional à norma interpretada, mediante uma atividade hermenêutica comprometida com a sua finalidade, ou seja, deve-se privilegiar

com a interpretação de uma dada norma a intencionalidade prática que se pretende alcançar com a sua inserção no ordenamento jurídico.

No processo de interpretação-concretização da norma jurídica, é fundamental a idéia de ordem, ou seja de coerência sistemática interna entre as diversas opções axiológicas que se abrem ao intérprete. Uma discussão em torno da hermenêutica constitucional, que constitui uma das mais importantes expressões da hermenêutica jurídica contemporânea, é também um questionamento acerca das relações Estado e Constituição, sendo necessário definir as concepções concretas de Estado e de Constituição. (DINIZ, 1988).

Em tese, é no Direito que a palavra tem o poder vinculante exterior, porque, tem o manto do Estado. Por sua vez, a norma escrita é apenas uma das múltiplas expressões do Direito. Cada palavra da norma tem que guardar coerência com todo o sistema jurídico. É a integração da parte com o todo e deste com aquela, já preconizada por Schleiermacher.(1999).

O que distingue fundamentalmente a hermenêutica jurídica das demais é o seu caráter transformador imediato. A esse propósito, Vigo (1993) recorre a Gregório para demonstrar que a hermenêutica jurídica não é como a hermenêutica literária, mero comentário ou recriação de textos, mas que ela orienta uma decisão, e por sua vez quem a emite se torna responsável por suas conseqüências.

Tradicionalmente, estuda-se a hermenêutica jurídica como “o conjunto orgânico das regras de interpretação” (FRANÇA, 1997, p.21). Essas regras são legais, científicas e jurisprudenciais.

As primeiras estão contidas na lei, a exemplo dos arts. 5º, 6º e 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, de caráter geral, e em artigo próprio de cada Corpo de Lei, como o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, o art. 3º do Código de Processo Penal.

As regras científicas representam-se por enunciados construídos pelos sábios, desde a antiguidade, como os brocardos e as regras insculpidas no Digesto, de Justiniano, até as reflexões mais atuais. Justiniano compilou dezoito regras especificamente de interpretação, das quais derivam quase todas as outras regras pragmáticas mais atuais, valendo citar:

- a) Em toda disposição de direito, o gênero é revogado pela espécie;
- b) Nas coisas obscuras, seguimos o mínimo;

c) Quando houver duplicidade de regras sobre a liberdade, interpreta-se em favor desta;

d) Em caso de dúvida, interpreta-se pela solução mais benigna;

e) No todo está contida a parte.

Pasqualini elabora sete regras hermenêuticas, estas, sim, pautadas nos estudos mais atuais da hermenêutica filosófica, que podem assim ser resumidas:

I - A hermenêutica tem o Dom da ubiqüidade. É na realidade da realidade. “Não há interpretação que não se estribe em uma experiência, e nenhuma experiência que não tenha por antecedente o legado hermenêutico da pré-compreensão”. (PASQUALINI, 1999, p.54).

II - Os intérpretes fazem o sistema sistematizar e o significado significar, razão pela qual, interpretar é interpretar-se.

III- O Direito e a hermenêutica apresentam-se cognitivamente indissociáveis, razão por que a jurisprudência integra, lógica e epistemologicamente as fontes do Direito. “O Sistema jurídico, em última análise, não é apenas a totalidade das normas, dos princípios e dos valores, mas, acima de tudo, a totalidade hermenêutica do que tais normas, princípios e valores, como conexões de sentido, podem significar”. (PASQUALINI, 1999, p.55).

IV - As possibilidades de interpretação são infinitas, porém conservam a justa reserva para com o arbitrário e a irracionalidade, “A hermenêutica acha-se, pois, em dupla oposição, por um lado, deve ao ceticismo e, por outro, ao dogmatismo. A sua resposta é uma só: busca da melhor exegese”. (PASQUALINI, 1999, p.55).

V - Interpretar é hierarquizar. “A hierarquização axiológica constitui-se, ao que tudo leva a crer, na mais autêntica condição de possibilidade do agir hermenêutico”. (PASQUALINI, 1999, p.56).

VI - A busca das melhores exegeses revela-se espiraliforme. Girando em torno do seu núcleo principiológico, o sistema se expande a cada releitura. “o juiz não aplica a lei apenas em concreto, mas colabora, ele mesmo, através da sua sentença, no desenvolvimento do direito [...]”. (GADAMER *apud* PASQUALINI, 1999, p.56).

VII - A ronda infindável das interpretações rejeita os extremos absolutos do subjetivismo e do objetivismo, pois o sistema jurídico não é tanto nem tão

pouco. A hermenêutica jurídica é indissociável da vinculação e da discricionariedade, ou seja, opera num sistema ao mesmo tempo em que o expande: “somente a elasticidade produz verdadeira resistência”. (PASQUALINI, 1999, p.56).

Na verdade, a hermenêutica jurídica não deve ser entendida como sistema de regras de interpretação. É muito mais. A sua qualidade holística, unificadora da experiência com o conhecimento e a crítica adjudica uma indispensável interdisciplinariedade. O Direito, por sua vez, como razão prática, regula condutas sob o manto da autoridade e as decisões judiciais se legitimam pela via da justificação. Logo, a hermenêutica especificamente jurídica compreende a experiência e o conhecimento jurídicos, bem como a crítica e o compromisso com o progresso moral da sociedade.

Segundo essa ótica, a maioria das regras gerais não passam de fórmulas sofisticadas, adaptáveis a todas as pretensões. Entretanto, muitas das quais não deixam de representar sínteses de larga experiência, que podem inspirar o intérprete na sua argumentação.

Para ser mais exato, devem ser deduzidas regras hermenêuticas específicas para a solução de cada caso difícil. A idéia de Caso complexo ou difícil adotada no presente trabalho é aquela adotada por Dworkin (2003), onde, ainda que nenhuma norma vigente apresente solução para o caso, ainda assim, é possível que uma das partes tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse. Não deixa de ser dever do juiz, mesmo nos “casos difíceis”, descobrir quais são os direitos das partes.

Dworkin (2003) se contrapõe, assim à posição clássica do positivismo de que, nos casos em que colocam problemas novos em que não é possível resolvê-los pela interpretação das normas existentes, o juiz deveria atuar como legislador, promulgando o direito que em seu sentir o legislador promulgaria se estivesse enfrentando o problema. A tese inovadora que consagrou o jurista inglês é de que o juiz não deveria atuar discricionariamente, mas aplicando princípios. Admite, assim, que o Direito está integrado também por princípios morais.

Para Dworkin (2003) o intérprete é um hermeneuta que cria o objeto a partir de “pré-conceitos” e de pertença a uma tradição da qual ele não pode se livrar.

A idéia de moral política coletiva de Dworkin (2003) – moral esta que dita as regras do sujeito – pode ser concebida como idéia de pertença a uma tradição. O sujeito, inserto na moral coletiva, e inserido na pertença histórica, funde-se ao objeto de conhecimento e funde dois momentos históricos distintos: O do hermenêuta e o do produtor do texto.

A busca de uma moral coletiva que justifique a visão interpretativa de determinado texto é, na verdade, a busca de uma dimensão pública subjetiva para conceber determinado instituto. É o encontro da fusão entre o objeto e a tradição vista sob a ótica coletiva.

Para Dworkin (2003) a criação do objeto de interpretação vai se dar em determinado momento histórico por toda uma coletividade que vai possuir uma idéia coletiva do verdadeiro ser que se interpreta. O autor, propõem assim, uma visão coletiva do que seja o objeto, e para tanto admite certa aderência de idéias, permitindo a criação do ser que se interpreta por parte do sujeito.

Nesse sentido, é possível inferir que a atitude de interpretar é atividade efetuada segundo uma moral coletiva, e sustenta-se a partir de uma argumentação que se justifica porque todos falam a mesma linguagem. Ou seja, justifica-se porque os intérpretes atuais estão inseridos em uma mesma tradição.

Há apenas uma resposta correta para qualquer pergunta sobre o que o objeto é exatamente, porque há apenas um senso verdadeiramente público. A relatividade existe em relação ao tempo, não em relação ao sujeito, pois o que se infere da coletividade é a idéia correta que surge da fusão de dois momentos: o momento do sujeito que cria e o momento do sujeito que interpreta.

Há apenas uma resposta correta para todo problema interpretativo, seja qual for a questão, sempre haverá uma solução jurídica para o caso, e cabe ao aplicador do direito tentar encontrá-la.

O direito é assim, profundamente político e é um exercício de interpretação de tal maneira que a busca do seu ser é uma atividade interpretativa e se dá em todo o momento da aplicação do direito, e não somente quando se aplica uma lei controversa.

Nesta perspectiva, a interpretação jurídica não se subsume á descrição do dado, mas à fusão entre o dado e o construído. Há um momento participativo no qual estão incluídos os sujeitos do tempo da interpretação. Essa participação, segundo Dworkin (2003), existe para encontrar não a idéia que o intérprete tem da

norma, mas a idéia que toda a sociedade possui. Essa idéia coletiva insculpe-se no que chama de “mora política”, e cabe ao intérprete encontrá-la. Há uma integridade que não se confunde com a vontade da maioria e que deve ser resgatada.

Essa idéia de interpretação, a partir da compreensão de que há uma fusão entre aquele que interpreta e o ser que criou a lei, encontra um espelho na atitude de interpretar um texto literário. Dworkin (2003) demonstra que a literatura, ciência do espírito tal qual o direito, pode fornecer analogias bastante férteis para a compreensão da interpretação do direito.

Todavia, criação e interpretação são coisas distintas para Dworkin (2003), e esta diferença reside nos limites impostos à criação. O texto funciona como condicionante da atitude do intérprete, como barreira para seu desenvolvimento livre da arte de criar. Existem elementos que estão no texto, mas que não podem ser acrescentados ou retirados pelo intérprete; mas existem outros claros que lá não estão e que permitem o desenvolvimento das atitudes do hermenêuta que são, também, atitudes de criação.

O intérprete não está livre para criar direitos a partir da sua necessidade no caso concreto como afirmava a escola do livre direito. A criação pura e simples do direito, no momento da aplicação, representaria uma burla ao sistema de divisão e partição de poderes, conforme lembra o autor.

Nesse sentido, é possível inferir que a atitude de interpretar é atividade efetuada segundo uma moral coletiva, e sustenta-se a partir de uma argumentação que se justifica porque todos falam a mesma linguagem. Ou seja, justifica-se porque os intérpretes atuais estão inseridos em uma mesma tradição.

Há apenas uma resposta correta para qualquer pergunta sobre o que o objeto é exatamente, porque há apenas um senso verdadeiramente público. A relatividade existe em relação ao tempo, não em relação ao sujeito, pois o que se infere da coletividade é a idéia correta que surge da fusão de dois momentos: o momento do sujeito que cria e o momento do sujeito que interpreta.

Não se trata de advogar uma verdade que seja consenso, mas de uma verdade que seja fruto da idéia coletiva, que é fruto da tradição e condicionada por uma “pré-sença” que é inerente a todo sujeito. A verdade é fruto não da metodologia utilizada e nem da consensualidade, mas sim da fusão entre o objeto e o intérprete, entre o sujeito que cria e o ser que observa e conhece.

A utilização do material oferecido por Dworkin (2003) acarreta na necessária abertura de qualquer objeto à realidade, fazendo-o tornar-se em parte aquilo que o sujeito deseja que se torne, em parte aquilo que ele na verdade é. Se for compreendido este sujeito como a coletividade que se expressa por intermédio da moral política e coletiva, estar-se-á diante de um direito que se abre para os novos tempos, para além do imobilismo clássico.

Dialogar com Dworkin (2003) significa perceber que o objeto é ente aberto, integrante da equação do conhecimento juntamente com o sujeito, mas sem qualquer domínio do ato de conhecer. O ato de perceber um objeto é um ato de fusão entre dois tempos e dois espaços, e acarreta na criação de algo.

O direito é também criado por intermédio do ato de conhecer, uma vez que a aplicação de processos hermenêuticos dominados por uma tradição e um preconceito que se desenvolve a partir de uma presença, e atentando-se para a intenção coletiva significa a ruptura de um imobilismo que apenas toma a ordem jurídica como algo dado, e não construído.

A essência da leitura de Dworkin (2003) pode ser encontrada na idéia de que o objeto é algo construído por intermédio do processo hermenêutico, e não algo que se oferece para o puro conhecimento de quem é sujeito da relação.

Trata-se de uma teoria o conhecimento aplicável ao direito que vê no ato de interpretar, tal e qual no ato de criar, o momento da construção do objeto. A abertura objetiva e, por via de conseqüência, a abertura do direito vão ser possíveis graças à compreensão de que interpretar e conhecer são acima de tudo atitudes que envolvem a feitura e criação do objeto que se estuda e se interpreta.

Somente por intermédio dessas lentes é possível conceber o direito e a Constituição como sistemas abertos, e, seguramente, mais democráticos e legítimos.

O Direito é passado e futuro, comendo-se da história, das tradições, dos costumes, dos anseios, de tudo enfim que faz a vida de cada ser humano, isolada e coletivamente. Cada palavra de cada texto normativo guarda uma história e tem um fim a cumprir.

Claro que essa valoração varia no curso do tempo e da história, que ora superestima um bem e subestima outro. Assim, a segurança jurídica e a convivência pacífica são valores primordiais dos regimes autoritários de governo

e do modelo jurídico positivista; enquanto o Estado de direito democrático elege como bens maiores a liberdade e a Justiça.

A aplicação das normas legais gera conseqüências imprevisíveis e muitas vezes irreparáveis, antecedendo ao nascimento e ultrapassando a vida das pessoas. Daí a necessidade de uma hermenêutica pressuposta no compromisso moral e comprometida com a felicidade do ser humano.

A hermenêutica jurídica em geral como se divulga carece da sua face filosófica. Ora, a mera operação sistêmica é pobre e contraditória em muitos pontos. Como disse Ast citado por Schleiermacher (1999, p.102), “sem espírito filosófico, nenhuma teoria pode ser comunicada cientificamente”. Ainda mais porque a hermenêutica é na sua essência filosofia, como observou Schleiermacher (1999), a quem coube deslocar a hermenêutica do domínio técnico e científico para o âmbito filosófico e, analisando as obras de Ernesti, Wolf e Ast, segundo essa nova visão, convenceu-se de que a hermenêutica não podia prender-se só às regras e à explicação do procedimento interpretativo, mas que devia preocupar-se, sobretudo, com as razões das regras e dos procedimentos, portanto, da arte da compreensão geral: “visto que a arte de falar e compreender (correspondente) estão contrapostas uma à outra, e falar é, porém, apenas o lado exterior do pensamento, assim a hermenêutica está conectada com a arte de pensar e, portanto, é filosófica”. (SCHLEIERMACHER, 1999, p.15).

O autor supracitado diz que desde que a opção do direito natural (que simplesmente subjugava o direito vigente a padrões suprapositivos) não está mais aberta, restaram essas três alternativas para resolver o problema da racionalidade da jurisprudência, que constitui um dos temas centrais da teoria do direito.

A hermenêutica jurídica teve o mérito de contrapor ao modelo convencional da decisão como subsunção do caso sob uma regra correspondente, a idéia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação. E diz:

A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação. A interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo o horizonte para ulteriores relacionamentos. A pré-compreensão, inicialmente difusa, torna-se mais precisa à medida em que, sob a sua orientação, a norma e o estado de coisas se constituem ou concretizam reciprocamente. A hermenêutica tem uma posição própria no âmbito da teoria do direito, porque ela resolve o problema da racionalidade da

jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da racionalidade. (HABERMAS, 1997, v.1, p.15).

Porém, o fundamento hermenêutico não oferece base convincente para a validade das decisões jurídicas, pois o que para um vale como um topos comprovado historicamente é, para outro, pura ideologia ou preconceito. E contra isso levantou-se a Escola Realista.

Segundo o Realismo jurídico, “o direito passa a valer, então como um instrumento de controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem-estar econômico” (HABERMAS, 1997, v.1, p.249). Peca por desprezar a experiência histórica das decisões acumuladas e guiar-se pelos interesses cotidianos, atuando o juiz como o legislador, para o futuro, impossibilitando se estabelecer a divisa de onde termina a política e onde começa o direito.

Já o Positivismo jurídico capitaneado por Hans Kelsen concebe o Direito como ordem coativa. Para o autor:

Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. (KELSEN, 2006, p.33).

A estrutura escalonada da ordem jurídica é entendida como a possibilidade de recondução de cada norma jurídica a uma norma que lhe é pré-ordenada, que confere ao legislador, dentro de certos limites, o poder de estatuição de uma norma por ele criada. A estrutura escalonada da ordem jurídica é constituída mediante autorizações e concebida de tal modo que o Direito possa ser apreendido como unidade. Tanto a atividade jurisdicional como a administrativa estão incluídas nesta estrutura escalonada. A decisão judicial é entendida como uma norma jurídica produzida com força de autoridade, com base num procedimento previamente regulamentado.

Deste modo constrói-se uma ligação entre a Constituição, as leis ordinárias, os atos administrativos e as sentenças judiciais. O vértice dessa seqüência escalonada e, assim, o fundamento último de validade de todas as leis e sentenças judiciais em vigor no sistema normativo será a norma fundamental.

Nessa concepção de Direito aceita-se que a lei aplicada ao caso concreto, não pode oferecer mais do que uma única decisão correta, e que a correção jurídico-positiva dessa decisão se funda na própria lei. Assim a interpretação é apenas um ato intelectual de compreensão, como se, através dele, fosse possível fazer-se uma escolha certa correspondente ao Direito positivo. Todavia, é impossível resolver os problemas difíceis pelo positivismo ora apresentado, pois neste caso o aplicador da lei preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que são mais cobertos pela autoridade do direito.

2.3

A Ciência das Normas – Kelsen e a Teoria Pura do Direito

Hans Kelsen (1979) foi um dos primeiros juristas a se ocupar do problema da cientificidade do Direito segundo os novos critérios epistemológicos do neopositivismo. Sob este ponto de vista, a jurisprudência do século XIX e início do século XX, constituíam-se em um conjunto heterogêneo, em que predominava a inspiração jusnaturalista concomitantemente às influências que a sociologia, a economia e a política exerciam sobre o saber jurídico. É neste quadro que Kelsen (1979) concebe seu projeto de purificação do Direito. Ou seja, elevar o Direito à dignidade de uma ciência.

Como todos sabem, um dos núcleos do pensamento de Kelsen (1979) consistiu no entendimento do Direito como norma. Descartado o Direito natural, Kelsen (1979) entendeu todo Direito como Direito positivo e conceituou-o como um sistema de normas. A análise da norma se tornou, sobretudo nos seguidores mais fascinados pelo lado logicista da teoria pura, ocupação teórica absorvente. O desdém, talvez um tanto arrogante, pela perspectiva histórica, omitiu nas análises Kelsenianas o problema das relações entre o conceito de norma e o movimento legalista. Aqui se delineou o normativismo, posição não exclusiva de Kelsen (1979), mas incluída em seu pensamento como peça essencial: reduzido o Direito a um sistema de normas positivas, corrobora-se a pureza metodológica e alicerçar-se a configuração do jurídico como forma.

Ao conceito de norma se conjuga ou se acrescenta, na teoria Kelseniana, o conceito de ordenamento. Pouco preocupado com as trajetórias históricas do problema, Kelsen (1979) coloca a idéia de ordem jurídica como estrutura escalonada. Em Kelsen (1979), as conotações por assim dizer existenciais da noção de ordenamento, são implicitamente postas de lado. A idéia de Kelsen (1979), segundo a qual o direito regula sua própria criação, foi instalada em seu sistema a troco de reforçar a especiosa consequência de destinar ao jurista um papel meramente técnico e sistemático, denunciando a toda atitude crítica em relação à ordem jurídica.

Outro aspecto muito relevante do pensamento Kelseniano foi, por outro lado, a implantação de uma série de refutações de dualismos. A repulsa de Kelsen (1979) aos dualismos provinha basicamente de uma atitude filosófica com relação ao monismo e exibia, inclusive, em ensaios sobre temas não-jurídicos.

Entre os dualismos rejeitados por Kelsen (1979) figuram o dualismo entre o Direito e o Estado, o dualismo entre Direito público e Direito privado e o dualismo entre Direito objetivo e Direito subjetivo. Dando coerência à sua tentativa de superar o dualismo entre o Direito e o Estado, Kelsen (1979) chegou a afirmar que o Estado, enquanto organização, é uma ordem jurídica: despolitizando a figura do Estado, inclusive ao pôr de lado a idéia de coação, o autor da teoria pura operou mais uma redução: redução da idéia de ordem aos componentes normativos do próprio conceito de direito. Desfazer-se dos dualismos pareceu a Kelsen (1979) necessário para desvencilhar a teoria jurídica de influências metafísicas e ideológicas, senão mesmo místicas, e esta preocupação pesou muito em suas conceituações: pesou mais do que certas evidências objetivas, pois a realidade histórica pode mostrar em vários casos a irreduzibilidade recíproca dos conceitos de Direito e Estado.

Tanto o normativismo quanto a despolitização da idéia de Estado se relacionaram, no sistema Kelseniano, com o formalismo. Ou seja, com a fundamental identificação do “jurídico” com o “formal”. Este ponto atraiu algumas das investidas mais ásperas de seus críticos, que vislumbraram em Kelsen (1979) hostilidade para os problemas políticos, e encontravam na teoria pura um “intencional” esvaziamento de todo o tipo de conteúdo, no

concernente ao Direito, além de referir-se a “unilateralidade” e a “empobrecimento”.

É inegável que o formalismo foi cultivado em larga escala por Kelsen (1979) e por seus companheiros de escola, e que funcionou como uma espécie de assepsia para a elaboração dos conceitos, que no pensamento Kelseniano se articularam com admirável estruturação. A questão posta por seus críticos se relaciona com a precariedade das relações entre aquela estruturação e os problemas vivos e efetivos que o direito coloca, ou que assume, como regulação da vida social de homens de carne e osso.

O início da Teoria Pura do Direito enfatiza o primado da pureza metódica. A construção da ciência jurídica implica um conhecimento rigorosamente neutro e puro em relação ao seu objeto. Na concepção Kelseniana, o extra-jurídico está automaticamente relegado aos limites exteriores da ciência do direito. Deste modo, a Teoria Pura erigi-se em um sistema auto-referente, excluindo dele quaisquer considerações extra-normativas. Dentre estas considerações, encontram-se os juízos valorativos sobre os conteúdos da norma jurídica.

Assim, as categorias intra-sistemáticas da Teoria Pura dizem respeito não ao conteúdo da norma, mas à forma desta. É para definir a forma e as relações entre as normas jurídicas que se ergue o sistema que estrutura a Teoria Pura do Direito.

A teoria Kelseniana é baseada em alguns pressupostos e categorias fundantes. Inicialmente, uma rígida separação entre linguagem-objeto e meta-linguagem. Para caracterizar estes dois níveis distintos, Kelsen (1979) considera os sistemas de direito positivo como a linguagem-objeto dos enunciados da Ciência do Direito, que por sua vez é a meta-linguagem do Direito Positivo. Assim, mediante a divisão dos níveis lógicos do discurso jurídico, Kelsen (1979) opõe o Direito à Ciência do Direito, sendo aquele o tema de estudos desta. Desta forma, Kelsen (1979) vincula a verificabilidade das proposições da ciência jurídica não à realidade empírica em si, mas aos enunciados do Direito positivo.

A esfera das ciências naturais, segundo Kelsen (1979), dirige-se ao conhecimento do mundo da natureza, aos fenômenos físicos que o constituem. Esta esfera de saberes, utiliza-se do princípio da causalidade, ou seja, das

relações de causa e efeito para estudar os acontecimentos de ordem natural. Para Kelsen (1979), as ciências sociais normativas, por dirigirem-se à regulamentação da conduta humana, baseiam-se em outro tipo de princípio: o da imputação. Portanto, se na causalidade a lógica implica em se A então B, na imputação a lógica transforma-se em se A então deve ser B. Ou seja, se a esfera da causalidade é o mundo do que é, do que efetivamente acontece, a esfera da imputação dirige-se ao que deveria ser, ao que deveria acontecer. Assim, o Direito é regido pelo princípio da imputação no sentido de ser uma obrigação e não uma faticidade.

2.3.1

A Norma Jurídica: o Sentido Objetivo de um Ato de Vontade

Para delimitar o seu objeto e impor a necessária pureza ao seu método, Kelsen (1979) inicialmente efetua uma distinção entre natureza e sociedade, à qual corresponde igual distinção entre ciências da natureza e ciências sociais. Sob este ponto de vista, se o convívio humano pode ser considerado como parte da natureza, também o pode ser o Direito. Contudo, podem-se distinguir dois aspectos dos fatos considerados, normalmente, como jurídicos. Em primeiro lugar, como sendo uma manifestação eterna do comportamento humano, localizada no tempo e no espaço. Em segundo lugar, sua significação jurídica propriamente dita, ou seja, qual o sentido que o ato possui sob a ótica do Direito.

Um ato pode ser uma interpretação jurídica subjetiva (pessoal) e objetiva (jurídico-legal), que nem sempre coincidem necessariamente. Muitas vezes, um ato carrega consigo uma auto-explicação jurídica, ou seja, o que juridicamente significa.

O sentido objetivo, jurídico, de um ato da conduta humana é vinculado a uma norma que empreste significação jurídica ao ato é jurídico ou anti-jurídico. Para Kelsen (1979), “a norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou anti-jurídico), é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu termo, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma”.

Este processo de significação jurídica de uma norma por outra configura a produção normativa. Assim, o Direito, linguagem-objeto da Teoria

Pura do Direito, “é um sistema de normas que regulam o comportamento humano”. Por norma entende-se um dever-ser, no sentido que deve acontecer ou se comportar de determinada maneira. Os atos de vontade são os atos humanos que se dirigem intencionalmente à conduta dos outros, prescrevendo, permitindo ou delegando poder para estabelecer normas. A conduta preconizada em uma norma como devida, constitui o conteúdo desta norma e portanto o dever-ser. A conduta fática constitui o ser, e esta pode ou não corresponder à norma.

O sentido de proposições que disponham de atos de vontade que proíbam, permitam ou deleguem competência é da ordem do dever-ser, isto é, uma norma jurídica. O dever-ser, então, pode ser o sentido subjetivo e simultaneamente o sentido objetivo de um ato de vontade. Este sentido objetivo se dá quando, apesar da vontade do ato haver cessado faticamente, ainda assim, a conduta a qual ele se refere é obrigatória. “Então e só então, o dever-ser, como dever-ser objetivo, é uma norma válida (vigente), vinculando os destinatários.

Para tal, é necessário que ao sentido objetivo do ato de vontade seja emprestado o sentido objetivo de uma norma superior, que atribua competência ao ato. Ou seja, a validade da norma jurídica é sempre estabelecida de acordo com uma norma superior. Em relação ao Direito Consuetudinário, os costumes podem produzir normas jurídicas, se a Constituição da comunidade assume o costume como fato criador do Direito.

Ao descrever a vigência das normas, Kelsen (1979) afirma que aquela é a existência específica de uma norma. A existência da norma é expressa pelo dever-ser que prescreve, proíbe, permite ou faculta.

Sendo a vigência da norma um fenômeno da ordem do dever-ser, ela distingue-se da eficácia da norma. Ou seja, se a vigência é a existência da norma, a eficácia é a aplicação real e efetiva da norma. Isto é, o fato de determinados comportamentos adequarem-se conforme esta norma. Apesar de vigência e eficácia serem conceitos diferentes, estes guardam certa relação entre si. Uma norma que não apresenta um mínimo de eficácia não poderá ser considerada vigente.

A eficácia de uma norma jurídica é tanto sua aplicação nos tribunais (sanção como consequência de determinada conduta), quanto sua observância

pelos indivíduos (conduta pela qual se evita a sanção). Neste segundo caso, a eficácia da norma jurídica é a sua observância.

Pelo fato das normas se referirem às ações humanas que se processam no tempo e no espaço, estes devem ser fixados no conteúdo da norma. “A referência da norma ao espaço e ao tempo é o domínio de vigência espacial e temporal da norma” O domínio de vigência espacial pode ser limitado pela própria norma ou por uma norma superior. Quanto ao domínio temporal, distingue-se o período de tempo posterior e o período de tempo anterior de uma norma estabelecida.

Existem ainda os domínios pessoais e materiais de validade. O domínio pessoal de validade “refere-se ao elemento pessoal da conduta fixada na norma”. É o caso do ordenamento jurídico de um Estado que disciplina apenas aqueles que vivem em seu território ou são seus cidadãos. Já o domínio material de validade refere-se aos vários aspectos da conduta humana que são juridicamente normados, como por exemplo, a economia e a política.

O comportamento humano é regulado pelo ordenamento jurídico e esta regulamentação pode ser positiva ou negativa. A regulamentação positiva refere-se à uma ação ou omissão da conduta humana regulamentada por um ordenamento positivo. Também o é quando confere poder ou competência para produzir normas ou para delimitar o domínio de validade de uma norma. A regulamentação negativa é aquela que é omissa em relação à determinado comportamento. Ou seja, quando não proíbe e nem permite positivamente certa conduta.

2.3.2

Norma e Valor

Se uma conduta humana real corresponde à uma norma objetivamente válida, possui um juízo de valor positivo, é uma conduta boa. Se uma conduta real não corresponde à uma norma objetivamente válida, possui um juízo de valor negativo, é uma conduta má. “A norma considerada objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real”. Esta conduta real pertence à ordem do ser, da realidade. As normas, através das quais se ajuíza valorativamente a conduta real, são relativas. A vigência de

normas opostas pode-se dar em momentos diferentes, mas não simultaneamente. Em correspondência ou não com uma norma objetivamente válida, a conduta real será positiva ou negativa. Assim, valor e realidade pertencem a duas esferas diferentes, isto é, o valor pertence à ordem do dever-ser e a realidade à ordem do ser.

O juízo de valor deve ser distinguido da norma constitutiva de valor. O valor pode ter um sentido subjetivo e um objetivo. Subjetivo quando a conduta é querida por uma ou várias pessoas e o valor bom ou mau se refere apenas às pessoas que quiserem a conduta. Objetiva, quando a conduta querida se refere à uma norma objetivamente válida e o valor bom ou mau se relaciona com as pessoas cuja conduta assim é julgada.

Para regular a conduta humana, as sociedades instauram ordens sociais, como a Moral e o Direito, que normatizam a conduta pela ameaça da sanção (que *latu sensu* engloba pena e prêmio).

No caso do Direito existe a prescrição de uma conduta oposta àquela que é pressuposto da sanção. No caso de haver uma ordem social que não aplique o princípio retributivo – pena ou prêmio à conduta prescrita – só pode ser encarada como uma ordem social moral e/ou religiosa. E mesmo neste caso, a recompensa ou punição se fará sentir no outro mundo ou na reprovação da comunidade. A diferença entre as ordens sociais reside não em haver ou não sanção, mas nas diversas gradações desta.

Assim, as sanções transcendentais são aquelas que provêm de uma ordem divina, enquanto que as sanções socialmente imanentes são as dirigidas pela própria sociedade contra os delituosos.

2.3.3

O Direito: Ordem Coativa da Conduta Humana

O Direito, em todas as épocas, é para Kelsen (1979) uma ordem da conduta humana.

Para punir um ato delituoso com uma sanção, o Direito pode utilizar um ato coativo se houver resistência por parte do indivíduo a quem se aplica a sanção. Por ordem coativa, considera-se o fato de reagir à condutas

consideradas indesejáveis com uma sanção acompanhada de ato coativo, o que distingue o Direito de outras ordens sociais.

Para o Professor Adrian Sgarbi (2006):

...“Kelsen, contudo, afirma que os “deveres” normativo-jurídicos não se diferenciam, em essência, dos “deveres”morais, porque todos eles estatuem comportamentos devidos. Nega Kelsen a relevância da distinção, particularmente professada durante os séculos XVII e XVIII, segundo a qual uma corresponde a sanções internas (moral), e outra, a sanções externas (direito). Tanto o direito quanto a moral prescrevem normas de conduta; ambos compõem estruturas “sociais”.

Portanto, com vistas a diferenciá-los, acentua Kelsen a peculiaridade de o direito ser formado por comandos sancionados, ordens respaldadas no uso da força física monopolizada pelo Estado. Ou seja, a ordem jurídica se diferencia da ordem normativa moral pelo modo mediante o qual prescreve ou proíbe certa conduta. O Direito procura impedir a realização de determinado comportamento, atribuindo (imputando) à conduta contrária um ato de coerção socialmente organizado: o Direito possui caráter coercitivo.

É exatamente pelo fato de o direito se valer da técnica de motivação indireta, através do emprego de sanções punitivas socialmente organizadas, que cumpre, às sanções, a tarefa de, na composição da operacionalidade jurídica, condicionar as condutas humanas, inculcando o devido e desalentando o proibido. Kelsen as intitula, por isso, de normas “primárias” e as predica de “verdadeiras normas”. Já as normas que explicitam a conduta devida designa de normas “secundárias”, de “espectros” ou “reflexos” das primeiras. Com isso, reconstrói a formulação de Ihering, que havia chamado de “primárias” as normas atinentes aos cidadãos; as normas, de conduta; e de “secundárias”, as normas dirigidas aos juízes, pois é deles a tarefa de aplicar as sanções, no caso de desobediência...”

Quando uma determinada conduta adquire o caráter de anti-jurídica ou delituosa, age como pressuposto cuja consequência é a sanção. Ou seja, esta conduta é a contrária à prescrita pelo Direito, a qual evitaria a sanção. Contudo, a motivação para observar as prescrições jurídicas não é oriunda apenas da sanção. Ela pode ter outros fatores.

É a comunidade jurídica que autoriza o emprego da força ou da coação contra uma conduta socialmente indesejada e estipula as condições e os indivíduos que a devem aplicar. Neste sentido, existe o monopólio da coação por parte da comunidade jurídica. A segurança coletiva surge quando o monopólio da coação por parte da ordem jurídica assegura proteção aos

indivíduos contra o emprego da força por outros indivíduos. De forma restrita, a segurança coletiva dá-se quando o monopólio da coerção está centralizado em órgãos específicos para tal, excluindo-se o princípio da auto-defesa.

O Direito como ordem coercitiva visa a segurança e a paz. Mas essa paz é relativa, pois não exclui a possibilidade de coerção e, de acordo com a evolução do Direito, esta paz é mais ou menos alcançável. No caso dos Estados modernos, a reação coercitiva é centralizada ao máximo, subsistindo a legítima defesa e o pátrio poder como um mínimo de auto-defesa.

Uma conduta – como já foi mencionado – pode ser regulada pelo Direito no sentido positivo ou negativo, quando não prescreve e nem proíbe conduta oposta. Se uma conduta não é juridicamente proibida ela é juridicamente permitida, gerando ao indivíduo uma liberdade de ação garantida pela ordem jurídica no sentido de prescrever aos outros indivíduos o respeito e a não ingerência. Por maior que sejam as prescrições de uma ordem jurídica, existe sempre um mínimo de liberdade individual pela limitação técnica em disciplinar todos os aspectos da conduta humana.

O sentido subjetivo e objetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem, pressupõe um dever-ser no qual a sanção é a consequência do pressuposto delituoso. Este é o sentido normativo dos atos coativos estatuídos pela ordem jurídica. No clássico exemplo, a diferença entre o comando de um salteador e o comando de um órgão jurídico está na interpretação do último como uma norma objetivamente válida. Ou seja, a execução da pena como dever-ser, o ato coativo como consequência de um delito. Contudo, “qual o fundamento de validade da norma que nós consideramos o sentido objetivo do ato”?

Este fundamento de validade encontra sua fonte na Constituição, que por sua vez possui uma norma pressuposta como ato criador desta Constituição ; ou seja, é a Norma Fundamental que é o fundamento último de validade da ordem jurídica.

Assim, quando uma ordem coercitiva torna-se duradouramente eficaz, instaura-se uma ordem jurídica válida (independentemente de considerações acerca de seu conteúdo justo ou injusto).

O Direito como ordem coativa, isto é, como ordem que liga à conduta oposta àquela que foi preconizada uma sanção, deriva sua definição da Norma

Fundamental. Esta é que fixa o modo e os pressupostos de como os atos coercitivos serão executados. Ora, desta maneira, seria possível questionar a definição de Direito como ordem coativa, já que existem normas que não ligam sanções à conduta oposta, como por exemplo, as autorizações. Neste caso, fala-se de normas não autônomas, "...por estarem em ligação essencial com as normas estatuidoras de atos de coerção". Portanto, não se pode conceber uma definição de Direito em Kelsen (1979) que não seja a de ordem coativa, já que é através da coação que o Direito se distingue de outras ordens sociais, mesmo que contenha certa parcela de normas autônomas.

2.3.4

Sistema do Direito e Sanção

A Teoria Pura do Direito já foi descrita como uma teoria do ordenamento jurídico. Neste sentido, ela não se ocuparia com a norma isolada, mas com o conjunto de normas que integram e constituem o sistema jurídico. Para tanto Kelsen (1979) distingue dois momentos no interior do sistema: o momento dinâmico destinado a estudar o Direito como um sistema de normas, a estudar o fenômeno jurídico e seu movimento, no instante de sua criação e aplicação; e o momento estático que analisa o Direito "como um sistema de normas em vigor," preocupado em descrever a norma isolada.

Por outro lado, se Kelsen (1979) conceitua o Direito como uma ordem coercitiva da conduta humana, é porque o conjunto de normas que forma esta ordem estatue atos de coerção, ou seja, sanções. Sob esta ótica, a sanção surge como elemento fundante da própria norma jurídica e portanto integra o momento estático do ordenamento jurídico, articulando em torno de si os demais conceitos expostos na Teoria Pura.

Sanção para Kelsen (1979) seria então, a consequência de determinado pressuposto estatuído na norma jurídica. Ou seja, efetuado o ato ou omissão disposto na norma jurídica como antecedente, a consequência será uma sanção também disposta na norma.

Algumas características da sanção em Kelsen (1979) podem ser discernidas. Em primeiro lugar, Kelsen (1979) distingue o ato de sancionar da coação pura e simples. Neste caso, a coação pode ou não ser utilizada no ato

sancionador e neste sentido é sempre uma possibilidade na sanção. Em segundo lugar, a sanção é também sempre a consequência de uma determinada conduta humana. Assim, por exemplo, os atos de coação destinados a loucos ou portadores de doenças contagiosas não possuem o caráter de sanção, pois estes indivíduos não podem controlar os fatos que motivaram a coação.

Mas a sanção significa também a privação compulsória de determinado bem, aceito como tal pela maioria. Kelsen (1979) distingue, igualmente, a sanção penal da civil, enquanto pena no primeiro caso e execução forçada no segundo. E por último, a sanção será sempre exercida por autoridade competente, o que permitirá caracterizar determinado ato de coação como sanção e não como coerção indevida. Neste sentido, a autoridade competente será determinada por norma superior.

A partir destas características, é possível analisar de que maneira relacionam-se os demais conceitos da Teoria Pura em torno de sanção. Inicialmente, é a definição de ato ilícito que é revertida de acordo com Kelsen (1979). Para ele, a partir da máxima de que não existe o *mala in se*, apenas o *mala prohibita*, opera-se uma inversão no conceito de ato ilícito ou antijurídico. Ou seja, não é por determinado ato ser ilícito que se lhe liga uma sanção. Ao contrário, uma ação ou omissão é ilícita exatamente por ter uma sanção como consequência.

O valor negativo de uma conduta ilícita é irrelevante para o conceito de ilícito. Apenas as concepções baseadas no Direito Natural pressupõe o valor negativo imanente de uma conduta, ligando-lhe então uma sanção no Direito Positivo.

A Teoria Pura considera exatamente o contrário. Uma conduta é ilícita apenas e, somente, se constitui o pressuposto de uma sanção como consequência. Neste sentido, quando uma conduta é antecedente da sanção como consequência, o ilícito é um pressuposto e não uma negação do Direito, da mesma forma que um assassino não nega a norma ao matar, mas cumpre o pressuposto da sanção anterior.

Seguindo o conceito de ato ilícito, surge o de dever jurídico como intimamente ligado ao de sanção. Deste modo, o dever jurídico é a “conduta oposta ao ato antijurídico”. O indivíduo que por sua conduta, comete o ilícito,

viola o dever jurídico e aplica a norma. O indivíduo que não comete o ilícito, cumpre o dever e observa a norma.

Portanto, o dever jurídico é a obrigação de conduzir-se de maneira contrária à norma que estatui a sanção e assim evitar o pressuposto do qual a sanção constitui a consequência. E da mesma maneira, a responsabilidade é definida por Kelsen (1979) como a possibilidade de um indivíduo ser sancionado.

O conceito de responsabilidade é intimamente ligado ao dever jurídico porém distinto. A sanção, como consequência do ilícito, pode ser dirigida contra a pessoa responsável pelo ilícito, ou seja, contra a pessoa cuja conduta é pressuposto da sanção. Neste caso, o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável são a mesma pessoa. Responde pelo ato aquele que pode provocar ou evitar a sanção.

Caso diverso é aquele em que o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável não são a mesma pessoa. O indivíduo responsável neste caso, não pode pela sua conduta, provocar ou evitar a sanção. O indivíduo que motivou a sanção é diverso do indivíduo responsável. O primeiro é sujeito da conduta delituosa, enquanto o segundo é objeto do ato de coerção. Esta situação é um tanto parecida com os atos de coerção que não possuem ilícitos como pressupostos.

Para Kelsen (1979), a constituição de uma Ciência do Direito está condicionada à elaboração de uma teoria capaz de desvincular-se de qualquer elemento estranho ao Direito, capaz de expurgar de si toda a referência que não seja estritamente jurídica. O extra-jurídico, nesta concepção, está relegado aos limites exteriores da Ciência do Direito. Para tanto, Kelsen (1979) erige a Teoria Pura em um sistema auto-referente, excluindo dele quaisquer considerações não normativas.

Por referir-se unicamente ao aspecto formal das normas, Kelsen (1979) necessita de um conceito fundante que possibilite uma unidade temática e categorial ao direito. O conceito que Kelsen (1979) elege para tanto é o de sanção. Respondendo à objetividade requerida no discurso científico, Kelsen (1979) propõe o princípio da imputação nas ciências sociais normativas em contraposição ao princípio da causalidade nas ciências naturais.

Assim, se na causalidade a lógica da proposição implica em Se A então B, na imputação altera-se para Se A então Deve Ser B. Este dever-ser está embutido na norma jurídica através da sanção como consequência de uma prescrição anterior. As normas primárias possuem necessariamente uma sanção, enquanto as demais adquirem-na dentro do sistema. Contudo, a aplicação da sanção não é obrigatória a nível fático.

No contexto da Teoria Pura, o conceito de sanção opera como uma categoria lógica, da qual se deduzem os demais conceitos que integram o sistema. Neste sentido e sob a perspectiva da estática jurídica, a norma jurídica assenta sob a categoria da sanção, da qual derivam logicamente os demais conceitos, outorgando unidade e pureza metodológica à ciência jurídica.

A obra de Kelsen (1979) ainda o mantém vivo. Suas implicações para a ciência jurídica, para a lógica da norma, para a aplicação do direito são tão fecundas, que, por mais que o critiquemos, não deixam de desvendar novos ângulos, novos encaminhamentos. Seu sistema cerrado não está isento de objeções. Estas, contudo, se postas seriamente, nos mostram como o seu pensamento é capaz de nos empurrar para diante, evitando o parasitismo das concepções feitas.

Todavia, a visão positivista do autor acima citado, neste sentido, limita a criatividade do intérprete da lei, que passa a ser mero protagonista da vontade do legislador. Nesta perspectiva, confere um poder ilimitado ao legislador para dispor sobre o Direito, amparado na crença fácil de que a sociedade, ou melhor, a realidade do Estado Constitucional, se deixa reger todo por regras ou normas jurídicas.

Essas considerações crescem em dimensão, porque a obra jurídica só se completa mediante o concurso de dois personagens: o autor e o intérprete. Grau (1996) observa, baseado em Ortigues, que o Direito é como o teatro e a música, cuja interpretação importa compreensão mais reprodução (artes alográficas), fato que se repete por cada novo intérprete. Ao contrário, a pintura e o romance (artes autográficas) completam-se tão-só com o trabalho do autor e a interpretação importa apenas na compreensão. E conclui que “o texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado

é reproduzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete”. (GRAU, 1996, p.101).

Nesse raciocínio, escorado em Müller (2000), afirma que a produção da lei emite textos, enunciados; a interpretação produz a norma e a operação concretizadora produz a norma de decisão. Assim, a norma preexistente no texto, apenas em estado de potência, só se torna norma efetiva quando tem o seu significado explicado e produzido pelo intérprete.

De fato, o direito normado compõe-se de um complexo de normas de várias naturezas e de fontes diversas, superpostas e sobrepostas umas às outras, sem mínima preocupação sistêmica. Na verdade, poucas são as leis que nascem a partir de um debate público, que resultam da vitória das idéias dominantes. A maioria delas brota de necessidades meramente de governo, sob debate fechado, sem a mínima preocupação com a opinião pública. Outras saem de forma tão forçada que se caracterizam pelas contradições internas, pela dissonância com o ordenamento, pela ambigüidade e má qualidade técnica e lingüística. Inúmeras vezes o legislador por ignorância, fidelidade ideológica, ou mesmo por má fé insere no sistema uma norma que raia ao absurdo. Por sua vez, as normas aprovadas por uma maioria circunstancial permanecem vigentes na sua literalidade, mesmo após a radical mudança ideológica ou comportamental do governo e da sociedade.

Pois bem, o hermeneuta jurídico é que tem o dever de ser culto o suficiente para domar os monstros legais até que eles tomem forma lógica, imprimindo-lhes sentido sistêmico, de modo a que qualquer instrumento legal tenha o seu espaço hierárquico e coerente no ordenamento jurídico, cumprindo o papel devido e possível. Essa operação, como se vê, é complexa demais para uma mera interpretação da norma. Requer mais que simples indagações de ordem procedimental, requer adentrar no próprio ser do direito.

Dá concluir-se não ser possível reduzir a hermenêutica jurídica a simples ciência que estuda os métodos de interpretação do Direito. A hermenêutica reúne, ao mesmo tempo, regras de perquirição da norma ontologicamente correta (Gadamer) e de correta aplicação metodológica da norma (Betti) e assim, em postura crítica plasmada num discurso racional (Apel e Habermas), aponta os caminhos para uma interpretação que resulte na máxima otimização do direito, na

superação das categorias tradicionalmente opostas, como a liberdade e a igualdade, a segurança e a justiça, a ordem e a democracia.

2.4

Métodos de Interpretação Constitucional

A hermenêutica constitucional, como a geral, seguiu a trilha das várias etapas evolutivas. Heck (1992) sintetiza-as assim:

- a) o método clássico ou dogmático, sistematizado por Savigny, que recomendava as quatro regras: gramatical, lógica, histórica e sistemática;
- b) o estágio intermediário, sob três regras - a lógico-sistemática, a histórico-teleológica (sociologistas) e a voluntarista (esta, de Kelsen);
- c) os métodos hodiernos - integrativo (Smend), o tópico, (Viehweg) e o concretista (K.Hesse).

2.4.1

Integrativo ou Científico - Espiritual

Os diversos valores existentes na Constituição - ignorados na interpretação propugnada por Forsthoff - são as referências do método de interpretação científico-espiritual, cujo expoente foi Rudolf Smend citado por Bonavides que criou uma concepção sistêmica e espiritualista da Carta Magna. O autor vê na Constituição :

um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta. Não é por acaso, diz ele, que a Constituição substancia todos os momentos de integração, todos os valores primários e superiores do ordenamento estatal (direitos humanos, preâmbulo, território do Estado, forma de Estado, pavilhão nacional), enfim, a totalidade espiritual de que tudo mais deriva, sobretudo sua força integrativa. (SMEND *apud* BONAVIDES, 1998, p.394).

Segundo o método de Smend citado por Bonavides (1998), o intérprete deve ter em conta dois elementos orientadores de sua atividade: a) a Constituição,

como um todo, vista numa perspectiva teleológica e no seu sentido material; b) interação dos elementos escritos com os dados da realidade. A Lei Maior deverá ser compreendida segundo a conexão entre seus diversos institutos e os dados da realidade social onde está inserida, e considerada antes como expressão política do que simplesmente jurídica. Os fatores extraconstitucionais também devem ser considerados, em clara superação do formalismo interpretativo. Assim como Montesquieu, que procurava o espírito das leis, Smend busca o espírito da Constituição.

Esse sentido espiritual da Carta Magna é aferido segundo sua integralidade, tomado o ordenamento jurídico como um todo. Entretanto, na Constituição brasileira, esse espírito se acha plasmado por valores e objetivos do Estado, os quais devem ser lidos, do ponto de vista normativo, a partir do seu preâmbulo e dos artigos 1º e 3º.

Segundo Canotilho (1999), o método científico-espiritual recorre à ordem dos valores, obrigando a uma captação espiritual do conteúdo axiológico último da ordem constitucional. A idéia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas, fundamentalmente, compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade.

Segundo Bonavides (1998), este método tem como pressuposto básico a idéia de que o intérprete deve sempre prender-se à realidade da vida, ou seja, à concretude da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida a lei de sua integração.

Neste contexto, importante a lição de Paulo Bonavides:

Nenhuma forma ou instituto de direito constitucional poderá ser compreendido em si, fora da conexão que guarda com o sentido de conjunto e universalidade expresso pela Constituição. De modo que cada norma constitucional, ao aplicar-se, significa um momento no processo de totalidade funcional, característico da integração peculiar a todo ordenamento constitucional. A Constituição se torna por consequência mais política do que jurídica. Reflete-se assim essa nova tomada de sentido na interpretação, que também se 'politiza' consideravelmente, do mesmo passo que ganha incomparável elasticidade, permitindo extrair da Constituição, pela análise integrativa, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época e as circunstâncias. (BONAVIDES, 1998, p.437-438).

2.4.2

Tópico - Problemático

Antigo método de solução dos problemas, o método tópico ressurgiu a partir de Viehweg (1986), com a publicação de seu livro *Tópica e Jurisprudência*, em 1953.

O método interpretativo em geral, adotado principalmente a partir de concepções sistêmicas, é dedutivo por excelência, nem sempre conseguindo atingir critérios de justiça. A tópica, ao reverso, caracteriza-se como método indutivo, porquanto parte do próprio problema e suas diferentes possibilidades de solução. Tais soluções passariam por *topois* ou *loci*, ou seja, pontos de vista pragmáticos de justiça material, a partir dos quais seria orientada a solução dos problemas.

A etimologia da palavra tópica vem da composição da palavra grega *topikos*, segundo dicção de Silva (1989), significando local, ponto principal. Fachin (1990) refere que seu significado resulta da junção de *topos* como lugar, situação, e *topoi* como orientador da problematização, ponto de referência da argumentação.

Fachin (1990, p.184) explica que “a tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *‘techne’* do pensamento que orienta o problema”. Ou seja, o pensamento é formado a partir da práxis, contrapondo-se ao método sistemático-dedutivo.

Serve a tópica como meio de solução de problemas a partir de dados materiais desses mesmos problemas, quando não for possível a subsunção imediata, buscando, como leciona Karl Larenz:

pôr em marcha a discussão de um problema e abordá-lo, por assim dizer, de vários lados, bem como para descobrir o contexto inteligível, sempre anterior ao problema, em que este tem lugar [...] o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema e regressa sempre ao problema. Os nexos dedutivos ‘tópicos’ só podem ser portanto ‘de um pequeno ou pequeníssimo alcance’; o pensamento tópico não leva a um sistema (total), mas a ‘uma pluralidade de sistemas, sem demonstrar a sua compatibilidade a parte de um sistema total’. Tem, poder-se-ia dizer, o seu centro sempre no problema concreto, não num contexto problemático ou material mais amplo, que simplesmente aflorasse no problema concreto. (LARENZ, 1997, p.171).

Para Larenz (1997), a tópica pode ser dividida em dois níveis; num, o mais rudimentar, lança-se mão de ponto de vista mais ou menos casual e; noutro, os objetos de pesquisa são coligidos em catálogos tópicos, adequando-se a certos tipos de problemas. Assim, é possível falar em tópicos jurídicos, destinados à solução de problemas jurídicos.

Robert Alexy, citado por Larenz entende que só relativamente a problemas jurídicos controvertidos é razoável a utilização da tópica como método de interpretação.

A sua principal insuficiência vê-a na incapacidade de captar o significado da lei, da dogmática e do precedente, bem como em que entre as diferentes premissas a que se recorre nas fundamentações jurídicas, segundo diz, teria de deixar-se aferir pela bitola de ‘se e em que medida’ pode evitar estas insuficiências. (ALEXY *apud* LARENZ, 1997, p.181).

Por esse mesmo entendimento orienta-se também Canaris (1989,p.211) , salientando que o raciocínio exclusivamente tópico corre o risco de atentar contra outros critérios importantes de interpretação, como o da congruência e unidade da ordem jurídica. Assim, ocupa papel relevante principalmente para a solução de casos difíceis, nos quais não se encontra, a princípio, solução no sistema.

Segundo Ferraz Júnior (1999, p.33) “a tópica não é propriamente um método, mas um estilo. [...] um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles.”.

A tópica, conforme ensina Larenz (1997), apresenta-se como procedimento de um discurso vinculado ao caso, ou seja, envolve sempre a aptidão de consenso da solução proposta em conclusão. No discurso tópico, são considerados relevantes os diversos pontos de vista (*topoi*) aptos a servir de argumentos pró ou contra a solução ponderada.

Assim, o método tópico valoriza o caráter prático da interpretação constitucional, leva em consideração a estrutura normativa aberta, fragmentária e indeterminada das normas constitucionais, impondo que seja dada preferência à discussão dos problemas ao invés de se privilegiar o próprio sistema.

Por fim, a Constituição enquanto objeto hermenêutico, mostra-se muito mais problemática do que sistemática, o que aponta para a necessidade de interpretá-la dialogicamente e aceitar, como igualmente válidos e até serem

vencidos pelo melhor argumento, todos os topoi ou fórmulas de busca que, racionalmente, forem trazidos a confronto pela comunidade hermenêutica.

2.4.3

Concretista (K. Hesse)

Também se orientando pelo “problema,” temos o método hermenêutico-concretizante desenvolvido por Konrad Hesse. Para o autor o operador do Direito cumpre a tarefa da interpretação jurídica mediante procedimento racional que tem por objetivo a tomada de decisão em um problema concreto. Por ser procedimento racional, seu discurso deverá ser fundamentado e controlável, de maneira a criar certeza jurídica e previsibilidade.

Hesse (1998) propõe a interpretação constitucional como concretização. Assim, contrariamente à doutrina e métodos clássicos, enfatizará o problema concreto colocado para a decisão. Nesse aspecto, a interpretação jurídica terá caráter criador. Os juízes não podem evitar o “juízo reconstrutivo” da norma quando diante de uma situação dada, juízo presidido pela idéia de consistência e sistema.

Entre as condições da interpretação constitucional, Hesse (1998) destaca a “pré-compreensão do intérprete”. A concretização pressupõe um “entendimento do conteúdo da norma a ser concretizada” e do problema concreto a ser resolvido.

Para Hesse (1998) o intérprete não é um ser situado fora da história, em um mundo abstrato de formas vazias e sem significado. Pelo contrário, o intérprete e toda a compreensão só ocorrem em situação histórica concreta. Além de a interpretação se dar na história, o intérprete tem história. Sua formação, seus valores, mesmo suas opções político-ideológicas não se ausentarão - magicamente - no momento em que estiver procurando compreender o conteúdo de uma norma e sua aplicação a uma situação concreta.

Na metodologia hermenêutica de Hesse (1998) é importante perceber a importância de as pré-compreensões virem à tona e serem fundamentadas no discurso jurídico, protegendo-se contra o arbítrio e realizando o dever fundamental de toda a interpretação, que é a motivação. Com o referido processo, a interpretação não é autônoma, abstrata: porém, vincula-se a três elementos: à

pré-compreensão do intérprete, ao problema concreto a ser resolvido e à norma a ser concretizada. De outro lado, a concretização obtêm-se por procedimento, o qual não é arbitrário, mas deve ser determinado pelo objeto da interpretação (norma constitucional), pela Constituição (princípios e regras) e pelo problema concreto.

Do exposto percebe-se que Hesse contrapõe às doutrinas tradicionais de hermenêutica positivista que estão ancoradas no “dogma da subsunção”. A abordagem da tarefa hermenêutica realizada por Gadamer (1998, p.87) oferecerá as raízes da concretização, quer na metódica de Hesse, quer na desenvolvida por Muller. O autor de “Verdade e Método” afirma que a aplicação não é uma parte última e eventual do fenômeno da compreensão. Pelo contrário, a aplicação determina desde o princípio e no seu todo à compreensão. Da mesma forma, a aplicação não consiste em relacionar algo geral e prévio como uma situação particular.

2.5

A Metódica Constitucional

O método hermenêutico-concretizador de Canotilho arranca da idéia que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete. A interpretação da Constituição também não foge a esse processo: é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efetua uma atividade prático-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. No fundo, esse método vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: 1) os pressupostos subjetivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; 2) os pressupostos objetivos, isto é, o contexto atuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; 3) relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em movimento de ir e vir (círculo hermenêutico). (CANOTILHO, 1999).

Segundo esse método, baseado na tópica, não há interpretação constitucional independente de problemas. A interpretação gravita em torno de três elementos: norma, compreensão prévia do problema pelo intérprete e problema a resolver.

Requer que o intérprete tenha uma pré-compreensão do fato concreto e do dispositivo normativo a ser interpretado. Para tanto, necessita de um embasamento jurídico teórico-constitucional como pressuposto da atividade interpretativa. A pré-compreensão, como categoria hermenêutica, refere-se, dirá Larenz (1997), à coisa de que se trata e à linguagem em que se fala dela. Sem a pré-compreensão seria difícil formar uma conjectura de sentido. Pela pré-compreensão, o intérprete infere o conteúdo da norma, dentro de certas expectativas, fazendo idéia de conjunto e buscando a unicidade de sentido. Num segundo momento, o intérprete põe diante de si o problema concreto, como pressuposto de seu compreender para concretizar. Entretanto, para a apreensão do problema, ou de sua real dimensão, o intérprete necessita novamente da pré-compreensão, chegando a esta por meio da teoria da Constituição. “Canotilho alinha vários conceitos determinantes deste método como “realização Constitucional”, “texto normativo”, “espaço normativo”, pré-compreensão”, “programa normativo”, entre outros.

Traduzindo, em termos práticos, as normas constitucionais devem se tornar juridicamente eficazes. Nós intérpretes do direito, juristas e leigos, precisamos dar corpo, densidade e completude as regras e princípios constitucionais. Só assim a norma constitucional representará um verdadeiro modelo normativo juridicamente vinculante, orientada para uma concretização material, visto que a normatividade é o efeito do procedimento metódico da concretização e não somente uma de suas qualidades.

Segundo o autor a pré-compreensão determina o objeto da interpretação (a nova constituição), passando depois para o programa normativo, que é o significado lingüístico considerando a norma em seu processo interpretativo primário e mediando-a junto ao significado semântico do texto constitucional.

Assim Canotilho compreende a norma Constitucional como estrutura formada por dois componentes - o “programa da norma” e o “domínio da norma”, que derivam o sentido de Normatividade Constitucional. A normatividade não é uma qualidade estática do texto da norma ou das normas mas, o efeito global da

norma num processo estrutural e dinâmico entre o programa normativo citado e o setor normativo.

Canotilho parte da premissa de que existe uma explicação necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular. Nesse sentido a normatividade não é produzida pelo seu texto, antes resulta de dados extralingüísticos do tipo estatal-social, de um funcionamento efetivo e de uma atualidade efetiva de ordenamento constitucional.

Para o autor português, não é o teor literal de uma norma (Constitucional) que regulamenta um caso concreto, mas sim o órgão governamental, o funcionamento da administração pública ou o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática, sempre de conformidade com o fio condutor da formulação lingüística dessa norma constitucional.

Assim, a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada, lingüísticamente, apenas pelo texto da norma jurídica concretizada; pelo contrário, todas as decisões são elaboradas com ajuda de materiais legais, de manuais didáticos de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de materiais de direito comparado, quer dizer, com ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao teor literal da norma e, até mesmo, o transcende.

Dessa forma, na tarefa de concretizar a norma constitucional - porque neste domínio, pela estrutura normativa - material, aberta e indeterminada, dos preceitos constitucionais, a interpretação cede lugar à concretização -, o aplicador, para fazer justiça à complexidade de sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles decorrentes da investigação de seu âmbito normativo, que igualmente pertence à norma e com igual hierarquia, ou quanto representa o pedaço da realidade social que o programa normativo “escolheu” ou em parte, criou para si, como seu âmbito de regulação.

Para Canotilho a Constituição apresenta um campo ideal de intervenção e aplicação do método tópico, já que o dínamo da sociedade cria uma estrutura aberta, onde o pluralismo dos valores adquire grande importância na preservação da própria Constituição.

A sociedade é dinâmica, e tratando-se de um texto de conteúdo eminentemente político, não se pode tê-lo como adequado à sociedade se não possuir franco conteúdo aberto e estrutura de compreensão tópica, que permita o acompanhamento do texto à evolução da sociedade.

A metodologia dedutiva relega ao direito o papel de velho conservador que, por ser retrógrado, não acompanha o progresso no passar do tempo. Diz Bonavides (1996, p.452) com acuidade que “dificilmente uma Constituição preenche aquela função de ordem e unidade, que faz possível o sistema se revelar compatível com o dedutivismo metodológico.”.

É fácil perceber que a metodologia clássica ou romântica que conduz a uma Constituição imóvel e sem abertura suficiente para acompanhar a realidade, não atende aos anseios e necessidades do direito constitucional. A tópica, como hermenêutica específica, demonstra amplas condições de melhor resolver o problema do caso constitucional e apresentar soluções que aproximam o próprio direito constitucional da sua realidade.

A adequação metodológica da tópica em Canotilho e, de resto, de todos os métodos que conduzem a uma visão aberta de Constituição, para a resolução de dificuldades inerentes à aplicação do texto, faz com que todo o pensar hermenêutico parta, a priori, de uma tomada de postura tópica.

A perda do primado do sistema, que passa, como visto, a ser ponto de construção a partir do problema, e não ponto de partida para o problema, é característica deste método constitucional de interpretação que condicionou todos os demais que se lhe seguiram. O próprio sistema, que é a razão da análise dos casos concretos no modo de pensar dedutivo, transforma-se em mera consequência da interpretação ou, ainda, em mero ponto de vista ou simples topos, quando se trata de método tópico.

A abertura do método concretizador de Canotilho consiste exatamente em ver o sistema não como regra absoluta, mas como ponto de vista modificável a partir do caso concreto. Este método causa perda de positividade no direito, jamais perda de juridicidade.

Para Canotilho a Constituição realiza-se a partir de uma hermenêutica aberta - que surge com a tópica - onde valem as considerações e pontos de vista que possam ser utilizados para a resolução do caso concreto sem a hierarquização de fontes e de regras, como a teoria sistêmica impõe.

Na interpretação concretizadora do autor lusitano existe grande perda de formalidade da ordem constitucional, que se torna mais real, mais presente, tudo em detrimento da reverência que se lhe impõe o positivismo. O aspecto formal da Constituição que tendeu a se transformar em folha de papel vai ser deixado de lado para dar lugar a uma reverência do concreto, do real, do efetivado, fortalecendo-se o aspecto material da Constituição em detrimento do formal. A concepção e o método são responsáveis por uma abertura da Constituição a um mundo circundante, fazendo respirar o texto, criando um vetor de *inputs* e *outputs*, do e no texto constitucional, ligando-o à realidade.

Essa materialização do texto e abandono de uma excessiva formalização não causam um enfraquecimento de sua força jurídica ou força normativa. É de se preocupar com o enfraquecimento do caráter normativo da Constituição em razão da proliferação de topos.

Na verdade, não há perda de juridicidade com o pensar tópico, mas perda de positividade. O direito deixa de ser apenas a expressão da norma legislada e passa a ser a expressão da doxa, aposto nos topos que não foram convertidos em norma legal, mas que não deixaram de ser normas jurídicas.

Para Canotilho, a Constituição, texto político que é, não perde juridicidade com a visão aberta dos casos e problemas constitucionais, mas perde em legalismo e em formalismo, e só perderia em juridicidade se fosse absorvida por uma visão positivista e legalista do direito.

O que Canotilho e os demais constitucionalistas que tomam a Constituição como ordem aberta defendem é uma pluralização dos métodos, priorizando-se o objeto de estudo ao invés do sistema e do observador. A pluralidade metodológica pode ser largamente utilizada, tendo sempre como objetivo maior solução do problema posto.

Os “pré-conceitos” sociais, o consenso e o senso comum são o ponto de apoio para uma teoria da Constituição que se estrutura com certa proximidade entre as teorias hermenêuticas e da argumentação jurídica. Todo ato de interpretação é um ato de conhecimento. Interpretação é conhecer o objeto, é aprender aquilo que a realidade nos permite compreender. Toda teoria hermenêutica é também, de certo modo, uma teoria do conhecimento que tem por escopo a resolução do caso concreto a partir do problema sem a priorização do sistema.

Não há consenso entre os juristas que tratam da tópica e da Constituição aberta sobre a forma de se encontrar o pensamento da moral comum, do senso comum e da opinião comum. De qualquer forma, a abertura tem ainda o grande mérito de abrir a discussão a respeito das opções interpretativas que sejam dinâmicas e possam melhor explicar uma realidade que é dinâmica pela própria natureza.

Quando Canotilho fala de hermenêutica especificamente constitucional está também mencionando uma metodologia própria da interpretação constitucional que tem por objetivo aplicar o texto à realidade ou transformá-lo em razão dos imperativos da própria realidade.

Como podemos perceber, qualquer que seja a metódica utilizada, haverá sempre princípios cuja função é garantir que o real sentido da norma apareça do trabalho interpretativo. É exatamente a aplicação desses princípios que transforma a Constituição em um sistema que se abre diante do universo que pretende normatizar.

Para a interpretação do texto constitucional, faz-se mister a utilização de uma metodologia interpretativa diferenciada da metódica infraconstitucional. Para levar esse afazer a contento, é necessária a utilização de um conjunto de princípios de interpretação, ou regras de trabalho, sensivelmente diferentes daqueles utilizados pela metodologia jurídica geral.

O texto político precisa ser interpretado utilizando-se um catálogo de princípios que existam exatamente em função da natureza política e aberto do texto constitucional. Esse rol de princípios retores da interpretação constitucional faz com que a atitude do hermeneuta da Constituição possua movimentos específicos.

O texto constitucional é necessariamente aberto, existindo apenas um diferenciador de intensidade entre a norma-regra e a norma-princípio. Ambas mais abertas que as normas infraconstitucionais. Esta abertura fornece a natureza política do momento constitucional.

Por essa razão, para Canotilho, os princípios retores da metodologia constitucional são necessariamente orientados pela metódica que possui como objetivo a concretização da norma e a análise a partir de cada caso de aplicação. A metódica orienta-se pela necessária análise do sentido da norma a partir do momento de sua concretização-aplicação.

Para o autor citado, os princípios aqui designados nada mais são do que regras para orientar o intérprete quando se debruçar perante um dilema constitucional. Seu papel nada mais é do que indicar o caminho para que o intérprete chegue a contento ao resultado almejado.

A aplicação de tais princípios somente é possível se a concepção de Constituição for necessariamente a fusão de dois pólos: o texto e a realidade. Isso se dá exatamente porque a utilização de princípios – chamados de topoi: - explica-se a partir da abertura do momento constituinte para a realidade. Todos esses topoi: somente têm razão de ser por estarem inseridos na busca de um sentido para a Constituição que se busca a partir da fusão entre o texto e a realidade.

Note-se que a elaboração de tais princípios que hoje norteiam a metódica constitucional deveu-se à práxis. Oriundos do senso comum, tais pontos de partida para o processo dialético de interpretação - que vai desde a Constituição formal até a realidade posta denominada de Constituição material - são a estrada para que se busque o sentido da Constituição, que é necessariamente cambiante e variável.

Para Canotilho, trata-se de uma relação dialética e circular. A metódica deve ser utilizada para garantir a natureza aberta do momento constitucional, e ela somente pode ser usada por se tratar de uma Constituição verdadeiramente aberta, uma Constituição que se abre para a dinâmica dos fatos e do momento político. Impende notar que os princípios hermenêuticos são princípios de interpretação aberta e existem como elos de manutenção dessa abertura.

Isso corrobora o pensamento esboçado por Gadamer (1998, p.123) , segundo o qual somente se interpreta uma proposição jurídica quando se está no momento da sua aplicação, vez que a atitude de aplicar integra a atividade hermenêutica e, portanto, deve existir uma parte da sua metódica encarregada de aplicar o direito.

Os tópicos da metodologia representam esse elo entre a realidade e o texto, que garantem a dinâmica do processo e a interpretação, conseqüentemente, a especificidade da metodologia utilizada. Esses tópicos surgiram da própria práxis, da experiência mesma de se encontrar uma resposta para o sentido e expressão da Constituição.

No dizer de Canotilho,

A elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e praxis jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa (1) relevantes para a decisão (= resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídicos-funcionais (ex: princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídico-materiais (ex: princípio da unidade da constituição e princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da 'base de compromisso' cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade). (CANOTILHO, 1999, p.1096).

Essa visão bem demonstra que a importância dos princípios retores da interpretação constitucional reside no fato de serem elo entre a atividade de interpretar, a de construir e a de concretizar o mandamento constitucional.

2.6

Os Tópicos de Metodologia Constitucional para Canotilho

O primeiro dos princípios hermenêuticos a ser mencionado é o princípio da unidade da Constituição. Reza o princípio da unidade da Constituição que “as normas constitucionais devem ser consideradas não como normas isoladas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de regras e princípios.” (COELHO, 1997, p.91).

A Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições e antinomias, preservando-se o seu aspecto unitário. O princípio obriga a perceber a sua composição como uma globalidade, e não como um texto recortado em fragmentos estanques. A harmonia dos seus espaços de tensão deve ser resolvida atentando-se para essa unidade que obriga o intérprete a analisar as normas de forma contextual, e não dispersa.

Já o princípio do efeito integrador significa que “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.” (CANOTILHO, 1999, p.1097).

O princípio da integração indica que é cânone da hermenêutica a observação de que o Estado é um todo que se constrói juridicamente pela

Constituição, razão pela qual deva ser ele mantido pelo próprio texto constitucional.

Interpretar o texto constitucional tendo por base tal princípio de hermenêutica quer dizer ler a Constituição atentando-se para a finalidade integracionista do próprio texto, que existe, dentre outras razões, para a manutenção do próprio Estado.

Alerta Canotilho (1999) para o fato de que a utilização do princípio da integração não pode jamais ser confundido com a intenção autoritária ou fundamentalista, mas, antes, trata-se de um princípio que se utiliza o hermeneuta sequioso de soluções pluralisticamente integradoras.

O princípio da máxima efetividade é topos que deve ser utilizado pelo hermeneuta para conduzi-lo a um resultado inter-relativo eficiente. De nada adianta como resultado do trabalho hermenêutico uma incongruência ou uma visão de eficácia duvidosa ou de realização impossível.

Fácil perceber, então, que se trata de uma técnica interpretativa, localizada na metódica constitucional específica que aponta para a necessidade de se dar à Constituição eficácia. De nada adianta um texto revestido de formalismos que não opera mais no presente e se desvirtua do contexto sóciopolítico da comunidade. A interpretação movida por tal princípio tem a obrigação e o objetivo de manter a mesma eficácia e a mesma efetividade que teria quando redigida foi.

O princípio da conformidade constitucional é topos, que indica a impossibilidade do resultado do afazer hermenêutico subverter as repartições de competência e a própria estrutura da Constituição. O resultado da interpretação não pode negar a opção do constituinte no que tange às normas-regra de organização. A interpretação pode oferecer conteúdo novo a velhos valores que a sociedade modificou, mas não pode alterar “o esquema organizatório funcional constitucionalmente estabelecido.” (COELHO, 1997, p.91).

O princípio da concordância prática ou da harmonização implica a “coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação a outros.” (CANOTILHO, 1999, p.1098).

Um corpo constitucional possui uma série de normas que se opõem umas as outras em determinados casos concretos. Isto fruto da impossibilidade de se tratar o texto constitucional como simples repositório de normas-regra cuja antinomia resolve-se com a derrogação de uma norma e prevalência de outra.

Aqui no texto constitucional os princípios conglobam-se, e o que é uma interpretação tópica referente a um caso concreto onde, na verdade, um princípio sobressai em relação a outro, mas sem que haja a revogação daquele que não incide diretamente.

Na visão de Canotilho, não há hierarquia entre bens, princípios e valores constitucionais, daí por que qualquer interpretação tende a harmonizá-los, e em caso de sua impossibilidade o resultado necessário não implica a revogação de qualquer norma constitucional.

O princípio implica dizer que “os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício de outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto”. (COELHO, 1997, p.91).

Por fim o princípio da força normativa da Constituição demonstra-se ser mais que um princípio. Mostra-se como a razão de ser da própria Constituição. Só há razão em um texto constitucional se as suas normas forem efetivamente normas no sentido de poderem regular atos em sociedade.

Deve haver prevalência para os resultados hermenêuticos que indicarem uma eficácia ótima para a Constituição. A eficácia e a permanência da Constituição apenas são atingidas quando é possível perceber como resultado hermenêutico normas que tenham força como condicionante das condutas humanas.

Os princípios de interpretação mencionados são como regras básicas que diferenciam a hermenêutica aberta da interpretação clássica e da interpretação romântica, baseadas no privatismo e no subjetivismo, e que percebem a Constituição vincada em uma neutralidade diferenciada da política. Porque se diferencia das leis infraconstitucionais, a Constituição necessita de uma hermenêutica específica, a qual somente pode conduzir a uma visão aberta do fenômeno constitucional.

Seguindo a linha de Canotilho, consideramos interpretação clássica e interpretação romântica aquelas que partem da consideração de que a Constituição, para todos os efeitos, é uma lei, de forma que interpretar a Constituição envolve o mesmo processo utilizado para interpretar qualquer outra lei. Anota Canotilho (1999) que a esta concepção subjaz a tese da identidade, ou seja, a formulação segundo a qual a interpretação constitucional em nada difere da

interpretação legal. Nesse contexto, a interpretação da Constituição pode e deve ser efetivada com base nos elementos interpretativos propostos por Savigny: filológico ou literal; lógico ou sistemático; histórico; e teleológico ou racional.

Nesta forma tradicional de interpretação podemos perceber uma visão dogmática do objeto do conhecimento jurídico, para seus cultores a norma já possui toda a argamassa necessária ao conhecimento do direito, sendo necessário, tão somente aplicá-lo. Cabe, assim, ao exegeta apenas tentar compreender a intenção do legislador, abstraindo completamente quaisquer idéias criacionistas.

2.7

A Constituição como Sistema de Regras e Princípios

Para Alexy (1993), a distinção entre regras e princípios constitui o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, assim, o ponto de partida para se chegar aos limites e possibilidades de uma teoria racional no âmbito dos direitos fundamentais.

Alexy (1993) ensina que, diante das normas de direitos fundamentais, é possível fazer numerosas distinções teórico-estruturais, sendo a mais importante delas a distinção entre regras e princípios. Segundo este autor, sem as considerações acerca das diferenças entre regras e princípios, não pode existir uma teoria adequada dos limites, da colisão e do papel que têm os direitos fundamentais no sistema jurídico.

Para melhor entender a teoria ora apresentada, deve ficar claro que a distinção entre regras e princípios refere-se a uma diferenciação entre dois tipos de normas. E ambas, dizem respeito ao que deve ser, sendo formuladas com a ajuda das expressões deônticas básicas (permissão e proibição). Nesse sentido, leciona que a distinção entre regra e princípios é uma distinção entre tipos de normas.

Alexy (1993) apresenta três teses acerca das distinções entre regras e princípios. A primeira delas informa que toda a intenção de dividir as normas em duas classes (regras e princípios) é vã, tendo em vista a pluralidade que de fato existe entre os critérios no âmbito interno de cada norma, a qual não permite tal diferenciação. A segunda tese é sustentada por quem considera que as normas

podem dividir-se de uma maneira relevante entre a classe das regras e a dos princípios, porém, apenas a partir de uma distinção de grau. A terceira tese, por fim, afirma que as normas podem ser distinguidas entre regras e princípios e que entre elas existe não só uma diferença gradual, mas também e, principalmente, qualitativa.

Para Alexy (1993) um critério que permite distinguir com toda precisão as regras dos princípios, é o mandado de otimização. Os princípios são normas que ordenam que algo será realizado em sua maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados por um feito de que podem ser cumpridos em diferentes graus e medida devida de sua ação de invalidez de um dos princípios em colisão.

Alexy (1993) sustenta que as regras contêm determinações que são fácticas e juridicamente possíveis, o que significa que a diferença entre regras e princípios é uma diferença qualitativa e não de grau. Afirma que as regras são normas que ou são cumpridas ou não o são. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente aquilo que ela exige. As regras contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fácticas e tal determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas ou fácticas, o que, necessariamente conduz à invalidez das normas. Se não for o caso de invalidez da norma, então vale exatamente o que nela estiver prescrito.

Já os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, levando-se em conta as possibilidades jurídicas e fácticas. Para tanto, os princípios não contêm mandados definitivos, mas, sim, mandatos *prima facie*, de modo que um princípio não determina como se deve resolver a relação entre uma razão e sua oposta, mas apenas apresentam um resultado à primeira vista. Os princípios, portanto, carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e as possibilidades fácticas. (ALEXY, 1993).

Para Alexy (1993) o mais importante entre regras e princípios, é o caráter do mandado que cada um impõe, ou seja, independentemente de constituírem fundamento para uma regra jurídica ou para uma decisão judicial, as regras sempre devem ser entendidas como instrumentos de determinações definitivas e os princípios, por sua vez, como veículos de um comando aplicável apenas *prima facie*.

O conceito de princípio formulado por Alexy (1993) sofre as seguintes críticas: a primeira argumenta que há casos de colisão de princípios que seriam perfeitamente solucionáveis mediante a declaração de invalidez de um dos princípios em colisão; a segunda registra que existem princípios absolutos, os quais não podem ser colocados numa relação de preferência com outros princípios, e, por fim, a amplitude do conceito de princípio, que acabaria por torná-la inútil, uma vez que abarcaria todos os interesses que podem ser tomados em conta nas ponderações.

Alexy (1993) rebate as objeções afirmando que o conceito de princípios apresentado em sua obra pressupõe a validade dos princípios que entram em conflito, pois se um deles for inválido não se estabelece sequer uma efetiva colisão.

Sustenta o autor que o caráter absoluto de um princípio sempre decorre do fato de que existe uma regra, esta sim absoluta, relacionada diretamente com o objeto protegido por aquele princípio. Como exemplo cita o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por último, sustenta, que o conceito mais estreito de princípio defendido por Dworkin não tem maior relevância, sem dúvida, a diferença entre direitos individuais e bens coletivos é importante. Porém, segundo Alexy (1993), não é nem necessária nem funcional ligar o conceito de princípio ao conceito de direito individual. As propriedades lógicas comuns de ambos tipos de princípios, que alude Dworkin, no caso de colisão, sugerem a convivência de um conceito mais amplo de princípio.

Segundo o autor, existem três modelos de sistema de direitos fundamentais: o modelo puro de princípios, o modelo puro de regras e o modelo combinado de regras e princípios.

O modelo puro de princípios esvazia qualquer vinculação às normas de direitos fundamentais. O modelo puro de regras não se aplica a todas as normas de direitos fundamentais.

Alexy (1993) opta pelo modelo combinado de regras e princípios, segundo o autor há direitos fundamentais que estão no nível dos princípios e direitos fundamentais que se encontram no nível de regras. Em resumo, há normas-princípios de direitos fundamentais e normas-regras de direito fundamentais e um

princípio é relevante para uma decisão sobre direitos fundamentais quando ele pode ser apresentado a favor ou contra uma decisão de direito fundamental.

As disposições de direitos fundamentais também podem ser consideradas como determinações frente às exigências dos princípios contrapostos, adquirindo, desta maneira, um caráter duplo (HESSE, 1998), ou seja, de regra, além de princípio. Lembramos, entretanto, que isto não significa que as normas de direitos fundamentais não tenham caráter vinculante (o que seria uma objeção à faceta de princípio), pois as disposições de direitos fundamentais devem vincular o intérprete tanto quanto o fazem as demais normas constitucionais. (ALEXY, 1993).

2.8

As Regras e Princípios na Doutrina de R. Dworkin

Dworkin (1989) afirma que quando os juristas discutem sobre direitos e obrigações jurídicas, principalmente nos casos difíceis, onde as complicações com tais conceitos afloram de forma mais contundente, eles se utilizam de modelos que não funcionam como normas, mas, sim, que operam sob a forma de princípios, diretrizes políticas ou outros tipos de pautas.

Para o autor, tanto as regras como os princípios apontam para decisões particulares referentes à obrigação jurídica em determinadas circunstâncias, diferenciando-se, entretanto, pelo caráter da orientação que fornecem para o caso.

As regras são aplicáveis de maneira disjuntiva, ou seja, se ocorrem os fatos previstos na norma, então ou a norma é válida – hipótese na qual deverá ser aceita a determinação normativa - ou inválida, e então não será considerado seu teor na solução do caso. (DWORKIN, 1989).

Já os princípios apenas enunciam uma razão que direciona o intérprete em uma direção, não exigindo, porém, nenhuma decisão em particular.

Nos casos difíceis, os princípios desempenham um papel essencial para os argumentos que servem de fundamento às decisões que serão tomadas em relação a determinados direitos e obrigações jurídicas. Os princípios têm uma dimensão que falta às regras: a dimensão de peso ou dimensão de importância. Quando os princípios colidem, quem deve resolver o conflito deve ter em consideração o

peso relativo dos princípios em confronto: Assim, é inafastável a necessidade de se perguntar qual a importância do princípio e qual o peso relativo que possui.

E neste ponto reside uma importante diferença entre regra e princípio: as regras não têm importância diferenciada dentro do sistema, de modo que, se elas entram em conflito, uma das normas substitui a outra, fazendo com que a de menor peso desapareça do ordenamento jurídico. . (DWORKIN, 1989).

Segundo Dworkin (1989), existem dois pontos de vista distintos, cujas consequências para o conceito de Direito são decisivos. Uma é a daqueles que enxergam os princípios como obrigatórios dentro do sistema jurídico, assumem uma posição de que o Direito é um sistema composto por regras e princípios. Outras pessoas optam por não assumir a juridicidade dos princípios, afirmando a inexistência de obrigatoriedade de sua utilização pelos juízes, colocando-se numa posição fora do sistema do Direito.

Os juristas que não consideram os princípios como obrigatórios como as demais normas jurídicas, justificam seu posicionamento alegando que quando um caso não pode ser resolvido pela aplicação direta e imediata de uma norma jurídica, o juiz deve exercer sua discricionariedade para decidi-lo, estabelecendo, a partir da sua decisão neste caso, um novo precedente legislativo.

Para Dworkin (1989), ao contrário, o melhor sentido para expressão ‘discricionariedade’ é aquele em que tal expressão não equivale à liberdade sem limites, nem exclui a possibilidade de críticas. Quase todas as situações em que uma pessoa atua impõe escolhas as quais justificadas por meio de certos modelos de racionalidade, justiça e eficácia e são estes argumentos que podem sofrer críticas pelos demais membros da comunidade em que se toma determinada decisão com discricionariedade.

A teoria de Dworkin (1989) revolucionou a compreensão do significado de obrigatoriedade dos princípios e de respeitá-los e considerá-los como o direito.

2.9

Estrutura da Norma de Direito Fundamental

A teoria jurídica apresenta diversas definições das normas de direitos fundamentais, conforme a concepção que se tenha de ciência do Direito. Temos as

teorias jusnaturalistas, racionalistas, jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos interesses, sociológica, escola do Direito livre, positivista-legalista, positivista institucionalista, etc.

A norma jurídica pode ser compreendida a partir de três perspectivas: a sintática, a semântica e a pragmática. Na forma sintática a norma é vista na sua literalidade, cabendo ao intérprete apenas indicar os termos expressos no texto pela gramática. Na forma semântica cabe ao intérprete, além de expor o que está expressamente escrito no texto, deve indicar o seu significado não-expresso. Por último, a norma jurídica na visão pragmática, o intérprete deve além de considerar o texto e o seu contexto, deve valorizar o universo de pré-compreensões daqueles que estão se comunicando.

2.10

O Conceito Semântico da Norma Jurídica

Para o modelo semântico da teoria da norma jurídica, uma norma é o significado de um enunciado normativo. Para Alexy (1993) a concepção semântica da norma jurídica distingue claramente entre o conceito de norma e o conceito de sua validade. O conceito de norma não pode ser definido de uma maneira tal que se pressuponha a validez ou a existência. Assim como é possível expressar um pensamento supondo-o verdadeiro, assim também tem que ser possível expressar uma norma sem classificá-la como válida.

É importante lembrar que a teoria da validade das normas é aquela que proporciona critérios para saber quando uma norma é válida. A distinção entre os critérios é que faz distinguir entre os diferentes tipos de teorias da validade. Assim, na medida em que se introduzem critérios sociais, tem-se uma teoria sociológica da validade; se é mencionada um critérios de hierarquia entre as normas jurídicas, tem-se uma teoria jurídica de validade das normas. Ainda: se o fundamento é moral está-se diante de uma teoria ética da validade.

Frise-se que o conceito semântico de norma considera apenas a norma e os enunciados normativos, desconsiderando qualquer influência do sujeito no conceito de norma jurídica.

Alexy (1993) propõe duas formas de compreensão das normas de direitos fundamentais: a abstrata e a concreta. No plano abstrato questiona-se sobre as características que deve ter uma norma para ser considerada como de direito fundamental, já no plano concreto indaga-se quais as normas de um determinado ordenamento jurídico são consideradas normas de direito fundamental.

2.11

O Conceito Pragmático de Norma Jurídica

Ferraz Junior (1999, p.53) compreende a norma jurídica como um discurso no qual se encontram dois aspectos: o relato e o cometimento. “Na terminologia pragmática, o comunicador normativo não apenas diz qual a decisão a ser tomada - pré-decisão - mas também como essa pré-decisão deve ser entendida pelo endereçado - informação sobre a informação.”.

Para Canotilho (2003) os componentes fundamentais da norma são o programa normativo e o domínio normativo e, por isso, a norma só pode compreender-se como uma articulação destas duas dimensões.

Para o autor o programa normativo é o resultado de um processo parcial de concretização destacado fundamentalmente na interpretação do texto normativo. Assim o enunciado lingüístico da norma passa a ser o ponto de partida do processo de concretização.

O domínio normativo é o resultado de um segundo processo parcial de concretização presentes na análise dos elementos empíricos. Assim a norma constitucional é um modelo de ordenação orientado para uma concretização material constituído por enunciados lingüísticos e dado reais materiais.

Daí deriva que a normatividade constitucional não é uma qualidade estática do texto da norma ou das normas, mas o efeito global da norma num processo estrutural e o domínio normativo.

Canotilho adota uma concepção semântica da norma jurídica, distinguindo, enunciado normativo e norma jurídica (texto normativo e norma). Ensina que a definição da norma de direito fundamental deve apresentar-se em três graus. No primeiro, o conceito de norma de direito fundamental é estabelecido por uma determinada autoridade - o constituinte -, de forma que os enunciados normativos

são identificados por meio de critérios formais que levam em consideração a sua forma de positivação. No segundo devem ser considerados por meio do conceito de asseveração da norma de direito fundamental, o qual só se realiza se e enquanto conforme o direito. Por fim, no terceiro passo, apresenta uma definição que se refere tanto às normas estatuídas quanto às normas decorrentes.

Conforme se vê, é relevante a concepção semântica de norma jurídica adotada por Canotilho, principalmente no âmbito particular da norma jurídica consagrada do direito fundamental, uma vez que os doutrinadores mais expressivos que tratam do tema assim o defendem.

Para Canotilho os direitos fundamentais devem ser analisados em três dimensões, na perspectiva analítica, empírica e crítico- normativa.

Pela perspectiva analítica a hermenêutica de direitos fundamentais, objetiva a aprofundar e analisar conceitos fundamentais, esclarecer o sentido das construções jurídico-constitucionais, bem como investigar a estrutura do sistema jurídico e das suas relações com os direitos fundamentais.

Na perspectiva empírica, perquire-se sobre as condições de eficácia dos direitos fundamentais e modo como os legisladores, juizes e administração os observam e aplicam nos vários contextos prático.

Na perspectiva crítico - normativa procura-se uma fundamentação racional e jurídico - normativa dos juízos de valor, constituindo-se, portanto, na perspectiva metodológica que permeia toda a extensão do presente estudo, tendo em vista que o objetivo principal do trabalho é a proposta de uma hermenêutica constitucional para uma interpretação dos direitos fundamentais a luz do pensamento original de Gomes Canotilho.

Os direitos fundamentais constituem uma categoria dogmática. Teoria dogmática em que sentido? Num sentido analítico, num sentido empírico ou num sentido normativo? Em rigor, interessar-nos-ão as três dimensões assinaladas. A perspectiva analítico-dogmática, preocupada com a construção sistemático-conceitual do direito positivo, é indispensável ao aprofundamento e análise de conceitos fundamentais (exs.: direito subjetivo, dever fundamental, norma), à iluminação das construções jurídico-constitucionais (exs: âmbito de proteção e limites dos direitos fundamentais, eficácia horizontal de direitos, liberdades e garantias) e à investigação da estrutura do sistema jurídico e das suas relações com os direitos fundamentais (ex.: eficácia objetiva dos direitos fundamentais), passando pela própria ponderação de bens jurídicos, sob a perspectiva dos direitos fundamentais (ex.: conflitos de direitos). A perspectiva empírico-dogmática interessar-nos-á porque os direitos fundamentais, para terem verdadeira força normativa, obrigam a tomar em conta as suas condições de

eficácia e o modo como o legislador, juízes e administração os observam e aplicam nos vários contextos práticos. A perspectiva normativo-dogmática é importante, sobretudo em sede de aplicação dos direitos fundamentais, dado que esta pressupõe, sempre, a fundamentação racional e jurídico-normativa dos juízos de valor (ex. na interpretação e concretização). (CANOTILHO, 2003, p.1253).

A doutrina contemporânea acerca dos direitos fundamentais optou pela concepção semântica da norma jurídica, distingue os elementos estruturais da norma de direito fundamental: o texto da norma, o significado da norma e a parcela da realidade regulada pela norma.

Segundo Canotilho, o fato de o texto constitucional ser o primeiro elemento do processo de interpretação–concretização constitucional não significa que o texto ou a letra da lei constitucional já contenha a decisão do problema a ser resolvido.

Os componentes fundamentais da norma jurídica para Canotilho são o domínio normativo (texto normativo), o programa normativo (seu processo de concretização): e o setor normativo (situações de fato previstas pela norma jurídica).

2.12

A Função dos Princípios na Hermenêutica Constitucional

A Constituição é mais do que o texto, devemos incluir nela princípios e regras não formalmente constitucionalizadas. Nesse sentido, o intérprete revela-se como uma das formas de colmatar eventuais lacunas do texto constitucional, no que tange a outras normas que não estejam formalmente escritas, mas que fazem parte do corpus constitucional.³

Segundo Canotilho (1999), as regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção. As regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, só admitem convivência antinômica, não deixam

³ A questão fundamental, portanto, desemboca na discussão travada por Alexy e também por Muller no sentido das normas direta e indiretamente estatuídas. Canotilho, neste particular, segue a trilha da teoria de Friedrich Muller, segundo a qual o texto normativo diz mais do que a sua literalidade. (CANOTILHO, 1999, p. 1063-1064).

espaço para qualquer ponderação, colocam apenas problemas de validade (não estando corretas devem ser alteradas).

Já os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica. Os princípios são normas que exigem a sua viabilidade.

Como podemos perceber, a distinção entre regras e princípios é, portanto, complexa e implica percebermos qual a função dos princípios, se retórico-argumentativa ou de normas de conduta. Ou se os princípios e regras são passíveis de uma diferenciação qualitativa, ou se existe um denominador comum, havendo diferença apenas quantitativa de características de grau.

Neste estudo, o que nos interessa são os princípios jurídicos fundamentais, ou seja, aqueles que “pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.” (CANOTILHO, 1999, p.1090). Assim, segundo Canotilho, todos os direitos fundamentais possuem alguma eficácia, já que se apresentam como programas a ser desenvolvidos (normas programáticas), tendo a função de estabelecer limites e critérios para o legislador, servindo como parâmetro de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

O pensamento principialista estruturante de Canotilho concebe a Constituição como um “sistema aberto de regras e princípios”. Essa concepção é nuclear para elucidação de sua contribuição teórica e dogmática, e exige aprofundamentos de alguns conceitos e noções fornecidos pelo próprio autor.

Assim, segundo Canotilho (2003, p.48) “na cultura jurídica moderna o conjunto de normas jurídicas (regras e princípios) constitutivas de uma sociedade organizada é concebido como um sistema de normas juridicamente vinculantes (sistema jurídico).”.

Ele concebe o sistema jurídico nestes termos: “[...] o direito constitui um sistema quando se reconduz, formal e procedimentalmente, a uma idêntica norma fundamental.” (CANOTILHO, 2003, p.49), E, dessa concepção de sistema jurídico, pode-se deduzir, segundo seus ensinamentos literais, que o sistema jurídico brasileiro assenta numa “norma fundamental positiva” - a Constituição - que, por sua vez, “delega” a outros órgãos (legislativo, judiciário e administração, bem como particulares) o poder de produzir outras categorias de normas (leis,

sentenças, atos administrativos, atos de vontade privada etc.). Nessa perspectiva, Canotilho toma o direito como um sistema dinâmico de normas.

Nesta perspectiva, também podemos concluir que o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito brasileiro é um sistema normativo aberto de regras e princípios.

É um sistema jurídico porque é um sistema de normas, nos moldes antes esboçados (sistema dinâmico de normas). É [...]” um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica,[...]. (CANOTILHO, 2003, p.49) traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’”.

É [...] um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas. É [...] um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras. (CANOTILHO, 2003, p.174).

Canotilho salienta que na moderna constitucionalística,

[...] à riqueza de formas da Constituição corresponde a multifuncionalidade das normas constitucionais. Ao mesmo tempo, aponta-se para a necessidade dogmática de uma clarificação tipológica da estrutura normativa das constituições contemporâneas. (CANOTILHO, 2003, p.1162-1163).

Essa classificação abre-se para o tratamento teórico e dogmático das regras e princípios como espécies do gênero norma de direito. Ou melhor, na proposta sugerida por Canotilho, onde as normas constitucionais constituem-se de regras constitucionais e de princípios constitucionais, que se relacionam de modo sistêmico-estruturante. (CANOTILHO, 2003).

Canotilho para justificar esse modelo teórico-jurídico adequado para a compreensão do sistema constitucional explica que se o sistema jurídico fosse composto somente por regras, ele seria limitado à racionalidade prática, não haveria um espaço para o sistema aberto que é representado pela constituição. O legalismo estrito das regras não permitiria o balanceamento de valores e interesse, nem tão pouco a introdução de conflitos, transformando a sociedade pluralista e aberta em uma organização política monodimensional.

O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. Daí a proposta aqui sugerida:

1) o sistema jurídico carece de regras jurídicas: a Constituição, por exemplo, deve fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral ativa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de otimização: um cidadão é ou não é maior aos 18 anos para efeito de direito de sufrágio; um cidadão ‘só poder ter direito à vida’;

2) o sistema jurídico necessita de princípios ou valores que eles exprimem como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias práticas, ponderações, compromissos e conflitos.⁴

3) em virtude da sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da ‘justiça’, da ‘idéia de direito’, dos ‘fins de uma comunidade’), os princípios têm uma função normogénica e uma função sistémica: são fundamentos de regras e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional..

4) as ‘regras’ e os ‘princípios’, para serem ativamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática “[...]: o direito constitucional é um sistema aberto de normas diga-se, regras e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma “lei dos livros” para uma “lei de ação”, para uma “constituição de vida”. (CANOTILHO, 2003, p.174).

Esses conceitos e idéias relativas à estrutura sistémica da Constituição, se postos a serviço de uma doutrina do Direito Constitucional conduzem para uma dogmática principialista estruturante, nos termos expostos por Canotilho:

⁴ Entre nós, para uma aproximação mais exata das idéias de “concordância prática”, “ponderação” e “conflitos”, ver Stumm, Raquel Denize. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, especialmente p. 58-60 e 76-93.

A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da Constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a Constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização (= diferente densidade semântica). (CANOTILHO, 2003, p.180).

O termo dogmática principialista estruturante para Canotilho é aquela proposta dogmática que tem uma implicação necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular. Segundo esta concepção, a norma jurídica não se identifica com o texto da norma, porém é resultado de um trabalho de “extração” - verdadeiramente “construção” - a partir do material bruto dos textos. O trabalho de construção é designado pela palavra “concretização”. Assim, a norma não é o ponto de partida para o processo de concretização, mas o seu resultado. A norma não está no texto, nem preexiste ao trabalho do operador do Direito, mas é resultado de sua concretização; o emprego de métodos jurídicos em um caso concreto.

Assim, diante da concepção de sistema aberto elucidada por Canotilho, percebe-se a complexidade e a largueza das questões relativas à problemática dos princípios constitucionais e sua conceituação. E mais: percebe-se quão grande deve ser o esforço teórico e dogmático no sentido de estabelecer a normatividade dos princípios constitucionais, enquanto conceito e norma de direito. Outra conclusão decorrente aponta para a seguinte tese: para extrair-se da idéia de princípios constitucionais toda a sua normatividade mediata e normatividade concreta, é necessária uma construção teórico constitucional adequada, que possa dar cabo explicativo do maior número possível de elementos normativos de uma Constituição positiva, concreta, temporal e espacialmente situada.

2.13

As Regras e Princípios na Doutrina Brasileira

A doutrina brasileira caminha no sentido do reconhecimento da juridicidade dos princípios. Nesse sentido temos a afirmação de Walter Rothenburg:

O reconhecimento da natureza normativa dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de os caracterizar como meras sugestões ou diretivas (desideratos ou propostas vãs), a fim de que deles possa ser extraído todo o significado dos valores que encerram, com o cuidado de impedir que sejam estes tornados inócuos por uma retórica mitificadora e enganosa, frequentemente empregada para os princípios. (ROTHENBURG, 1999, p. 81).

Também Ingo Sarlet ensina que:

Os direitos não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. (SARLET, 1998, p.144).

O autor ora citado lembra, que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não constitui um mero 'reverso da medalha' da perspectiva subjetiva. A faceta objetiva significa que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada uma função autônoma que transcende a perspectiva subjetiva. (SARLET, 1998).

Sarlet (1998) demonstra que todos os direitos fundamentais devem ter a sua eficácia valorada não só como base na pessoa individualmente considerada e na sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade e de toda comunidade.

Na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais servem como parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais. Além disto, deve-se destacar a sua força jurídica autônoma, que desdobra-se na sua eficácia irradiante, fornecendo parâmetros para a aplicação e interpretação do direito, tanto na esfera pública como na esfera privada.

A descoberta da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais permitiu desenvolvimento de novos conteúdos para a constituição de um sistema racional e eficaz de efetivação dos direitos fundamentais, conforme demonstra Sarlet (1998).

Esse processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais, provocada não só -mas principalmente - pela transição do modelo de Estado liberal de Direito para o do Estado Social e democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal. (SARLET, 1998).

No ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que a positivação dos direitos seguiu um modelo híbrido que compreende princípios e regras, porquanto os dispositivos de direito fundamental ostentam densidades variadas. No texto da Carta de 1988, os direitos fundamentais são tutelados por meio de cláusulas gerais e cláusulas especiais, formando assim um conjunto misto que, como destaca Perez Luño (1996), é comum nas Constituições contemporâneas. Assim, por exemplo, a Constituição estabelece comandos de igualdade com graus de concreção diversos. A isonomia é versada de forma bem aberta no Preâmbulo, e em termos um pouco mais precisos no artigo 5º, inciso 1º. O texto constitucional enuncia, ainda, diversas concretizações do cânone isonômico, aludindo à igualdade de direitos entre trabalhadores com vínculo e avulsos (art. 7º, XXXIX), determinando a igualdade de acesso aos cargos, empregos e funções públicas (art. 37,I), definindo que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226,§ 5º) e estabelecendo que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou de forma compatível com essa leitura do sistema constitucional. Em decisão versando sobre a admissibilidade, como prova no processo penal, de gravação sub-reptícia, o Ministro Sepúlveda Pertence registrou que o princípio da proporcionalidade - que pressupõe a realização de uma ponderação de interesses -, não tem aplicação quando a Constituição “haja feito um juízo explícito de prevalência”⁵, como ocorre quanto à vedação de provas ilícitas.⁶

⁵ Na decisão, ficou consignado que: “[...] até onde vá a definição constitucional da supremacia dos direitos fundamentais, violados pela obtenção da prova ilícita, sobre o interesse da busca da

Nesse prisma, vê que a questão concernente ao modelo estrutural das normas constitucionais é extremamente relevante para o tratamento dos problemas concernentes às restrições e limites dos direitos fundamentais. É que entender os direitos como regras levam a concebê-los como comandos absolutos, insusceptíveis de serem restringidos, enquanto o modelo de princípios conduz à concepção de que os direitos fundamentais são passíveis de restrição.

Paralelamente, há uma estreita conexão entre a adoção de um modelo de regras ou de princípios e a metodologia empregada para solucionar problemas de direitos fundamentais. Já que a idéia de aplicação gradual de normas jurídicas liga-se à admissibilidade de restrições dos direitos fundamentais e ao emprego do método ponderativo, enquanto o modelo de regras, por pressupor que a aplicação dos direitos envolve um raciocínio binário, entende estes com os irrestringíveis e tem como metodologia básica o delineamento do âmbito de incidência das normas constitucionais.

verdade real no processo, não há que apelar para o princípio da proporcionalidade, que, ao contrário, pressupõe a necessidade da ponderação de garantias constitucionais em aparente conflito, precisamente quando, entre elas, a Constituição não haja feito um juízo explícito de prevalência”. Informativo n. 250 – Transcrições: Prisão ilegal prova ilícita, HC – 80949, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence.

⁶ “Art. 5º: LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. (BRASIL, 2007, p.10).

3

A Classificação dos Direitos Fundamentais em Vista de sua Melhor Adequação aos Princípios Constitucionais

Quando se fala em direito fundamental aborda-se uma categoria jurídica complexa, que pode ser analisada a partir de múltiplos enfoques. Isso ocorre porque o significado que os direitos fundamentais assumem no constitucionalismo contemporâneo é resultado de um longo processo histórico em que foram sendo ampliados, de forma progressiva, seu alcance e força vinculante no ordenamento.

Embora a origem remota do termo direito fundamental seja o contexto político e cultural que antecedeu a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão na França do séc. XVIII, sua disseminação no discurso jurídico ocorreu após o advento da Lei Fundamental de Bonn de 1949. Apesar dos diversos desacordos terminológicos que envolvem a linguagem dos direitos, há certa tendência em utilizar a referida expressão para designar os direitos humanos reconhecidos e positivados em determinada ordem Constitucional.

O termo direitos humanos, todavia, tem um significado mais abrangente, sendo empregado, de modo geral, para fazer referência aos direitos do homem reconhecidos na esfera internacional, sendo também entendidos como exigências éticas que demandam positividade, ou seja, como “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretiza as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.” (PEREZ LUÑO, 1996, p.48).

Os direitos fundamentais podem ser analisados de diversas maneiras. Do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima. (VILLALÓN, 2001, p.108). Em outras palavras, a fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para implementação da dignidade humana.

Os direitos fundamentais assumem hoje, também um duplo caráter, ou dupla função na ordem Constitucional. Num plano subjetivo, operando como garantidores da liberdade individual de toda coletividade. No plano objetivo, caracterizam-se pelo fato de sua normatividade transcender à aplicação subjetivo-individual, pois que estes também orientam a atuação do Estado. Nesse plano o conteúdo dos direitos fundamentais constitui um comando dirigido ao Estado no sentido de proteger os direitos, o que implica, além de medidas concretas visando a efetivá-los, a atividade legislativa destinada a desenvolvê-los.

É importante realçar que os direitos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado no individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais:

1- direitos individuais e coletivos - correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade, que estão detalhados no art. 5º da Constituição Federal;

2 - direitos sociais - caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipo-suficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art.1º, IV. A Constituição Federal consagra os direitos sociais a partir do art. 6º;

3 - direitos de nacionalidade - nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando ao cumprimento de deveres impostos;

4 - direitos políticos - conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos, investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. A Constituição regulamenta os direitos políticos no art. 14;

5 - Por último temos os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos - a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade e atuação, para concretizar o sistema representativo.

Os direitos fundamentais são integrados do ordenamento jurídico por meio de normas, as quais são formuladas a partir da interpretação de dispositivos Constitucionais. Isso significa falar que direito fundamental, norma de direito fundamental e dispositivo de direito fundamental não são figuras jurídicas idênticas. Embora essas três noções estejam estreitamente interligadas, trata-se de categorias autônomas, sendo relevante esclarecer o significado que assumem este estudo.

A noção de direito fundamental está ligada as normas de direito que veiculam mandatos, proibições e permissões. A doutrina classifica estas posições jurídicas básicas em três categorias: os direitos a algo, as liberdades e as competências. (ALEXY, 1993).

Os direitos a algo são representados por um esquema integrado por um titular (sujeito ativo), um destinatário (sujeito passivo) e um objeto.¹ O objeto da posição do direito fundamental corresponde ao dever que a norma de direito fundamental atribui ao sujeito passivo, o qual deve ser efetivado em favor do sujeito ativo, e que pode assumir forma de uma ação ou uma abstenção. Nesse sentido, os direitos a algo podem corresponder a tipos variados de posições

¹ Nesse sentido, Alexy (1997, p.186) averba que “os direitos a algo são modalidades deonticas relacionais.”.

jurídicas, tais como o direito de defesa, direitos a prestações, direitos a participação etc.

No caso dos direitos de defesa, por exemplo, o objeto será uma abstenção do Estado, podendo o sujeito ativo exigir deste que se abstenha de praticar determinados atos. Nos direitos a prestações, o objeto corresponde a uma atuação estatal que pode ser exigida pelo sujeito ativo. Quanto aos direitos a participação, seu objeto é uma atuação do Estado ao mesmo tempo positiva e negativa, ou seja, consistente em abster-se de impedir o sujeito ativo de participar das decisões estatais e em fornecer os meios necessários a que essa participação seja implementada.

Nas liberdades jurídicas, temos também três elementos: o titular da liberdade, o objeto da liberdade e um impedimento da liberdade. (ALEXY, 1993). As liberdades negativas têm por objeto alternativas de ação do titular e por obstáculo ações constrictivas praticadas por terceiros, especialmente pelo Estado. A liberdade consiste na conjugação de uma permissão de fazer algo, X não expressar sua opinião. (ALEXY, 1993). Cabe lembrar, outrossim, que as liberdades podem ser vinculadas aos direitos a algo, resultando em estruturas mais complexas.²

As competências costumam ser designadas pela doutrina como “poder”, “poder jurídico”, “faculdade” e “capacidade jurídica” - que se traduzem na possibilidade outorgada ao titular de modificar uma situação jurídica por meio de uma ação .

Para Canotilho as expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente usadas como sinônimas. Segundo sua origem e significado poderiam ser distinguidas da seguinte maneira: os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista - universalista); e direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. (CANOTILHO, 1999).

É importante distinguir os direitos naturais dos direitos civis. Os primeiros, como o próprio nome indica, pertencem ao indivíduo em si, independentemente

² É importante salientar, contudo, que esta noção corresponde ao conceito de liberdade negativa. Quando se adota um conceito de liberdade positiva, o objeto da liberdade não é uma alternativa de ação, mas apenas uma ação, que deve se mostrar razoável e correta. (ALEXY, 1993).

de qualquer contrato social; os segundo são os direitos pertencentes ao indivíduo como cidadão sendo proclamados nas Constituições ou leis esparsas. (CANOTILHO, 1999).

Para o autor lusitano, só poderemos compreender a expressão direitos e garantias individuais, depois que esvaziarmos dela o sentido de direitos políticos. Segundo Canotilho, as liberdades públicas estariam ligadas ao status negativo do indivíduo e por meio dela visa-se a defender a esfera do cidadão perante a intervenção do Estado. Daí as expressões: direitos de liberdade; liberdades de autonomia e direitos negativos. Já os direitos estariam ligados ao status ativo ou positivo que salienta a participação do cidadão como elemento da vida política (direitos políticos); ou o direito às prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual (direitos de prestação, direitos econômicos, sociais ou culturais). (CANOTILHO, 1999).

Canotilho (1999) também classifica as normas garantidoras de direitos fundamentais em normas garantidoras de direitos subjetivos e normas impositivas de deveres objetivos. Para o autor, o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito. Já as normas impositivas de um dever objetivo seria uma norma que vincula um sujeito em termos objetivos ao fundamentar deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto.

A Classificação dos direitos fundamentais a ser adotada no presente trabalho é aquela defendida por Sarlet (1998) à qual se incorporam elementos da classificação elaborada por Alexy (1993), estabelecida em termos de inicialmente subdividi-los em duas grandes categorias:

(1) direitos fundamentais como direitos de defesa, com três subcategorias: 1.1 - direitos a não-impedimentos de ações; 1.2 - direitos à não-afetação, e; 1.3 - direitos à não-eliminações de posições jurídicas;

(2) direitos fundamentais como direitos a prestações, este segundo grupo, por sua vez, subdividido em: 2.1 - direitos a prestações em sentido amplo, que compreende: 2.1.a - direitos à proteção; 2.1.b - direitos à participação na organização e no procedimento; e, 2.2 - direitos a prestações em sentido estrito. Justifica-se a adoção de tal classificação, de uma parte, em razão de que se afigura constitucionalmente adequada, é dizer, leva em consideração, primordialmente, o direito constitucional positivo brasileiro. De outra parte, a adequação da presente

classificação se fundamenta em um critério teórico-dogmático ao inserir elementos classificatórios próprios à visão de Alexy que levam em linha de consideração o modo como os direitos fundamentais de defesa produzem efeitos em termos de direito subjetivo.³

3.1

Direitos de Defesa

São os direitos de defesa aqueles que estabelecem em favor do seu titular uma proteção contra a atuação do Estado e de terceiros, cumprindo assim, no dizer de Canotilho e Moreira (1991) uma dupla função de estabelecer no plano jurídico objetivo norma de competência negativa para os poderes públicos, devendo interferências destes na esfera individual de autodeterminação e, do ponto de vista jurídico subjetivo, implicando o poder de exigir omissões dos poderes públicos a fim de evitar agressões lesivas. São as denominadas liberdades negativas que se exercem contra o poder estatal.

Nesse sentido é que se afirma serem os direitos fundamentais, também, mecanismos de limitação do poder dos governantes. Esses direitos vinculam-se a manifestações de aspectos de personalidade do indivíduo, garantindo-lhes uma esfera protegida de ingerência externa, seja do Estado, seja de particulares, em relação a qual preserva-se o relativo arbítrio na medida em que os comportamentos dele decorrentes não importem violação nem de direitos de terceiros de outros bens constitucionalmente protegidos. A obrigação que é gerada para o Estado por tais direitos é de abstenção, visando, genericamente, à não-perturbação dos comportamentos especificamente permitidos aos indivíduos. (MATTEUCCI; BOBBIO; PASQUINO, 1994).

³ A idéia aqui, ainda que com afastamento da literalidade do texto constitucional que agrupa os direitos fundamentais como direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade e direitos políticos, é trazer à consideração, e nisso contribuir para a melhor compreensão do tema, o modo como os direitos da dimensão de defesa produzem seus efeitos no âmbito da perspectiva subjetiva. É justamente nessa perspectiva que são mais sentidos e, de conseqüente, mais debatidos os efeitos dos direitos fundamentais, daí a relevância de inserir-se na classificação as modalidades deontológicas propostas por Alexy (direitos a não impedimentos de ações, direitos a não afetação de propriedades e situações e direitos a não eliminação de posições jurídicas), à guisa de contribuir para a elucidação de como direitos a prestações negativas são concretizados.

Canotilho e Moreira (1991), como Perez Luño (1999) e também Miranda (1993) estão de acordo em que a dimensão de defesa dos direitos fundamentais, também denominados direitos individuais, encerra aquele elenco de direitos que - cuidando de proteger a pessoa enquanto tal, singular e individualmente considerada nos atributos formadores de sua personalidade - são arroláveis na categoria do *status libertatis* tal como definida por Georg Jellinek citado por Perez Luño (1999).

São exemplos de tais situações na nossa Constituição Federal de 1988, a liberdade de crença e culto religioso, a liberdade de associação profissional ou sindical contemplada no caput do artigo 8º, a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), o direito de resposta (art. 5º, V), a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º IX), a liberdade de trabalho, ofício ou profissão (art.5º, XIII), a liberdade de informação (art. 5º, XIV), a liberdade de locomoção (art. 5º, XV), a liberdade de reunião (art.5º, XVI), a liberdade de associação para fins lícitos (art. 5º, XVII), a liberdade de cooperatização (art. 5º, XVIII), o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV), o direito de ser processado pela autoridade competente (art. 5º, LIII), o direito ao processo em que estejam garantidos o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), o direito ao processo livre de provas ilícitas (art. 5º, LVI), o direito à publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), o direito à comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial competente (art. 5º, LXII), o direito de o flagrado ser informado acerca de seus direitos e permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII), o direito do preso à identificação dos responsáveis pela sua prisão e interrogatório policial (art. 5º, LXIV), o direito ao relaxamento de prisão ilegal pela autoridade judiciária (art. 5º, LXV), o direito à liberdade provisória com ou sem fiança quando a lei o admitir (art. 5º, LXVI).

3.2

Direitos a Não-Impedimentos

Os direitos de defesa, no que diz com sua perspectiva subjetiva, produzem efeitos que genericamente se podem identificar como direitos a não-impedimentos de ações. Assim, por exemplo, a liberdade religiosa de que trata o artigo 5º, inciso

VI, da Constituição Federal ao mesmo tempo em que confere ao titular do direito fundamental um direito a algo, estabelece um direito ao não-impedimento do exercício do quanto ali estatuído. No mesmo enunciado se contém, pois, o direito à crença religiosa e o direito a não sofrer atos que configurem formas de impedimento ao exercício de tal direito. Como já afirmado, inclui-se no âmbito da proteção da norma em seu aspecto negativo qualquer hipótese fática que consubstancie ato de impedimento ao exercício do direito à liberdade religiosa.

Nesta perspectiva, quando o próprio Estado é responsável pela prática de qualquer ato de perturbação do direito fundamental, a proteção jusfundamental se dará em termos de um direito de defesa, sob a modalidade de criar para o perturbador um dever de não impedir o comportamento protegido. Por outro lado, quando um indivíduo for o responsável pela perturbação que impede o exercício da liberdade protegida titulada por outro indivíduo, para o Estado surge, por consequência do dever de proteção, o dever de prestar positivamente algo ao titular do direito perturbado – seja pela ação da polícia, seja pelo Ministério Público, seja através da prestação de tutela jurisdicional.

3.3

Direitos a Não-Afetações

Um outro grupo dos direitos tidos como de defesa são aqueles cujas normas estabelecem para o Estado obrigações de não afetar propriedades ou situações do titular do direito. Os exemplos dados por Alexy (1993) são o direito à vida (no caso da Constituição brasileira localizado no caput do artigo 5º), direito à saúde (art 6º, caput), direito à inviolabilidade do domicílio (art.5º, XI); direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), o direito ao respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX).

3.4

Direito a Não-Eliminação de Posições Jurídicas

Dentre os direitos fundamentais há aqueles que, além de estabelecerem em favor do titular uma específica forma de proteção a um direito a algo, estatuem, do mesmo tempo, para o Estado, um dever de não eliminar aquelas determinadas posições, condições ou situações de vantagem jurídica ou, ainda, de prover imediatamente a cessação de uma lesão ou ameaça a direito especificamente incluído em seu âmbito de proteção.

As garantias institucionais oriundas dos direitos de defesa que se efetivam como direitos à não-eliminação de posições, situações ou condições de vantagem jurídica, tanto podem referir-se ao direito objetivo, em defesa do interesse coletivo, como podem referir-se a um direito subjetivo, como proteção a interesse individual, assim como podem dizer respeito a instituições de direito público, também em se referir aos institutos de direito privado, guindados à categoria constitucional. Na primeira das hipóteses (garantia institucional ao direito objetivo), têm-se como exemplos as garantias da rigidez constitucional (art. 60, incisos I, II, III), da separação dos Poderes (art. 2º), do controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, I, parágrafos 1º e 2º), a inalterabilidade da forma federativa (art. 6º, parágrafo 4º, 1). Da segunda possibilidade (garantia institucional a direito subjetivo), são exemplos as garantias institucionais da propriedade (art. 5º, XXII), do direito de herança (art. 5º, XXXI, dos direitos autorais) (art. 5º, XXVII).

3.5

Direitos a Prestações Positivas

Tais direitos se vinculam à idéia de que é incumbência do Estado disponibilizar os meios materiais e os implementos das condições fáticas aptas a possibilitarem o exercício das liberdades. Para alguns doutrinadores, têm esses direitos como principal objetivo assegurar tanto aos indivíduos, quanto aos grupos em que se inserem, a participação na vida política, econômica, social e cultural. (PEREZ LUÑO, 1999). Suas características mais marcantes seriam, do ponto de

vista, objetivo, o de se constituírem em um conjunto de normas através das quais o Estado se desincumbe de sua tarefa de equilibrar as desigualdades sociais; e, do ponto de vista subjetivo, de serem faculdades atribuídas a indivíduos e grupos de participarem dos benefícios da vida em comunidade, que corresponde a direitos a prestações diretas e indiretas pelo poder público. (PEREZ LUÑO, 1999). Bem por isso Alexy (1993) define os direitos a prestações como sendo todos os direitos fundamentais a um ato positivo, uma ação do Estado, identificando-os como contrapartida exata ao conceito de direitos de defesa.

Para Canotilho (1962) os direitos sociais prestacionais, no plano jurídico-dogmático, promovem uma inversão relativamente ao objeto do direito subjetivo, na exata medida em que postulam uma proibição de omissão estatal, impondo aos poderes públicos uma intervenção ativa traduzida no dever de fornecimento de prestações positivas, embora o façam por intermédio de imposições constitucionais que, em razão da vagueza e indeterminação, dependem sempre a interposição do legislador ordinário e demais órgãos aptos à concretização da norma jusfundamental.

Dentre tais direitos se alinham o direito à saúde, à educação (art.6, CF/88), à aposentadoria (art. 7º, XXIV), à participação dos partidos políticos nos recursos do fundo partidário (art. 17, parágrafo 3º), ao acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e à assistência judiciária gratuita (art. 5º, LXXIV). De notar-se, por relevante, que assim como dentre os denominados direitos individuais e coletivos alinhados nos incisos do art. 5º da Constituição Federal se encontram não somente direitos a prestações negativas como também direitos a prestações positivas - tais como o já mencionado direito à assistência judiciária gratuita (LXXIV), o direito a informações de interesse particular, coletivo ou geral (XXXIII), o direito à obtenção de certidões (XXXIV, 'b'), o direito das presidiárias à amamentação de seus filhos (L), o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão (LXIV), o direito à indenização, pelo Estado, por erro judiciário e por prisão por tempo superior ao previsto na sentença (LXXV), o direito ao registro civil de nascimento e à certidão de óbito gratuito aos reconhecidamente pobres (LXXVI), o direito à gratuidade da prestação jurisdicional quanto às ações de habeas corpus e *habeas data* (LXXVII), e, por fim, o direito à duração razoável do processo administrativo ou judicial, assegurada a celeridade de sua tramitação (LXXVIII).

Também dentre os denominados direitos sociais o legislador constituinte alinhou direito tipicamente de defesa (direitos a prestações negativas, cujos efeitos subjetivos se traduzem em deveres de não-afetações, não-impedimentos ou não-eliminações), tais como no artigo 7º o direito à irredutibilidade do salário (VI), a garantia de salário não inferior ao mínimo (VII), a proibição de diferenciações de salários, de funções e de critérios de admissão em razão de sexo, idade, cor ou estado civil (XXX), a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual (XXXII) e a igualdade de direitos entre os trabalhadores com vínculo permanente e vínculo avulso (XXXIV). Por isso, ainda que os direitos a prestações positivas tenham uma inegável conotação econômica, social ou cultural, a denominação direitos sociais não pode ser entendida como absolutamente sinônima de dimensão prestacional positiva.

3.6

Direitos a Prestações Normativas

Caracterizam-se por estabelecerem um dever de atuação positiva por parte do destinatário da norma, alguns direitos prestacionais identificam-se nitidamente como indutores do dever de legislar tributários das clássicas funções atribuídas ao Estado de Direito. (SARLET, 1998). Nesse rol, incluem-se tanto direitos à proteção mediante a produção de normas penais quanto direitos à produção de normas de organização e procedimento. Nesse sentido, a lição de Sarlet (1998), para quem o universo dos direitos a prestações positivas em sentido amplo se define por exclusão, deles apartando-se todos os direitos fundamentais da dimensão de defesa e os direitos a prestações positivas fáticas reconduzíveis à noção do Estado social. Canotilho (1999) exemplifica com o direito à vida que, além de se caracterizar indiscutivelmente como um direito de defesa contra o Estado, que neste caso não pode dispor da vida dos cidadãos, também produz um direito derivado a prestações, na medida em que gera para o ente Estatal um dever de produzir atos normativos, tais como leis penais tendentes a proteger aquele bem jurídico.

Podemos afirmar que o direito à vida se afirma, inicial e originariamente, como direito fundamental da dimensão de defesa, no sentido de em um primeiro

momento estabelecer para o destinatário da norma um dever de não impedir, não afetar ou não eliminar posições jurídicas relativamente à vida do titular do direito. Na perspectiva ora examinada, o direito à vida estabelece para o Estado o dever de proteção, que corresponde ao direito à proteção da vida do titular do direito fundamental; o adimplemento desse dever de proteção se efetiva por parte do Estado como a produção normativa de uma rede de proteção do direito à vida.

Quanto aos direitos fundamentais à participação na organização e no procedimento, da qual decorre o dever de proteção, é lícito afirmar traduzirem-se eles em prestações normativas às quais o ente estatal se vê obrigado a fim de que o acesso e as utilizações das atividades públicas se efetivem de modo adequado ao sistema jusfundamental. Conforme sustenta Vieira de Andrade, são numerosos os direitos fundamentais consagrados na Constituição cuja concretização e cujos exercícios impõem que a organização e os procedimentos capazes de afetá-los estejam conformados por uma legislação ordinária que realize a necessária ponderação entre os valores jusfundamentais em questão (ANDRADE, 2001). Via de regra, como adverte o constitucionalista português, a dimensão organizativa e procedimental dos direitos fundamentais está associada, enquanto direitos a prestações normativas, às garantias institucionais e sua conformação infraconstitucional. (ANDRADE, 2001).

3.7

Direito a Prestações Materiais

Os direitos fundamentais a prestações materiais correspondem ao que comumente se denomina direitos sociais. Concebíveis como direitos atinentes ao *status positivus socialis* da teoria de Jellinek citado por Sarlet (1998, p.208)), os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, “objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva que pressupõem um comportamento ativo do Estado.”. Dessa forma, como bem ressalta Lafer (1999), fica evidenciada a complementaridade dos direitos fundamentais no sentido de que os denominados direitos de segunda geração ou dimensão constituem-se em direitos de crédito do indivíduo em relação primeiro à coletividade, na medida em que possibilitam o

asseguramento de condições para o pleno exercício dos direitos de defesa, tornando reais efetivos os direitos de cunho meramente formal, enquanto forma de possibilitar o acesso ao trabalho, à saúde, à educação, à previdência social etc.

Duas Teses são formuladas por Alexy (1993) em favor dos direitos fundamentais a prestações materiais; são elas:

1 - a liberdade jurídica para fazer ou deixar de fazer alguma coisa (art.5º, II, CF) sem a necessária liberdade fática para tal escolha é totalmente destituída de valor;

2 - sob as condições de vida contemporâneas, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra arrimo em um âmbito vital por eles dominado, senão que depende essencialmente de atividades estatais.

Dentro do universo de sua teoria dos direitos fundamentais como princípios e regras, Alexy (1993) formula um enunciado geral para os direitos a prestações fáticas: considerando as normas jusfundamentais, cada um se encontra nas posições de direitos a prestações que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que sua outorga ou negação não podem ficar nas mãos da maioria parlamentar.

Partindo de tal formulação genérica, haverá uma posição jurídica protegida definitivamente, em oposição à idéia de direito fundamental *prima facie* pela norma fundamental prestacional social, desde que o princípio da liberdade fática (real) o exija de modo muito urgente e, tanto o princípio da visão dos Poderes quanto o princípio democrático, assim como outros princípios matérias opostos, seja afetado em uma medida relativamente reduzida (ALEXY, 1993). Podemos dizer então que o princípio da separação dos Poderes, assim como o princípio democrático e todos os demais bens constitucionalmente protegidos que podem se encontrar em posição contraposta à concretização de um determinado direito prestacional social, somente permite sua efetivação quando da ponderação entre eles resultar que o indivíduo, por se achar em uma situação de fato em que sua liberdade real se encontre ameaçada ou violada pela necessidade de obtenção de algo a cujo acesso não dispõe de condições, somente possa obter acesso ao exercício de algum direito mediante prestação estatal concreta.

4

A Teoria dos Direitos Fundamentais e suas Restrições

As normas consagradoras dos direitos fundamentais (explícitas ou decorrentes) exigem a combinação de princípios e métodos de interpretação que atentem para as suas peculiaridades e essencialidades, no âmbito do ordenamento jurídico, social e político para os quais projetam a sua eficácia.

As teorias dos direitos fundamentais pressupõem concepções de Estado e Constituição. Isso significa que a interpretação da Constituição, no que tange aos direitos fundamentais, pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais no sentido de uma concepção sistematicamente orientada para o caráter geral, finalidade e alcance intrínseco desses direitos.

Assim sendo, no que tange às teorias, os doutrinadores não utilizam as mesmas nomenclaturas para agrupar as concepções de direitos fundamentais. Neste trabalho, optou-se por dar preeminência às teorias apresentadas por Canotilho, tendo em vista a completude de suas listagens. O autor português cita como principais teorias acerca dos direitos fundamentais: a teoria liberal (essencialmente os direitos de autonomia e os de defesa); teoria da ordem de valores (direitos de caráter objetivo); teoria institucional (três dimensões: individual, institucional e processual); teoria democrática funcional (importância dos direitos fundamentais para o processo político-democrático); e a teoria socialista (pré-compreensão antropológica marxista).

Canotilho afirma que o principal postulado da teoria liberal dos direitos fundamentais é o de que os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado. Segundo esta teoria dos direitos fundamentais constituem essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa. Entre outras implicações, esta teoria informa que a finalidade e o objetivo dos direitos fundamentais são de natureza puramente individual, de forma que a liberdade garantida pelos direitos fundamentais consiste em uma liberdade pura, isto é liberdade em si, e, não, liberdade para qualquer fim.

A crítica que deve ser feita em relação a esta teoria é a de que ela implica uma indiferença em relação à indispensabilidade dos pressupostos sociais e econômicos de realização da liberdade. Os fundamentos da teoria liberal dos

direitos fundamentais não são adequados para o âmbito de uma realidade constitucional que se assenta sobre o postulado do Estado Democrático de Direito.

A segunda teoria dos direitos fundamentais é a teoria da ordem de valores. Canotilho afirma que segundo tal teoria os direitos fundamentais apresentam-se como valores de carácter objetivo e, não, como direitos ou pretensões subjetivas. Vale notar que concebidos os direitos fundamentais como ordem de valores objetiva, dotada de unidade material e na qual se insere o sistema de pretensões subjetivas deduz-se que o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objetivos através da realização, dos quais se alcança uma eficácia ótima dos direitos e se confere um estatuto de proteção aos cidadãos.

Uma das críticas que se faz a esta teoria é a de que a ordem de valores tenta transformar os direitos fundamentais num sistema fechado, separado do resto da Constituição. (CANOTILHO, 1999). Além do mais, a teoria axiológica, ao mesmo tempo em que oferece uma solução para o problema da fundamentação dos direitos fundamentais, deixa vazia a fundamentação da própria ordem de valores na qual se pauta tais direitos, significando, na prática, uma fórmula fechada de decisionismo judicial a partir da ordem de valores escolhida pelo intérprete.

A teoria institucional aproxima-se da teoria da ordem de valores na medida em que nega aos direitos fundamentais uma dimensão exclusivamente subjetiva. Mas vale anotar que a teoria institucional, ao contrário das teorias axiológicas, não procura uma ordem objetiva, mas sim o quadro definidor e ordenador do sentido, conteúdo e condições de exercício dos direitos fundamentais. A esta teoria cabe o mérito de ter salientado a dimensão objetiva institucional dos direitos fundamentais, todavia há que se fazer uma reserva contra ela: a faceta institucional dos direitos fundamentais é apenas uma das dimensões destes direitos, ao lado das dimensões individual e social, como reconhece expressamente Häberle citado por Canotilho (1999).

A teoria social parte da tripla dimensão que deve ser assinalada aos direitos fundamentais: a dimensão individual, a dimensão institucional e a dimensão processual. Não obstante o avanço positivo que a teoria social trouxe no que tange à compreensão multidimensional dos direitos fundamentais, restam algumas lacunas no que diz respeito a efetividade de seus corolários práticos

(CANOTILHO, 1999). A teoria social dos direitos fundamentais informa que tais direitos não têm somente um caráter delimitador-negativo, mas também, e ao mesmo tempo, pretensões positivas perante o Estado. Assim o Estado passa de uma posição passiva para uma posição ativa no que tange ao respeito dos direitos fundamentais.¹

A teoria social implica uma concepção socialista dos direitos fundamentais, a qual deve ser analisada levando em conta a pré-compreensão antropológica marxista. Para a teoria marxista, o homem tem que ser considerado na sua individualidade e personalidade, sendo a base das ações políticas e do próprio direito. O homem tem uma dimensão social a qual é essencial e faz com que não se possa bastar a si mesmo, e só se consiga transformar em homem total através de uma nova sociedade. Vale notar que a concepção socialista pretende ser uma concepção originária de direitos fundamentais que implicaria uma ruptura com as concepções liberais. Não se trata, pois, de apenas aperfeiçoar o catálogo de direitos fundamentais com os direitos sociais, econômicos e culturais, mas sim minimizar ao extremo a dimensão subjetiva de tais direitos e reduzir tais direitos à existência de condições materiais para sua efetivação. Nestes dois últimos pontos repousam as críticas a tal teoria. (CANOTILHO, 1999).

A teoria democrático-funcional acentua, particularmente, o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático. Esta teoria parte da idéia de um cidadão ativo, com direitos fundamentais postos ao serviço do princípio democrático. Na verdade, esta teoria propõe que os direitos sejam concedidos aos cidadãos para serem exercidos como membros de uma comunidade e no interesse público, trata-se a liberdade como meio de persecução e segurança do processo democrático, o que torna patente o seu caráter funcional. (CANOTILHO, 1999).

Canotilho (1999) assinala que todas estas teorias não são um fim em si mesmas, mas que elas abrem caminho para a afirmação de que aos direitos fundamentais não se pode assinalar uma única dimensão e apenas uma função. A doutrina mais moderna tende para a atribuição aos direitos fundamentais de uma multifuncionalidade para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias

¹ Esta posição é defendida por Bockenförde Ernst W. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad: Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menendez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 64.

captam unilateralmente. Como conclusão desta parte de seu tratado sobre direitos fundamentais, Canotilho afirma a necessidade de uma doutrina constitucional dos direitos fundamentais, construída com base em uma Constituição positiva, vez que não é suficiente uma teoria de caráter exclusivamente doutrinário.

Quanto ao problema da livre escolha de uma das teorias dos direitos fundamentais, pode-se chegar à tentação de, caso a caso, mediante uma adaptação tópica, procurar a teoria mais adequada à solução concreta. Isto significaria não existir uma teoria dos direitos fundamentais conforme a Constituição, mas várias teorias iluminadoras da compreensão das normas Constitucionais. Canotilho, sobre esse assunto, assinala:

Aceitar esta conclusão seria não só admitir uma espécie de direito livre intimamente ligado à pré-compreensão do intérprete, como reconhecer a inexistência de um pressuposto constitucional comum, vinculativamente operante na interpretação-concretização dos direitos fundamentais. E este pressuposto constitucional, comum e ineliminável, tendo em vista o caráter comprimissório da Constituição e a síntese dialética por ela operada entre os direitos de várias gerações, dificilmente podem ser reconduzidos a esquemas teóricos puros. Estes apenas auxiliam na busca de uma compreensão material, constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Neste sentido, sim, torna-se necessária uma doutrina constitucional dos direitos fundamentais, construída com base em uma constituição positiva, e não apenas uma teoria de direitos fundamentais de caráter exclusivamente teórico. (CANOTILHO, 1999, p.1309).

Já Alexy (1993) propõe uma definição provisória dos direitos fundamentais, afirmando que disposições de direito fundamental são os enunciados formulados no catálogo constitucional dos direitos fundamentais, considerando, entretanto, também como norma de direitos fundamentais aquelas diretamente expressas por estes enunciados.

Partindo dessa definição, que o próprio Alexy (1993) chama de provisória, ele discorre sobre as 'as normas adscriptas' (decorrentes) de direito fundamental. Por normas decorrentes de direito fundamental deve-se entender aquelas que não são direta e expressamente estatuídas pelo texto constitucional no catálogo específico dos direitos fundamentais, mas que decorrem dos enunciados ali constantes.

Sobre as normas decorrentes, afirma Alexy (1993) que para que uma norma decorrente seja ou não considerada uma norma de direito fundamental depende da argumentação jusfundamental a ela subjacente.

A conclusão a que chega Alexy (1993) é a de que as normas de direitos fundamentais são todas aquelas com respeito as quais é possível uma concepção jusfundamental correta, levando em conta sempre o fato de tratar-se de uma norma de direito fundamental direta ou indiretamente estatuída (ou seja, expressa ou norma decorrente das normas expressas de direitos fundamentais).

Muller (2000)², que também parte de uma visão semântica da norma jurídica, distinguindo texto normativo e norma, para ele a definição de norma de direito fundamental deve apresentar-se em três graus. No primeiro, o conceito de norma de direito fundamental é estabelecido pelo Constituinte, no segundo, devem ser consideradas as normas que não são diretamente e expressamente estatuídas pelo texto constitucional (normas decorrentes), elas devem estar afirmadas nas normas de direito fundamental e com o ordenamento jurídico. E por último, Muller apresenta uma definição que se refere tanto às normas estatuídas quanto às normas decorrentes.

Muller (2000) sustenta desta forma, que uma norma jurídica é algo mais do que o seu texto literal, defendendo que uma teoria adequada da norma jurídica parte do princípio de que a norma jurídica também está determinada pela realidade social, ou seja, pelo seu âmbito normativo, e o conceito de âmbito normativo, tem uma importância central, não aparece na concepção apresentada por Alexy (1993) referente à norma de direito fundamental.

Pelo exposto, podemos perceber que ainda é relevante a concepção semântica da norma jurídica, principalmente no âmbito particular da norma jurídica consagradora de direito fundamental, tendo em vista que os doutrinadores mais expressivos que tratam do tema assim o defendem.

No âmbito dos direitos fundamentais, é preciso levar em consideração o papel do intérprete na conformação do conteúdo da norma, assim não pode ser desconsiderada a relação que existe entre o sujeito que interpreta e o objeto interpretado.

Destacamos todavia que a doutrina mais avançada sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais, tem optado pela concepção semântica da norma

² Vale registrar que se apresenta a teoria do professor Friedrich Muller, considerando a sua relevante contribuição para o desenvolvimento de uma teoria jurídica de aplicação e concretização das normas constitucionais, o que interessa em particular ao estudo dos direitos fundamentais.

jurídica, segundo a qual para além do texto normativo há um significado a ser revelado por meio do processo de interpretação-concretização da norma.

A experiência constitucional norte-americana foi insuperavelmente luminosa nesse campo de questões relativas à aplicabilidade da Constituição nos cenários emergentes da civilização nos últimos dois séculos, cada vez mais congestionados de interesses e direitos de toda espécie, em permanente movimentação e, não raro, em rotas de colisão. É natural que certas cláusulas supralegais, a exemplo dos princípios da igualdade (igual proteção das leis) e do devido processo legal, e da idéia jurídico-diretiva de proporcionalidade, por consubstanciarem conceitos jurídicos indeterminados, porém determináveis pelos sistemas de concreção judicial, apresentem uma acentuada capacidade expansiva e de solicitude para com a assimilação de novas realidades e valores civilizatórios em contínuo processo de mudança. Tornam-se, bem por isso, referências instrumentais para a diuturna tarefa da jurisdição constitucional de garantir a supremacia das normas e princípios sediados no estatuto supremo.

A versatilidade construtiva e absorvente das conquistas da civilização, quase emblemática nos sistemas constitucionais da atualidade, permitiu que essas garantias retoras do processo social assumissem o papel de termômetro de medição do grau de razoabilidade e proporcionalidade nas relações humanas e institucionais em permanente choque nas sociedades de massa pós-modernas, segundo a ótica da justiça que ecoa - por inspiração primária da Constituição - do sentimento constitucional dos povos. É justo reconhecer, em perspectiva histórica, que essas garantias foram em grande medida responsáveis pela abertura constitucional nos Estados Unidos da América, que, bem se sabe, não se caracterizou pela intermitente reiteração do exercício do poder constituinte originário ou revisional, mas efetivou-se essencialmente pela via empírica da mutação constitucional, abrindo caminhos que depois seriam trilhados pelas Cortes Constitucionais européias na segunda metade do século passado.

Foi com base na compreensão estrutural dos valores da liberdade e do progresso material, que encarnam o liberalismo econômico e que foram sacralizados desde as origens pelo sistema constitucional norte-americano, que o Tribunal Maior dos Estados Unidos passou a vislumbrar na cláusula do devido processo legal a fórmula feita sob medida para patrocinar a expansão do revisionismo judicial (*judicial review*), a ponto de possibilitar o controle da

razoabilidade e da racionalidade, ou da justa medida, da medida proporcional, das leis e dos atos de governo em geral.

A dicção indefinida e até mesmo enigmática dessa locução constitucional, que em muito boa hora adentrou à nova Constituição brasileira, muito contribuiu para facilitar o seu manuseio pelos juizes, o que fez resultar na impossibilidade de sua conceituação apriorística. Em verdade, somente através da aplicação reiterada e casuística, segundo o método de aproximação por inclusão e exclusão que caracteriza o caso, poder-se-á concluir em cada hipótese o que seja, e o que não seja, um ato normativo ou decisão administrativa consentânea com a exigência do devido processo legal. Essa visão aberta e dinâmica da garantia, que de certo modo foi preparatória da abertura constitucional da pós-modernidade, foi detectada desde logo por Cooley (1980), em seu tratado acerca das limitações constitucionais do Poder Legislativo, cuja publicação veio a lume no mesmo ano da ratificação da 14ª Emenda à Constituição norte-americana (1868), onde se lê o histórico depoimento doutrinário: “O devido processo legal em cada caso particular significa o pleno exercício dos poderes governamentais, com as máximas garantias e sanções, assim, a mesma lei que serve para punir uma classe serve para proteger o cidadão.” (COOLEY, 1980, p.99, tradução nossa).³

Estimulada, pois, pela fluidez redacional da cláusula do devido processo legal e reverente ao princípio individualista e ao preconceito anti-arbítrio estatal, que subjazem à idéia liberal de um contrato social formador da federação americana, o Judiciário dessa nação não teve cerimônia em passar em revista a legislação econômico-social editada em profusão a partir da segunda metade do século passado. Do conjunto dessas decisões consolidou-se o axioma de que uma lei não pode ser considerada uma autêntica e respeitável lei das leis, ou consentânea com o devido processo legal, se incorrer na falta de razoabilidade, ou seja, e em suma, quando parecer arbitrária.

Assim é que, antes mesmo do fim do século 19, teve início a grande série de pronunciamentos judiciais que, a pretexto de preservar o regime econômico calcado na livre iniciativa, invalidaram os primeiros exemplares da legislação

³. “Due process of law in each particular case means such na exercise of the powers of the government as the settled maxims of law permit and sanction, and under such safeguards for the protection of individual rights as those maims prescribe for the class to which the one in question belongs”. (COOLEY, 1980, p.99).

intervencionista do Estado contemporâneo. Inaugurava-se, aí, a era do governo dos juízes, com os Tribunais assumindo um papel de censor da vida social, política e econômica da nação. O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional e o início da fase substantiva na evolução desse instituto retrata a entrada em cena do Poder Judiciário como árbitro autorizado e conclusivo da legalidade e do próprio mérito axiológico das relações do governo com a sociedade civil.

Após estes fatos, os Juízes assumiram o papel de protagonista no seio das instituições governativas, deixando de ser meros coadjuvantes das ações do Executivo e do Legislativo. A dialética do poder e as metafísicas questões do direito público passaram a contar, no plano institucional, com a autoridade dotada de prerrogativa decisória e revestida das credenciais de intérprete derradeiro do sentido e alcance da Constituição: os órgãos da Justiça.

Outra cláusula imanente à idéia de direito que exerce fecunda vocação expansiva na compreensão do fenômeno jurídico acha-se consubstanciada no princípio da proporcionalidade, que se traduz no dever, não só do interprete, mas de qualquer aplicador do direito, de guardar a sempre almejada justa medida no trato intersubjetivo. Nesse sentido, pontifica Larenz (1997, p.603): “A idéia de justa medida tem uma relação estreita com a idéia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na importância de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível.”. Proporcionalidade encerra, assim, a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo ou a menor restrição possível, a fim de que a lesão de um bem da vida não vai além do que seja necessário ou, pelo menos, defensável em virtude de outro bem ou de um objetivo jurídico revestido de idoneidade ou reconhecido como de grau superior. Trata-se, pois, de postulado nuclear que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma, à qual, segundo Muller citado por Bonavides (1996, p.357) “devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder”. E tal se aplica, notadamente, à Administração Pública, consoante exposto por Luciano Ferreira Leite, na medida em que:

Sempre que as autoridades administrativas transbordem o limite da finalidade traçada no ordenamento jurídico, embora se esteja diante de atos emanados no

exercício de faculdades discricionárias, terá a Administração invadido a esfera da ilegalidade, fazendo surgir, em consequência, direito subjetivo em favor dos administrados, com o objetivo de obterem perante o Judiciário a invalidação daqueles atos. (LEITE, 1981, p.37).

Daí que se possa dizer que o Estado de Legalidade, enquanto apanágio do Estado de Direito, deva ser, na verdade, um “Estado da Legalidade Proporcional”, um “Estado da Legalidade Razoável”.

Para Canotilho (1993, p.619) , proporcionalidade significa que “qualquer limitação (a direitos, liberdades e garantias) feita por lei ou com base em lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)”, sendo certo que o atendimento a tal princípio não prescinde de nenhum dos três elementos citados, os quais devem estar presentes, todos eles, no ato legislativo ou administrativo que se pretenda constitucional. Sendo assim, três são os subprincípios que informam, em caráter cumulativo, o conteúdo do princípio da proporcionalidade.⁴ O primeiro deles é o da adequação de meios. Segundo Canotilho (1993, p.383), isto significa que “a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a persecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim”. Assim, e no que tange à hipótese legal prevista no art.57 do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que, na medida em que *a ratio essendi* de tal normativo sancionador é a de punir eventuais infrações a normas de consumo, se, em determinada situação concreta, houver infração a norma de outra natureza qualquer que não a de consumo (no caso, por exemplo, de se entender que a empresa incorreu na tipologia da desobediência a que se refere o § 4º do art. 55 do Código de Defesa do Consumidor, o que constitui ilícito de natureza eminentemente penal ou administrativo) será inadequada à aplicação de multa com base no permissivo legal do estatuto consumerista. Ademais, ao aplicar a multa por eventuais infrações consumeristas, bem como ao graduá-la, a autoridade pública deve atentar, conjunta e obrigatoriamente, para três circunstâncias: a gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator e a condição econômica do fornecedor. De modo que, tratando-se, por hipótese, de uma infração isolada,

⁴ E para conferir praticidade à exposição, seria oportuno explicar a análise dos aludidos subprincípios à luz das normas contidas nos artigos 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, que autorizam a entes da Administração Pública em geral aplicar multas por infrações a normas de natureza consumerista.

de pequeno potencial ofensivo, sem repercussão na esfera difusa de consumidores e cometida por ente primário, uma multa que não levasse em conta tais atenuantes, mas simplesmente a capacidade econômica do infrator, seria uma multa excessiva e, portanto, desproporcional, na medida em que restaria malferida e inobservada, no caso, a indispensável relação de adequação entre meio e fim.

Conforme o magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na perquirição da razoabilidade ou da proporcionalidade,

não se trata de compatibilizar causa e efeito, estabelecendo uma relação racional, mas de compatibilizar interesses e razões, o que vem a ser o estabelecimento de uma relação razoável... Ainda que a Administração a goze de discricionariedade para escolher como agir, essa escolha não pode violentar o senso comum nem as regras técnicas. (MOREIRA NETO, 1998, p.98).

O segundo subprincípio inerente à proporcionalidade diz com a necessidade da medida. Por ele, ainda segundo Canotilho (1993, p.383), “a pessoa tem o direito à menor desvantagem possível [...] pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos.”. Isto é, devendo aplicar o menos, autoridade pública aplica o mais. E na ilustração prática aqui desenvolvida acerca da cominação de multa administrativa por infração a norma de consumo, tem-se que será desnecessária a aplicação dessa referida multa quando se tratar de violação a norma de outra natureza que não a consumerista. E assim se diz porque, se o que o Código de Defesa do Consumidor visa, na seção de multas administrativas, é proteger a integridade da relação de consumo, e se não há, em determinada hipótese violação a norma consumerista, revela-se desnecessária a aplicação de multa, pois que não haveria o que se punir.

No caso da infração ser de pequeno potencial ofensivo, que atinja um único consumidor e não a comunidade difusa de consumidores, praticada por ente primário e a partir da qual a empresa não auferir nenhum benefício econômico, não poderá ser tida como proporcional à multa cuja carga punitiva, dentro do universo de valores pecuniários que a lei faculta à autoridade pública arbitrar, mais se aproxima do limite máximo do que do mínimo. No caso, além de desnecessária e, portanto, desproporcional, por escorchantes, tal multa configuraria infundada medida inibitória e cerceadora da atividade econômica da empresa.

Para Gomes Canotilho

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim. (CANOTILHO, 1993, p.383).

O que se busca, assim, por tal princípio, é aferir se foi observada a necessária relação de congruência e razoabilidade entre a suposta infração cometida e a pena aplicada, pois que, segundo Moreira Neto (2001, p.98) “compreendida na razoabilidade está a proporcionalidade, exigente do equilíbrio entre os meios empregados, ainda que legais, e os fins públicos a serem alcançados.”.

Do acima exposto podemos concluir que estaria ausente a necessária relação de congruência entre meio e fim na hipótese de aplicação, pelo Poder Público, de uma multa arbitrada em valor milionário para punir uma infração de reduzido potencial ofensivo e sem gravosa repercussão na comunidade de consumidores, praticada por ente primário e a partir da qual a empresa não auferiu qualquer benefício econômico. Nesse sentido, vale acrescentar, a propósito, que as grandes cominações pecuniárias, tal como aquela contemplada no parágrafo único do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, deve restringir-se a questões envolvendo interesses difusos da comunidade de consumidores, cujo potencial ofensivo seja acentuado ou que envolvam a percepção de vantagens por parte do fornecedor do bem ou serviço, não, porém, como se viu, com relação às questões de ínfima gravidade ou que dizem respeito a interesses isolados de único consumidor.

Para Jane Reis Gonçalves Pereira os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade tornaram-se, nas últimas décadas, temas centrais do pensamento constitucional. Sendo que no Brasil, a importância deste tema pode ser comprovada pela grande produção doutrinária sobre a matéria, bem como por expressiva utilização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O conceito jurídico de proporcionalidade, como critério de aferição da constitucionalidade das medidas restritivas de direitos, para a referida autora, traduz:

“ Uma estrutura de pensamento consistente em avaliar a correlação entres os fins visados e meios empregados nos atos do Poder Público. Não se trata, assim, de um parâmetro aplicável a todo e qualquer caso, mas sua utilização pressupõe a existência de uma finalidade que é perseguida, de um meio que visa a implementá-la e de uma relação de causalidade entre eles. O princípio da proporcionalidade serve para analisar a relação entre interesses e bens que estejam em confronto, podendo ser qualificado, portanto, como um critério estrutural para determinação do conteúdo constitucionalmente vinculante dos direitos fundamentais.” (PEREIRA, 2006, p. 319)

Também, segundo a concepção de Luis Virgílio Afonso da Silva:

“ Não é possível, [...], fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo “princípio” pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo “princípio”, não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraponto a regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como “princípio da anterioridade” ou “princípio da legalidade” sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo “princípio”, qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso.” (SILVA, 2002, p. 26)

Já Daniel Sarmiento, no livro “ Teoria dos Direitos Fundamentais” organizado por Ricardo Lobo Torres, infere da ordem constitucional brasileira dois critérios para orientar a restrição da autonomia privada. O primeiro diz respeito a efetividade das medidas que garantem condições materiais mínimas, sem as quais a tutela da liberdade e da autonomia do direito restaria esvaziada. O segundo parte da distinção entre liberdades existenciais (como expressão, religião, associação etc) e liberdades econômicas, que consubstanciam, por exemplo, a autonomia contratual, a livre iniciativa e dos direitos patrimoniais. Sarmiento afirma que as primeiras devem gozar de uma “proteção reforçada”, enquanto as segundas podem ser mais livremente restringidas.

O autor, como muita percuciência, afirma que a dignidade humana é o princípio que representa o epicentro axiológico da ordem jurídica, e que deve condicionar a interpretação e aplicação de todo o direito vigente, seja público ou privado. Para este autor, existe um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais,

que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o “limite dos limites”, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição.

Para o autor:

“Na Constituição aberta, a interpretação constitucional torna-se plástica o bastante para permitir a acomodação harmônica dos valores divergentes plasmados na Lei Maior. São incompatíveis com o seu ideário as hierarquias rígidas entre princípios constitucionais, que sacrificam integralmente alguns valores para salvaguarda de outros (v.g., considerar que em hipóteses de colisão, os direitos individuais têm preferência absoluta sobre os direitos sociais, ou vice-versa).

Daí se vê que o método da ponderação de bens potencializa em alto grau a idéia da Constituição aberta, na medida em que tal método objetiva justamente possibilitar o convívio entre valores e princípios constitucionais antagônicos. Na ponderação de bens, a decisão judicial é tomada através de um processo em que são examinadas todas as normas e valores envolvidos na questão, sendo o objetivo maior do intérprete o de lograr, na medida do possível, a “concordância prática” entre os mesmos, de modo a que cada um deles só seja restringido no estrito limite necessário à garantia dos demais.” (SARMENTO, 2001, p. 66)

Assim, para o autor o método da ponderação de bens, na sua tríplice dimensão, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito representa o ideal de toda Constituição aberta, uma vez que este método procura; no caso concreto, compatibilizar as tensões entre princípios constitucionais, sem estabelecer hierarquias rígidas entre estes. E apenas este método possibilitará o convívio entre valores e princípios antagônicos, fomentando o pluralismo na nossa Constituição.

E para demonstrar o significado e a importância que a norma das normas de direitos fundamentais se apresenta em nosso ordenamento jurídico, tomamos as seguintes orientações expendidas magistralmente pelo ilustre constitucionalista gaúcho Ingo Sarlet:

“Todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se que o art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um plus agregado

às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora. Poderá afirmar-se, portanto, que – no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. Não por outro motivo – isto é, pela sua especial relevância na Constituição – já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais) governam a ordem constitucional.” (SARLET, 2007, p. 285/286)

De resto, releva notar, por fim, que a idéia de proporcionalidade prende-se à noção geral de bom senso (aplicada no âmbito jurídico), como algo que emana do sentimento de repulsa diante de um absurdo ou de uma arbitrariedade. Isso porque o intérprete – vocábulo que deriva de *interpres* (mediador) -, diz Couture (1997, p.1) “é um intermediário entre o texto e a realidade”, em sua complexidade. Não há, no entanto, no seu mister exegético, direcionamento hermenêutico constringente a que esteja previamente vinculado. Seu único compromisso, este, sim, indeclinável e mandamental, é o de tornar a norma compatível com a vida, isto é, o de emprestar à letra da lei uma inteligência razoável, afeta ao *logos humano*. Daí dizer-se que, entre tantos caminhos possíveis, múltiplas são as alternativas exegéticas utilizáveis.

No entanto, apenas uma via é desde logo interdita: a que conduz ao absurdo, isto é, a compreensão da norma que, rompendo com a idéia de bom senso, não é materialmente adequada e proporcional. Por isso, segundo Recaséns Siches (1996, p.246), é missão precípua do magistrado “interpretar a lei, de modo que chegue, em todo o caso, à conclusão mais justa (mais razoável) para resolver o problema.”. Sendo assim, prossegue o jurista mexicano, se o *logos do humano* (das coisas humanas) é o *logos do razoável*, o que não for razoável não será jurídico, isto é, estará em desconformidade com o direito, constituirá uma medida desproporcional, desequilibrada, imponderável e desprovida de bom senso. Afinal, lembra Sarmiento (1999, p.86) “é preciso não esquecer que, no vernáculo, ponderação é sinônimo de equilíbrio e de bom senso.”.

Também o princípio da igualdade jurídica muito contribuiu para amplitude da interpretação constitucional. Permitiu que o enfoque da problemática social em

continua mutação se fizesse sob o prisma de um sentimento constitucional forjado e estimulado a partir da recepção judicial dos novos valores da civilização urbana e tecnológica deste século. Os vetores da razoabilidade, da racionalidade e da proporcionalidade passaram a operar como medida da validade constitucional das classificações legislativas, isto é, das diferenciações normativas destinadas a atribuir efeitos jurídicos singularizados para a infinidade de variações hipotéticas determinadas pelo legislador em função das diferenças fáticas ocorrentes no plano da existência.

Nesse sentido tem-se exigido ultimamente, em sede tanto doutrinária quanto jurisprudencial, que a classificação legislativa não adote, em primeiro lugar, como critério diferenciador traços ou circunstâncias constitucionalmente vedadas ou configuradoras de discriminação odiosa ou suspeita, a exemplo de raça, sexo, religião etc. Exige-se, além disso, seja a diferenciação normativa razoável e revestida de adequada racionalidade. Para tal, avulta em importância a percepção quanto “à natureza das coisas”. Na esteira da lição de Arthur Kaufmann, citado por Larenz (1997) que desenvolveu essa abordagem teórica para a revelação do sentido norma jurídica dentro de um contexto teleológico-axiológico, impõe-se “a análise da natureza das situações da vida a julgar”, em ordem a que se possa conferir o máximo de efetividade social a dada hipótese jurídica em exame, respeitando-se, assim, as concreções da vida e as exigências de justiça material.

De fato, a idéia de “natureza das coisas” é de grande importância para a complexa tarefa de efetivação da justiça do caso concreto. E quanto a ela, vem a advertência de Heinrich Stol citado por Larenz (1997, p.597) de que, “se o legislador passa por alto ou deprecia a natureza das coisas e crê poder configurar o mundo segundo seus desejos, em breve terá que experimentar a verdade da máxima horaciana: *‘naturam expellas furca tamen usque recet’*”. Em verdade, ou respeita a natureza das coisas, ou há de se enfrentar posteriormente os revezes da própria natureza aviltada, que acaba retornando, mais cedo ou mais tarde, para exigir contas à sociedade e aos seus instrumentos de representação política. Pois esse ‘fechar-se os olhos’ à realidade fática do contexto social implica em desconsiderar a natureza das coisas. E a natureza das coisas é o melhor critério para aferir-se se, em dado caso, há dessemelhança fundamental, uma dessemelhança fundada ou uma dessemelhança relevante, a justificar um

tratamento normativo diferenciado entre duas realidades fáticas. Em outras palavras, é o critério que melhor entra em conexão com a exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual e desigualmente aquilo que é desigual.

4.1

As Restrições aos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

Tem sido tradição, desde a formação da República Nacional até o Golpe Militar de 1964, que os movimentos políticos e constitucionalistas no Brasil se caracterizem pela formalização de interesse setoriais da Sociedade local, protegendo, como sempre, uma minoria bastante abastada.

De outro lado e mais contemporaneamente, da década de 1970 até os dias atuais, com a progressiva invasão do capital internacional no Brasil, opera-se uma crescente desnacionalização do poder político. Este capital estrangeiro, centrado na indústria, na mineração e no aproveitamento hidrelétrico, influencia, por intermédio de seus representantes, burocratas engajados na administração e no Congresso, na elaboração de normas de proteção de suas atividades e na formação da estrutura do Estado a seu favor.

Com tal modelo de industrialização e desenvolvimento, por sua vez, vem se consolidando, desde aquele período, um contingente de trabalhadores que tende a organizar-se em sindicatos, corporações ou partidos políticos. Suas reivindicações crescem em peso e em qualidade; exigem modificações na estrutura do Estado, postulando maior participação e denunciando os privilégios obtidos pelos setores mais poderosos, notadamente o capital estrangeiro.

Ademais, com o significativo avanço das forças populares ocorrido no início da década de 1970, a burguesia nacional, aliada às empresas multinacionais, corre o risco de perder, em eleições, o controle da estrutura do Estado. Tal fato, leva as forças políticas tradicionais, como empresários nacionais e estrangeiros, setores da indústria pesada, instituições financeiras, etc., comprometidas com o Golpe Militar de 1964, a apoiarem, durante este período e até meados da década de 1980, um regime de força e restrições de Direitos Fundamentais.

Neste momento, podemos evidenciar que as estruturas do Estado Brasileiro permanecem centralizadas no poder da Presidência da República e nos

organismos de informação das Forças Armadas, controlando todos os órgãos da administração federal, estadual e municipal, incluindo, de forma indireta, o Poder Legislativo e Judiciário; mantêm-se leis repressivas e o comando da economia pelo capital internacional, através de uma dívida externa que as autoridades competentes não ousam questionar.

O que se quer sublinhar com estas reflexões é que, até a Constituição de 1988, boa parte da história política e constitucional brasileira, antes de forjar uma tradição democrática e popular na elaboração de seus comandos jurídicos, soube tão-somente estabelecer pactos e compromissos com um grupo minoritário de indivíduos, detentores da maior parcela do mercado de produção e capitais.

Na verdade, as normas contidas nos textos constitucionais brasileiros (elas servem como um parâmetro de interpretação da organização sócia) até a Carta de 1988, estabelecem pautas de comportamentos e condutas, fundamentalmente, para o cidadão. Nestes períodos, de forma visível e até radical, percebemos a drástica distância que pode existir entre Constituição e Sociedade, quando esta é construída a despeito das demandas populares, servindo apenas para delimitar o que pode e o que não pode ser feito pelo cidadão, impondo um tipo de vida e aceitação das estruturas políticas, econômicas e culturais vigentes.

Por um lado, o Congresso Constituinte que elaborou a Constituição de 1988, não demonstra no próprio processo de construção da nova Carta, respeito à representação popular que a constitui, deixando de interagir com as reais e profundas demandas sociais. Por outro lado, o Congresso se utiliza de práticas fisiológicas e clientelistas, fazendo com que o jogo político continue significativamente dependente das negociações que se travam no âmbito do Executivo.

Em outras palavras, o impressionante descompasso entre uma Constituição que reconhece e assegura direitos e uma Sociedade na qual se reconhecem violações constantes dos Direitos Humanos, tem causas diversas e uma história comum: a história de um Estado no qual o autoritarismo e a centralização do poder político dominou e continua a dominar nas mais diferentes estruturas do poder.

Por outro lado, entre avanços e recuos, a Constituinte consegue, pela insistência de poucos segmentos políticos, alinhando compromissos em torno

de temas ligados à grande parte da população brasileira, insculpir, no texto final, matérias de ampla abrangência social, contemplando vários Direitos Fundamentais que a modernidade relegou à Sociedade política.

Tais avanços formais, por si só, não são suficientes para viabilizar mudanças estruturais na forma de constituição e operacionalização do poder político nacional. Pode-se afirmar que, como referencial jurídico, a Constituição de 1988 alargou significativamente a abrangência dos direitos e garantias fundamentais, e, desde o seu preâmbulo, prevê a edificação de um Estado Democrático de Direito no país com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma Sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

É cediço na história constitucional brasileira o fato de que foi o positivismo um dos principais alicerces teórico-constitutivos dos textos jurídicos que inauguram a República, como forma de superação da tradição monárquica então vigente. Tais tendências ideológicas, além de trabalhar com a idéia da necessidade histórica de novos modelos de organização política e governamental, impuseram, também, a noção de uma hegemonia de Poder Executivo como responsável prioritário pelos rumos da gestão dos interesses públicos postos àqueles tempos.

Desde as posições de Rui Barbosa, propugnando um modelo de Estado Liberal-Constitucional, passando pelo realismo político de Alberto Torres e Oliveira Vianna, protestando por um Estado Forte, até chegar ao Integralismo, os primeiros passos de uma possível Teoria Constitucional no Brasil pouco se pautou sobre o tema da interpretação da norma constitucional.

O ato de interpretação da Constituição é, sem dúvidas, caracterizado pela sua complexidade temática e operacional, eis que se trata de atos complexos e compreendendo uma diversidade extremamente grande de variáveis, como referimos até este momento.

Para Bonavides, a interpretação jurídica, em si, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro. Em verdade, a interpretação mostra o Direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade.

O emprego de novos métodos da hermenêutica, mesmo a mais tradicional, para o autor, faz possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem porém haver a necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional.. Assim, mediante o emprego dos instrumentos de interpretação, consegue-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais, sem que, todavia, se faça mister modificar-lhe o respectivo teor. De maneira que aí se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social.

Para o plano da metodologia de operacionalização da leitura do texto constitucional, para o autor, dois aspectos se impõem, quais sejam:

1) As normas constitucionais têm um status de hierarquia diferida, a partir de duas razões: em face da natureza de que a norma se reveste (Constitucionalidade Material) ou em razão do instrumento a que a norma se vincula (Constitucionalidade formal). Quanto à constitucionalidade formal, vale lembrar que esta pode ser vista como uma peculiaridade das Constituições rígidas, pelo fato de que o valor jurídico da distinção entre formal e material inexistente ou é irrelevante nos sistemas regidos pelo informalismo. Deve-se entender por isto, que esta é uma distinção eminentemente teórica, que de nenhuma forma poderá interferir na juridicidade da norma, pois idêntico deve ser o grau de eficácia entre ambas as normas e também idêntica a positividade de todas as normas contidas na Constituição.

2) As normas constitucionais têm natureza eminentemente política, isto é, as relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma costuma disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social. Assim, as normas constitucionais são de natureza política e social. Assim, as normas constitucionais são de natureza política pelas funções que desenvolvem.

Para o autor as normas constitucionais são dotadas de plasticidade, o que lhes é inerente, motivo pelo qual não se pode admitir que se dê a elas, interpretação mecânica e silogística

Este tipo de interpretação levaria o intérprete a deixar escapar de sua análise o que é mais precioso e essencial na norma: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito e que o faz dinâmico e não estático.

O erro do jurista é querer desmembrar a norma constitucional de seu manancial político e ideológico e do sentido dinâmico e renovador que sempre haverá de acompanhar este tipo de norma.

De tal modo, o fator político revela-se como importantíssimo na interpretação da norma constitucional, eis que é através dele que os órgãos constitucionais devem ajustar-ser ao interesse público que se exprime no sentimento da coletividade. Com tal posicionamento, o autor se distancia em muito das teorias tradicionais da hermenêutica, que incumbem ao intérprete, tão-somente, o labor intelectual, voltado para o reconhecimento da vontade contida na norma jurídica, seja ele a vontade da norma, seja ele a vontade subjetiva do legislador.

Outro expressivo teórico do direito no Brasil, Eros Roberto Grau, hoje Ministro Supremo Tribunal Federal, tem se preocupado com este tema da interpretação jurídica.

Segundo o autor, a Constituição é um dinamismo, pois é do presente, é da vida real que se toma as forças que conferem vida ao Direito e à Constituição. Perecendo a sua força normativa quando ela já não corresponde à natureza singular do presente, a atualidade dessa força dependerá da sua interpretação, tal como venha sendo produzida em cada momento.

Nesta perspectiva, a interpretação do direito se apresenta como processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos atos normativos, alcançamos a determinação do seu conteúdo normativo: caminhamos dos significantes – os enunciados -, para os significados.

Eros Grau sustenta que o texto normativo, visando à solução de conflitos (isto é, uma decisão normativamente fundada para problemas práticos, e não a contemplação estética), reclama um intérprete que compreenda e reproduza, não para que um segundo intérprete possa compreender, mas a fim de que um determinado conflito seja decidido. Assim, o interprete desvencilha a norma de seu invólucro (o texto); o intérprete produz a norma.

Isto não significa que o intérprete, literalmente, crie a norma, mas simplesmente expresse o que já existe, potencialmente, no invólucro do texto, no invólucro do enunciado. A preservação da força normativa da Constituição será provida na medida em que, ao interpretar o Texto Constitucional, o intérprete

integre sua adequação ao processo dinâmico de produção normativa e constitucional.

De outro lado, há que se levar em conta a natureza eminentemente política da norma constitucional. O que peculiariza a interpretação das normas da Constituição, de modo mais marcado, é o fato de ser ela o estatuto jurídico do político, o que prontamente nos arremete à ponderação de valores políticos. Como, no entanto, esses valores penetram o nível do jurídico, na Constituição, quando contemplados em princípios – seja em princípios positivos do Direito, seja em princípios gerais de direito, ainda não positivados -, desde logo se antevê a necessidade de o tomarmos, tais princípios, como conformadores da interpretação das regras constitucionais.

Com base nestes princípios, a interpretação da norma se revela como prudência, isto é, busca deliberar corretamente sobre o que é bom e conveniente para os homens em geral. Por certo que estes conceitos de bom e de conveniente têm como centro de fundamentação as prerrogativas e direitos garantidos pela história à civilização ocidental, notadamente os Direitos Fundamentais, estendendo-se para outros cenários jurídicos e políticos.

Sobre estes Direitos Fundamentais, o autor tem se inconformado com a forma reacionária com que grande parte de juristas brasileiros os têm tratado, a saber, como normas de natureza meramente programática e, pois, sem eficácia social maior, o que revela o descompromisso político e institucional no âmbito de sua efetivação e proteção.

Diante de tal restrição interpretativa, temos marcadamente registrado um obstáculo ao que Grau denomina de funcionalidade do direito, bem como opera-se uma radical afronta ao poder de reivindicação das forças sociais e populares. Significa dizer que, ao aceitarmos a existência de direitos sem garantias, aceitamos a tese de que a Constituição é integrada por fórmulas vazias, desprovidas de valor jurídico.

A Constituição Brasileira de 1988, assim como a lei fundamental de Bonn (1949, a Constituição Portuguesa (1976) e a Constituição Espanhola (1978), também outorgou significado especial aos Direitos Fundamentais, contemplados já em seu capítulo inicial, conferindo-lhes imediata eficácia (art. 5º, § 1º, CF), colocando uma cláusula de imutabilidade ou com a garantia de eternidade (cláusulas pétreas, art. 60, § 4º, IV, CF), bem como determinou que

uma emenda constitucional para abolir tais prerrogativas seja declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Assim, os Direitos Fundamentais são, na atual estrutura jurídica pátria, ao mesmo tempo, direitos subjetivos (outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados) e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva (que são os que formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático). Estes direitos têm restrições limitadas e, tais limites, conforme a Constituição Federal, se referem tanto à necessidade da proteção de um núcleo essencial de direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

O princípio da proteção do núcleo essencial que se destina evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental, mediante estabelecimento de restrições descabidas ou desproporcionais, advém da supremacia da constituição e do significado destes direitos na estrutura constitucional dos países dotados de constituições rígidas, como o caso do Brasil.

Todavia, a simples existência deste núcleo essencial não se apresenta como suficiente para assegurar o pleno exercício e garantia dos Direitos Humanos e Fundamentais, enquanto direitos de defesa contra a intervenção indevida do Estado.

A Constituição Brasileira de 1988 inclui em seus sistema instrumentos garantidores das instituições que conduzem ao aperfeiçoamento dos direitos que são por ela declarados e constituídos e, cuja inviolabilidade, ela assegura. Estas garantias estão contidas em procedimentos específicos e institutos concebidos para assegurar, em casos concretos e quando houver ameaça ou lesão aos Direitos Fundamentais, que se restabeçam, plena e eficazmente, os direitos comprometidos.

É dessa natureza o princípio da juridicidade que informa, limita e legitima todos os atos do Estado: o da jurisdição, ele mesmo um dos Fundamentais por excelência, pelo exercício garantido do qual se manifestam outros, como o princípio da segurança jurídica, e de cuja eficiência depende, enormemente, o da garantia das liberdades e os que processualizam institutos voltados à garantia específica dos Direitos Fundamentais, tais como, o habeas

corpus, o mandado de segurança e o mandado de injunção, o habeas data e a ação popular e o direito de petição.

Essas garantias instrumentais ou processuais específicas de cada sistema jurídico têm sido reelaboradas para se adensarem no conteúdo permissivo de prevenção mais que ao mero restabelecimento ou restauração dos direitos violados. É que, diversamente do que ocorre com outros direitos ou, principalmente, com outras agressões que ao Direito compete resolver, os Direitos Fundamentais, pela sua própria natureza, não podem aguardar para um deslinde que somente sobrevenha quando o bem jurídico que é a vida, a liberdade ou a segurança, por exemplo, estejam totalmente comprometidos.

A nossa Constituição de 1988 aperfeiçoou a qualidade dos instrumentos garantidores daqueles direitos ao estabelecer, no art. 5º, inciso XXXV, que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos. A ameaça, antes tratamento de nível infraconstitucional e que se incluía apenas no cuidado legal de alguns institutos, passou a compor, no sistema de Direito Positivo Brasileiro, o direito à jurisdição, que somente pode ser considerada eficiente quando, acionado o Poder Judiciário, não permitir a concretização da lesão de cuja ameaça teve notícia e buscou evitar.

De qualquer maneira, toda e qualquer interpretação da norma jurídica constitucional ou infraconstitucional deve ter, como escopo primeiro, a criação de condições para que a norma interpretada tenha eficácia sempre no sentido da realização dos princípios e valores constitucionais e, principalmente, sempre, da ideologia constitucionalmente adotada.

Neste passo, a hermenêutica, que entendemos necessário no âmbito da dogmática dos Direitos Fundamentais no Brasil, deve ser aquela adotada por Gomes Canotilho, ou seja aquela que credita ao Estado, prioritariamente, a obrigação de criar os pressupostos normativos e fáticos, necessários e imprescindíveis ao permanente exercício dos direitos constitucionalmente assegurados e, ao mesmo tempo, garantir, por seus mecanismos de tutela jurisdicional, que eventual titular de direito desta natureza disponha de prestações implementadoras/efetivadoras deles.

Em tal quadro e situação, é preciso percebermos que de nada adianta contarmos com um sistema jurídico detentor de instrumentos que possam viabilizar os Direitos Fundamentais, se grande parcela dos operadores jurídicos

no Brasil, onde sequer os direitos individuais e as liberdades públicas primárias são garantidas à cidadania, os direitos sociais ou coletivos são reduzidos a extremos absolutamente insignificantes devido à supremacia dos primados econômicos sobre os políticos, o privado prevalece sobre o público, e os novos centros de poder, que aí são gerados, esvaziam, paulatinamente, os controles democráticos produzidos no âmbito do projeto estatal da modernidade por lhes falecerem elementos de informação e formação crítica, calam e mesmo renegam a existência de um conjunto de princípios e regras jurídicas que alcançam e mesmo protegem, formalmente, aqueles direitos.

De todo o exposto, é necessário reconhecer que a universalização e a efetivação dos Direitos Fundamentais requer, igualmente, tanto um freio no ímpeto da acumulação privadas das riquezas – matéria de responsabilidade do Estado – quanto uma disciplina bem mais vigorosa no controle dos sistemas abstratos da moeda e do poder econômico, como condição básica de proteção de nosso entorno.

Revê-se, assim, imprescindível conceber o Estado Democrático de Direito proclamado pelo texto constitucional brasileiro, principalmente em seu Título Primeiro, como a maior evidência de que se impõe a abolição fática da separação entre Sociedade e Estado, resultando daí, a exigência de que este Estado assuma a responsabilidade de transformar a ordem econômico-social, no sentido de viabilizar a efetivação material da idéia de democracia real, baseada no pressuposto da igualdade concreta e existencial.

Para tanto, o Estado Brasileiro tem, de sobra, poderes constitucionais e institucionais capazes de viabilizar as políticas públicas – em todos os quadrantes possíveis – necessárias à consecução e proteção dos Direitos Fundamentais, conforme o preclaro ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes. Não poderes, simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como poderes-deveres, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano. Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na idéia de dever; não na de poder. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade.” (MELLO, 1991, p.52)

A função do conhecimento democrático e emancipador do Direito, aliado à função também social dos operadores jurídicos, reclama do Estado, em todos os seus vetores e poderes, mas principalmente do Poder Judiciário, a superação do caráter negativo dos Direitos Fundamentais, que deixam, deste modo, de ser considerados como uma autolimitação do poder soberano do Estado, para reforçar o princípio da soberania popular, impondo a este conceber tais direitos como instrumentos jurídicos e políticos destinados a regular suas ações positivas na busca da implementação de uma verdadeira democracia.

Lutar pela universalização e pela efetivação dos Direitos Fundamentais significa, para o Brasil, formular, implementar e executar programas emancipatórios no âmbito dessas configurações de poder anteriormente vistas, cujos valores básicos residem no sentimento de civilidade – em que se fundamenta a idéia mesma de comunidade.

Do ponto de vista jurídico-dogmático, os direitos fundamentais tornam-se relevantes somente quando ocorre uma intervenção em seu livre exercício. Para o estudioso do direito, isso significa que o estudo dos direitos fundamentais carece de utilidade prática e de profundidade teórica enquanto ele se limitar a estudar seu conteúdo garantido na Constituição. O estudo adquire relevância a partir do momento em que formula e responde à seguinte pergunta: Sob quais condições, em quais situações e quem pode restringir um direito fundamental de forma lícita

Os direitos fundamentais adquirem relevância prática quando são reunidas duas condições. Primeiro, a presença de um óbice em relação ao exercício do direito fundamental; caso contrário não há motivo para que alguém invoque a tutela constitucional. Segundo, o aludido óbice ou intervenção estatal deve decorrer de norma de grau imediatamente inferior à Constituição. Pode haver cerceamento potencialmente legítimo de direitos fundamentais quando a norma está incluída em lei no sentido formal, tratado internacional não constitucionalizado, medida provisória ou norma infra-legal. A resistência pode também ser devida à omissão normativa que impossibilita o exercício do direito. No mais, quando a conduta de uma autoridade estatal fere norma infraconstitucional não há limitação ou cerceamento de direitos fundamentais, mas um simples problema de legalidade.

O direito constitucional prevê vários modos de limitação dos direitos fundamentais. Nestes casos, a área de proteção do direito é restringida de forma permitida. Podemos distinguir as seguintes formas.

4.2

Os Limites das Restrições Constitucionais

A Constituição brasileira de 1988 não prevê expressamente como se deve proceder com relação à restrição de direitos fundamentais. A doutrina, porém, com base em dispositivos constitucionais e na jurisprudência do STF, tem identificado como limite intransponível, além dos da legalidade (art. 5º, inciso II, da CF/88), a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade (baseado no princípio do devido processo legal na sua dimensão substantiva, tal como decorre do art. 5º, inciso LIV, da CF/88) e a proibição de restrições casuístas (fundada no princípio da igualdade).

Os limites materiais, que definem o âmbito ou a esfera normativa de cada um dos direitos fundamentais, decorrem da interpretação dos preceitos constitucionais que os prevêm, sendo que estes, em regra, utilizam para o efeito conceitos indeterminados ou mesmo cláusulas gerais – a tarefa de delimitação do direito por interpretação desses conceitos, cabe a todos os aplicadores da Constituição e, em última instância, aos juízes, delimitação que, aliás, em face do texto da norma, tanto pode saldar-se numa interpretação enunciativa, como numa interpretação restritiva ou mesmo numa interpretação ampliativa.

Interessam-nos, no entanto, aqui, especialmente, aqueles limites de conteúdo que, pressuposta a definição do âmbito do direito, possam constituir restrições constitucionais ao programa normativo do preceito.

Tais limites podem ser expressamente formulados no texto constitucional, em regra, no próprio preceito relativo ao direito fundamental, mas também em preceitos incluídos noutras partes da Constituição – por vezes, os efeitos limitadores resultam da consagração de deveres fundamentais manifesta e inequivocamente dirigidos a certos direitos, havendo por isso de ser contados entre os limites imanentes expressos destes, como acontece, por exemplo, no caso de dever de pagar impostos em relação ao direito de propriedade.

No entanto, haverá limites imanes dos direitos fundamentais que só são determináveis por interpretação, pelo fato de estarem apenas implícitos no ordenamento constitucional. Se é mais ou menos fácil saber qual o bem jurídico ou a esfera da realidade que o preceito visa abranger através de um direito fundamental, já é muitas vezes difícil determinar os contornos da respectiva proteção, sobretudo quando o seu exercício se faça por modos atípicos ou em circunstâncias especiais, que afetam, de uma maneira ou de outra, valores comunitários ou outros direitos também constitucionalmente protegidos.

Estes casos são muitas vezes contados como conflitos entre direitos e valores constitucionais ou como colisões de direitos. Importa, todavia, distinguir nesta matéria situações que não podem ter o mesmo tratamento jurídico.

Por exemplo, terá sentido invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos ou, associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um ator no palco, ou apelar ao direito de propriedade para não pagar impostos ou ao direito de educar os filhos para os espancar violentamente? Ou invocar a liberdade de expressão para injuriar uma pessoa?

Nestes, como em muitos outros casos, não estamos propriamente numa situação de conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais: é a próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui do respectivo programa normativo a proteção a esse tipo de situações.

Á diferença é importante, já que a entender-se que não há conflito, a solução do problema não tem que levar em conta o direito invocado, porque ele não existe naquela situação. Pelo contrário, havendo conflito, tal significaria a existência de um direito em face de outros direitos ou de outros valores (deveres) e a solução não poderia nunca ignorar o direito invocado, a não ser que se partisse do reconhecimento de uma ordenação hierárquica dos bens constitucionalmente protegidos, sacrificando-se então naturalmente o menos valioso. Só que um critério de hierarquia não é sustentável e acabaria, de qualquer modo, por suscitar uma série de problemas sem solução racional.

Assim, podemos considerar a existência de limites imanes implícitos nos direitos fundamentais, sempre que (e apenas quando) se possa afirmar, com

segurança em termos absolutos, que não é pensável em caso algum que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas do seu exercício; sempre que, pelo contrário deva concluir-se que a Constituição as exclui sem condições nem reservas.

Por fim, é importante referirmos aquelas situações conflituais que resultam da autolimitação de um direito por vontade do respectivo titular, seja no âmbito de um contrato ou acordo, seja através do consentimento autorizante de uma intervenção pública ou privada restritiva ou limitadora – formas de disposição limitadora ou de renúncia ao exercício de um direito, que não devem confundir-se com a faculdade de não agir, característica dos direitos de liberdades, já que esta constitui um dos modos possíveis e típicos do respectivo exercício (por exemplo, a liberdade de associação inclui a faculdade de não se associar).

Poderá uma pessoa consentir em que a polícia entre em sua casa sem mandado judicial ou em ser detido ilegalmente, ou renunciar às garantias dadas pelo processo penal?

Poderá um particular renunciar contratualmente a direitos como a liberdade sindical ou a liberdade de expressão, ou, num contrato administrativo, ao direito a recorrer de atos de execução? Ou aceitar uma doação ou um legado com o compromisso de não casar ou de professar uma religião?

Num contexto constitucional em que, ultrapassada a visão liberal, a liberdade individual está associada à solidariedade cívica e a uma ética de responsabilidade comunitária, em que os direitos fundamentais têm uma dupla dimensão, subjetiva e objetiva, percebe-se que o primado da liberdade e o conseqüente princípio da disponibilidade dos direitos fundamentais dependam de algumas condições e estejam sujeitos a determinados limites.

As condições de validade jurídica da disposição limitadora do exercício de direitos, liberdades e garantias respeitam essencialmente à garantia da autenticidade e da genuína manifestação da vontade do titular que justifica a restrição ou a ofensa: a renúncia, o acordo, o consentimento vinculante, só podem admitir-se como fundamento legítimo de uma auto-limitação dos direitos fundamentais se forem o produto inequívoco de uma vontade livre e esclarecida.

Desde logo, é indispensável que a manifestação de vontade seja produzida pelo próprio titular, não sendo suficiente, em regra, o consentimento ou acordo de

alguém que exerça um poder de representação ou de tutela, salvo quanto àqueles direitos que, pelo contrário, não possam ser livremente exercidos pelo incapacitado.

Depois, deve avaliar-se de forma exigente, embora em termos de adequação social e em conformidade com os valores ou interesse em presença, a ausência de coação, sendo relevantes, quer a coação física, quer a coação moral ou mesmo econômica, quando se trate de uma pressão forte efetivamente exercida ou naqueles casos de vulnerabilidade em que exista um dever especial de proteção pública, não devendo admitir-se, nesse sentido, o consentimento puramente tolerante.

Nesta linha de entendimento, a manifestação de vontade deve ser clara, baseando-se no conhecimento concreto de todas as conseqüências relevantes da limitação, e isenta de erro, em especial no caso de dolo, tal como deve ser inequívoca, não bastando, em regra, o consentimento presumido, mesmo que aparentemente possa invocar-se o interesse da pessoa.

Já é discutida, e deve ser claramente entendida, a livre revogação da limitação voluntária dos direitos fundamentais: tratando-se de uma limitação válida, há de ser limitada temporalmente, mas, durante o período de validade, é vinculante, pelo que uma eventual revogação tem de implicar uma obrigação de indenizar os prejuízos causados, especialmente no âmbito contratual.

Põe-se, além disso, o problema dos limites que a ordem jurídica pode estabelecer à auto-limitação quanto ao exercício de direitos fundamentais, em função de valores superiores da comunidade.

Neste contexto, devemos considerar, em primeiro lugar, os limites imanentes que decorrem do conteúdo essencial dos princípios constitucionais, enquanto projeção direta e ineliminável da dignidade da pessoa humana, designadamente nos direitos pessoais, e também da afirmação imediata de valores comunitários básicos.

Devem ter-se em conta ainda os limites estabelecidos por lei restritiva, na medida em que tal seja adequado, necessário e proporcional, para a salvaguarda de valores comunitários, incluindo, como vimos, a proteção de interesses relevantes dos próprios particulares.

A Constituição não regula a questão da admissibilidade da auto-limitação e das respectivas condições e limites, mas dos seus comandos podemos retirar, por

via interpretativa, algumas indicações normativas mais ou menos claras sobre as hipóteses, condições e limites da sua admissibilidade.

Por um lado, devem considerar-se as diferenças entre os vários tipos de direitos fundamentais.

De fato, tendo em conta o entendimento não funcional dos direitos-liberdades – que leva a incluir no respectivo conteúdo a faculdade de não agir -, bem como o caráter instrumental da generalidade dos direitos-garantias – que leva à concepção de muitos destes direitos como ônus -, o problema da disponibilidade em geral dos direitos fundamentais põe-se especialmente no que respeita aos direitos sobre bens pessoais. Acresce que há indivíduos, cujo, conteúdo, âmbito ou grau de proteção constitucional é estabelecido primordialmente em função da vontade do titular (inviolabilidade do domicílio, reserva da intimidade privada, imagem, palavra, autodeterminação informativa, propriedade), e aqueles outros direitos relativos a bens que, sendo pessoais, constituem simultaneamente ou estão intimamente associados a valores comunitários (vida, integridade física, identidade pessoal, cidadania, informação jornalística, voto secreto).

Contudo, apesar das distinções entre os direitos, o problema da disponibilidade e do grau de disponibilidade dos direitos, liberdades e garantias pelos seus titulares não se resolve em abstrato, constitui um problema que, em última análise, só é suscetível de uma solução definitiva nas circunstâncias dos casos concretos.

Por outro lado, devem considerar-se as diferentes situações relacionais em que se pode produzir a autolimitação.

A diferença mais relevante é a que atende à existência, ou não, de uma relação de sujeição ou de dependência do titular do direito autolimitado perante outrem, que pretende, concorda ou beneficia da limitação.

Assim, não estarão sujeitos às mesmas condições e limites a renúncia, o acordo ou o consentimento de uma pessoa perante uma autoridade dotada de poderes públicos, perante uma entidade privada ou indivíduo que detenha um poder jurídico ou de fato, ou numa relação entre iguais.

Nas duas primeiras situações, poderá ser legítimo às autoridades, em especial ao juiz, com base na ordem jurídico constitucional dos direitos fundamentais, acautelar e fiscalizar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da auto limitação, bem como a sua racionalidade, pressupondo-

se e provando-se a vulnerabilidade, inferioridade ou fraqueza – tanto mais intensamente quanto maior for a duração, a intensidade ou grau de perigo da limitação, que, de resto, nunca poderá ser uma renúncia total, perpétua ou irrevogável.

Estas limitações à disponibilidade dos direitos visam sobretudo assegurar o caráter livre e esclarecido da vontade, mas justificam-se especialmente pela necessidade de cumprimento de deveres especiais de proteção de certos bens jurídicos pessoais.

Já nas relações entre iguais, entendemos que, respeitadas as condições de uma vontade livre e esclarecida, os limites substanciais da auto-limitação não podem ser os princípios da proporcionalidade ou da racionalidade, mas apenas os que sejam indiscutivelmente impostos pelo respeito do núcleo essencial dos direitos (a dignidade da pessoa humana) ou de valores comunitários básicos.

4.3

Concretização dos Direitos Fundamentais como sua Limitação

Alguns direitos fundamentais são enunciados de forma extremamente genérica. É o caso da garantia da propriedade (art.5º, caput, e inciso XXII, da CF), pois a Constituição Federal nem sequer oferece uma definição de seu conteúdo. Em tais casos, a lei infraconstitucional deve concretizar o direito fundamental, isto é, indicar seu conteúdo e função, tal como faz o Código Civil em relação ao direito de propriedade. Aqui o Constituinte oferece ao legislador comum um amplo poder de definição. O exercício do direito não é possível sem uma lei infraconstitucional, pois sem tal definição não podemos conhecer a área de proteção, principalmente porque a área de proteção do direito fundamental à propriedade tem cunho normativo e não comportamental, como ocorre com outros direitos fundamentais de liberdade, v.g, a liberdade de expressão do pensamento do art. 5º , IV, da Constituição Federal.

Isso cria um problema. Qualquer concretização de um direito pode significar sua limitação. Quando. Por exemplo, o legislador define quais bens não podem ser objeto de propriedade particular ou determina como deve ser registrada

a propriedade de bens imóveis, faz algo necessário, pois dá concretude ao direito Constitucional, que é por excelência, como já aludido, abstrato (cunho normativo) e não comportamental concreto. Mas ao mesmo tempo, estabelece limitações em seu objeto e formas de exercício.

Por isso, deve ser sempre verificada a eventualidade de a lei concretizadora, sob o pretexto da operacionalização, estar limitando o direito de forma inconstitucional (intervenção e não simples concretização) Destarte, não é possível estabelecer uma linha de demarcação clara entre a concretização e a limitação mediante reserva legal. Em ambos os casos, o aplicador deve realizar um exame de constitucionalidade antes de aplicar norma que regule direitos fundamentais.

4.4

Reserva Legal

Muitas disposições da Constituição garantem os direitos fundamentais, mas o fazem com uma importante ressalva ou, tecnicamente falando, com uma reserva legal (ou reserva de lei). Essa última permite ao legislador comum introduzir limitações, restringindo a área de proteção do direito.

A reserva de lei pode ser de várias espécies. Está presente uma reserva legal simples quando a Constituição indica que o exercício do direito será feito “na forma da lei” ou nos “termos da lei” (exemplos art 5º, XV, XVIII, da CF). Tem-se uma reserva legal qualificada quando a Constituição indica pelo menos um dos seguintes elementos: o tipo, a finalidade ou o meio de intervenção autorizador, dos quais o legislador poderá se valer quando de sua concretização da limitação constitucional do direito fundamental consubstanciado na reserva legal qualificada (exemplos: art. 5º, XII, da CF).

4.5

Limites Constitucionais em Casos Excepcionais

Vista sob o ângulo dos direitos fundamentais a Constituição Federal estabelece um duplo sistema de legalidade: a legalidade normal com plena vigência dos direitos fundamentais e a legalidade excepcional, em casos de graves conflitos ou ameaças à estabilidade da ordem política e social.

No âmbito da legalidade excepcional, a Constituição Federal altera as competências das autoridades estatais, reforçando em particular os poderes de ação do Poder Executivo Federal. Ao mesmo tempo, prevê uma série de restrições aos direitos fundamentais. Tais restrições seriam claramente inconstitucionais em regime de normalidade: são autorizadas no âmbito do regime excepcional, em virtude de expressas previsões constitucionais.

A Constituição Federal prevê e regulamenta três situações excepcionais de gravidade crescente. Igualmente crescentes são as limitações de direitos fundamentais permitidas em cada uma destas.

a) Estado de defesa (art. 136, § 1º e 3º, da CF/88). Um decreto do Presidente da República especifica os direitos que deverão ser restringidos e o tipo de restrição. As restrições podem se referir aos seguintes direitos: reunião, locomoção, sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica, propriedade de bens públicos e atividade econômica relativa a serviços públicos.

b) Estado de sítio conforme art. 137, I, da CF/88. O estado de sítio permite além da restrição, também a suspensão de uma série de direitos fundamentais. Ocorre mediante decreto do Presidente da República e pode se referir aos seguintes direitos (art. 139 da CF/88): locomoção, reunião, sigilo de correspondência e de comunicações, informação e liberdade de imprensa escrita e rádio-televisiva, inviolabilidade do domicílio e propriedade.

c) Estado de sítio conforme art. 137, II, da CF/88. Pode sofrer restrição ou suspensão de qualquer direito fundamental. Para tanto, a Constituição Federal não estabeleceu uma permissão expressa, mas a ampla possibilidade de limitação resulta da formulação do art. 139, caput: “na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas”. Isto significa, aplicando o argumento a contrário, que, em

caso de decretação da mesma medida nas hipóteses especificadas no art. 137, II, da CF/88, todos os direitos podem, em princípio, sofrer restrições. Essa é a hipótese do estado de sítio que poderíamos denominar de “maior”, pois pode causar, teoricamente, a total suspensão dos direitos fundamentais.

Apesar das amplas possibilidades de restrição ou suspensão de direitos que a Constituição autoriza nesse caso, vale a regra de que qualquer limitação de um direito constitucionalmente garantido mediante previsão infraconstitucional deve estar acompanhada de justificativa concreta, sob pena de inconstitucionalidade.

4.6

Colisão e Concorrência dos Direitos Fundamentais

Há uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte do outro titular. A colisão deve ser enfrentada somente no momento da possível justificação de uma intervenção estatal, porque um direito fundamental de um outro titular de direito pode estar limitando o exercício do direito fundamental atingido pela medida ou omissão estatal.

A concorrência, por sua vez, diz respeito a um problema bastante diverso, que no exame de constitucionalidade tem caráter prejudicial, qual seja, o da definição do parâmetro de avaliação. Isso ocorre quando houver concorrência entre mais de um parâmetro e, assim, o titular puder se valer de mais de um direito fundamental, contra uma mesma intervenção estatal, porque esta supostamente atingiu mais de um direito fundamental do mesmo titular.

Na verdade, a concorrência de direitos fundamentais ocorre quando uma determinada situação ou conduta pode ser subsumida ao âmbito de proteção de diversos direitos fundamentais, colocando para o intérprete da norma o problema de saber qual das normas de direitos fundamentais deve ser aplicada naquele caso, e, por conseguinte, qual a restrição a que estaria o titular daquele direito submetido.

4.7

Colisão de Direitos Fundamentais

As colisões de direitos fundamentais em sentido estrito podem-se referir aos direitos fundamentais idênticos ou a direitos fundamentais diversos, existindo idealmente, quatro tipos básicos de colisões: a colisão de direitos fundamentais na condição de direitos de defesa; a colisão de um direito fundamental de defesa de caráter liberal e um direito de proteção; a colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito; e, por fim, a colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático, ou seja, a tensão entre o texto da norma e a sua eficácia. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000).

As colisões, em sentido amplo, geralmente envolvem direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes, de modo que é comum a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados ou conflitos entre as liberdades individuais e a segurança interna enquanto valor constitucional. Tais colisões ocorrem quando interesses individuais tutelados por direitos fundamentais contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela Constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública e outros. (FARIAS, 2000; CANOTILHO, 1991).

4.8

Solução das Colisões de Direitos Fundamentais

A tutela dos direitos fundamentais como um conjunto implica, necessariamente, que estes se restrinjam reciprocamente. A positivação simultânea de diversos direitos fundamentais e fins constitucionais, que podem revelar-se conflitantes, opera como uma autorização implícita ao legislador e ao judiciário para restringi-los, respectivamente, no momento legislativo e no momento aplicativo. O fundamento dessa interpretação é o princípio da unidade da Constituição.

Isso não significa, como é evidente, que os “sujeitos constitucionais” tenham liberdade para intervir nos direitos fundamentais de forma indefinida, na medida em que toda e qualquer restrição deverá observar os requisitos formais e materiais que se impõem à atividade limitadora dos direitos.

Do ponto de vista formal, as restrições só poderão ser estabelecidas em lei, e, no caso da limitação hermenêutica, o órgão judiciário há de ser competente. No que se refere aos limites materiais, tanto os órgãos legislativos como os judiciários deverão observar o imperativo de proporcionalidade, engendrando uma interpretação coerente como princípio da dignidade da pessoa humana.

4.9

As Soluções Interpretativas

4.9.1

Categorização

Uma das formas de solucionar as questões nas quais há controvérsia sobre qual direito fundamental deve ser tutelado é a categorização, ou seja, o esforço no sentido de correlacionar os fatos em exame às categorias expressadas nas normas constitucionais. Essa fórmula teve seu ponto alto na elaboração da jurisprudência dos conceitos, quando se proclamava que a estrutura do raciocínio judicial deveria limitar-se basicamente, a um processo lógico dedutivo tendente à “construção conceitual abstrata”

Categorizar, no sentido que aqui se adota, significa delinear os contornos dos direitos e, a partir das categorias gerais formuladas, qualificar as situações de fato, enquadrando-as na classe pertinente. Em outras palavras, categorizar é entender as normas jurídicas como tipos, os quais devem ser correlacionados às questões fáticas de modo a definir seus casos de aplicação. (LARENZ,1997).

A doutrina norte-americana recorre com frequência a essa noção, estabelecendo uma distinção metodológica entre categorização e a ponderação. A categorização é taxanômica, a ponderação sopesa bens e interesses em conflito. Para o categorizador, as questões legais colocam-se como diferenças de tipos; para o ponderador elas são questões de grau.

É importante ressaltar que não há incompatibilidade intrínseca entre a categorização e a ponderação. O raciocínio categorial é elemento indispensável à atividade interpretativa. Como se sabe, dotar de sentido as categorias normativas é verificar sua correspondência com os fatos, é tarefa essencial ao processo hermenêutico em qualquer conjuntura. A interpretação inicia-se sempre com uma leitura textual, a partir da qual se busca relacionar o significado dos preceitos normativos com o conjunto de eventos em análise. Dessa forma, pode-se dizer que a categorização, como regra, corresponde ao primeiro estágio do raciocínio judicial. Assim, a categorização jamais pode ser suprimida da interpretação. Em verdade, trata-se de um tipo de raciocínio que não pode ser eliminado de nenhuma forma do pensamento humano, pois que as palavras são categorias, de modo que as pessoas necessariamente categorizam em qualquer processo de comunicação escrita ou oral.

Por fim, é importante assinar que a categorização, aplicada de forma pura, está diretamente relacionada ao emprego de métodos formalistas e mecânicos. É certo que, ao longo do século XX, as teorias alternativas ao formalismo jurídico colocaram em evidência que mesmo o processo de atribuição de sentidos a conceitos e categorias normativas não é uma operação de pura lógica formal.

Dessa forma, a noção de categorização normativa que prevalece atualmente não é idêntica àquela defendida pelos formalistas do século XIX, já que muitos dos que hoje defendem o recurso à categorização não recusam certas tendências fundamentais da hermenêutica contemporânea, tais como o reconhecimento do fenômeno da pré-compreensão, a noção de que os conceitos devem ser atualizados pela jurisprudência, ou a idéia de que as soluções para os casos difíceis não estão pré-definidos no texto constitucional. Mas, ainda assim, certas abordagens atuais da categorização, ao que parece, buscam retomar a lógica mecanicista e o espírito conservador que subjaziam ao formalismo positivista. Não por acaso, a Suprema Corte norte-americana, sob o influxo do originalismo, vem utilizando cada vez mais essa metodologia.⁵

⁵ Veja-se, sobre o tema, Morton J. Horwitz, que aborda como a Suprema Corte, no último quarto do século XX, procurou desmontar o legado da Corte Warren. Como anota o autor, a retomada do conservadorismo vem sendo empreendida sobretudo por meio do textualismo e do originalismo. *The constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism*. Harvard Law Review, v. 107, 1993, p. 34-35.

4.9.2

A hierarquização

Outro critério empregado para a solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais consiste em estabelecer hierarquias prévias e rígidas entre os bens constitucionalmente tutelados. Quando se recorre a essa solução, as colisões entre direito, ou entre estes e bens coletivos, são resolvidos de acordo com pautas pré-estabelecidas que determinam o peso abstrato e a importância de cada um deles, concluindo-se no sentido da prevalência do que ostenta maior hierarquia.

O estabelecimento, pela jurisprudência, de hierarquias axiológicas superáveis entre os diversos bens e interesses tutelados por normas constitucionais pode revelar-se em um valioso instrumento de proteção aos direitos fundamentais. Contudo, essa espécie de pauta interpretativa não deve ser manejada sem acentuada dose de cautela, já que a afirmação de hierarquias constitucionais absolutas, pelo judiciário pode comprometer gravemente a operatividade dos princípios democráticos e da supremacia da Constituição.

Por isso, os esquemas interpretativos assentados na priorização de certos bens constitucionais devem ser sempre coordenados com a idéia de que o Legislativo precisa dispor de uma margem de liberdade de ação, a qual é sustentada pelo princípio da separação de poderes e do princípio democrático.

Ademais, não se pode admitir que o reconhecimento da precedência em tese de determinados bens em desfavor de outros venha a assumir o caráter de verdadeira e definitiva solução de conflitos, de modo a estabelecer uma ordenação peremptória entre os interesses em jogo, o qual viria a incidir nas mesmas falhas das hierarquias absolutas de direitos.

Desta forma, a fixação de preferências por certos bens constitucionais dotados de maior relevância axiológica será válida à medida que se apresente como relativa e superável, de forma a não esvaziar a proteção constitucional dos direitos e bens não preferidos. As hierarquias valorativas, portanto, devem operar exclusivamente como critério de determinação do peso abstrato do direito a ser ponderado, de modo que corresponde apenas à exigência de cargas de argumentação e justificação mais intensas quando se trata de fundamentar

restrições a direitos preferidos, que são aqueles que ostentam maior relevância na axiologia constitucional. (NOVAIS, 2003).

4.10

Formas de Colisão de Direitos Fundamentais

Segundo Canotilho e Moreira (1991) caberia, inicialmente, ao intérprete determinar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais em colisão, ou seja, identificar aquelas situações de fato protegidas pelas normas constitucionais em confronto. Tal tarefa tem a finalidade de verificar a existência ou não de uma verdadeira colisão. Ora, esta primeira etapa pode excluir, desde logo, a hipótese de colisão, confirmando tratar-se apenas de uma colisão aparente, se acaso não houver choque entre os âmbitos de proteção envolvidos.

Também Andrade (1987) concorda com Canotilho e Moreira (1991), afirmando que há casos de colisão que não são verdadeiros, mas hipóteses que exigem a determinação dos limites imanentes dos direitos envolvidos. Nestes, como em muitos outros casos, continua Andrade (1987), não se trata de colisão de direitos fundamentais, uma vez que a norma constitucional não protege essas formas de exercício de direitos, isto é, esses tipos de situações estão excluídos da esfera normativa enunciada pela constituição. E não havendo colisão, “a solução do problema não tem que levar em conta o direito invocado, porque ele não existe naquela situação.” (ANDRADE, 1987, p.217).

Conforme ensina Farias (2000), constatando o intérprete que, no caso concreto, o âmbito de proteção do direito ou o limite imanente do direito excluem a forma e o tipo de exercício do direito invocado, não haverá a preservação deste através da garantia do núcleo essencial por meio do processo de ponderação, conforme sucede nos verdadeiros casos de colisão de direitos fundamentais. Porém, se efetivamente for verificada a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais, cabe ao intérprete realizar a ponderação dos bens envolvidos, visando a resolver a colisão, de forma a imprimir o mínimo de restrição possível aos direitos envolvidos. Ora nessa etapa ganha relevância, como princípios norteadores da tarefa interpretativa, os princípios da unidade da

constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, dentre outros, fornecidos pela doutrina. (FARIAS, 2000).⁶

4.11

Ponderação de Interesses e Interpretação

O vocábulo ponderação, em sua acepção mais corrente, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer.

A idéia de uma ponderação de interesses no processo de aplicação do direito, em substituição ao modelo fechado da subsunção, surge na obra dos defensores da jurisprudência dos interesses. Passa por diversas etapas de compreensão no século XX, até culminar na concepção de um princípio da ponderação, que imanta todos os outros princípios jurídicos. O princípio da ponderação, cultivado sobretudo na Alemanha, aproxima-se do princípio da razoabilidade, desenvolvido nos Estados Unidos, que apresenta o mesmo itinerário teórico. O tema começa a ganhar espaço na literatura jurídica brasileira. (SARMENTO, 2000; ÁVILA, 1999).

Na literatura jurídica brasileira, a tese que equipara ponderação e interpretação foi defendida por Ávila (1999), em interessante estudo sobre os princípios. O autor procura demonstrar a equivocidade da idéia segundo a qual as regras não são sujeitas à ponderação afirmando que:

Não se pode estremar a interpretação da ponderação. Com efeito, a decisão a respeito de incidência das regras depende das razões que sustentam e daqueles que afastam a inclusão do conceito do fato no conceito previsto na regra. Se, ao final, pode-se afirmar que a decisão é de mera subsunção de conceitos, não se pode negar que o processo mediante o qual esses conceitos foram preparados para o encaixe final é da ponderação de razões. (ÁVILA, 1999, p.48).

Em outra passagem, o autor assevera que:

⁶ Tais princípios já foram analisados com maior profundidade na página 89-92.

Com efeito, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento, enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras, consoante o critério aqui investigado), como se comprova mediante a análise de alguns ex. (ÁVILA, 1999, p.48).

É bem verdade que a preparação de conceitos a que se refere Ávila (1999) envolve, muitas vezes, um processo de argumentação dialética, em que são consideradas diversas razões que podem levar a soluções interpretativas diferenciadas. No entanto, esse tipo de trajetória hermenêutica é bastante diferente daquela que se emprega na ponderação propriamente dita. Nesta, admite-se que as questões de fato analisadas inserem-se, a priori e em tese, nos conceitos ou categorias veiculados nas duas normas em conflito, determinando-se qual delas deve prevalecer a partir de um juízo que consiste em valorar a importância (peso) dos bens e interesses por estas tutelados na hipótese concreta, e não em especificar os conceitos normativos abstratos, que seriam válidos em todas as hipóteses de conflitos.

A ponderação de razões, diversamente, traduz apenas a existência de um raciocínio de tipo dialético que antecede a categorização, ou seja, que antecede a própria densificação do conceito veiculado na norma. Trata-se de ponderar apenas no sentido lato da expressão, em que esta é sinônimo de argumentar. Assim o raciocínio dialético subjacente ao processo de categorização ou delineamento de conceitos e a ponderação de interesses como técnicas de decisões não são equivalentes. O debate que opõe as teorias externas às internas dos direitos fundamentais bem demonstra a diferença entre essas duas noções.

Assim, ponderar razões é um conceito amplo que equivale a interpretar. Ponderar interesses e bens, diversamente, consiste em empregar uma técnica interpretativa que, por sua especificidade, merece ser conceituada de forma autônoma. Enquanto no primeiro caso consideram-se apenas argumentos e contra-argumentos, razões e contra-razões que recomendam a atribuição de certo sentido às categorias normativas ou o estabelecimento de uma exceção, no segundo, procura-se mensurar o peso circunstancial dos bens jurídicos em confronto, à luz da axiologia que deflui da Constituição e da moralidade social vigente. Enquanto

no primeiro caso cria-se uma regra de preferência - ou uma definição - que poderá ser aplicada a todos os casos em questão, no segundo estabelece-se uma relação de precedência válida apenas para aquele caso, ou melhor, válida apenas para casos em que os conflitos entre tais interesses ostentem as mesmas características.

A ponderação de razões é compatível com o modelo de categorização puro, que induz a pensar por tipos, enquanto a ponderação de interesses e bens, destinada a estabelecer uma hierarquia móvel ou relação de precedência condicionada entre os bens jurídicos em confronto, pressupõe uma aplicação dinâmica das normas constitucionais, ponderativa, quando utilizada como mero antecedente para formular categorias ou definições, aparta-se de noção de hierarquia dinâmica, aproximando-se do modelo de categorização, uma vez que, não raro, resulta numa interpretação restritiva do conteúdo constitucional dos direitos.

Assim, ponderação e interpretação não são conceitos idênticos. A ponderação é uma técnica de interpretação, da mesma forma que a categorização e a hierarquização. Nesse sentido, ponderar é uma forma de interpretar, mas não é o mesmo que interpretar. Aliás, fosse correta a tese de que interpretação e ponderação são a mesma coisa, não haveria razões para tantos setores da doutrina deduzirem críticas à metodologia ponderativa. A estrutura da argumentação empregada no juízo ponderativo propriamente dito é peculiar, uma vez que em tal modelo o intérprete, após concluir no sentido da conformidade dos fatos com os conceitos delineados em duas normas que apontam para soluções antagônicas, interroga-se sobre a importância de tutelar os bens e interesses em conflito nas circunstâncias que se apresenta a fim de determinar qual delas deverá ser aplicada.

A ponderação propriamente dita, como técnica de decisão, identifica-se com a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que determina que se coloquem em equação os ônus e as vantagens que defluem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito. Em outros termos, o princípio da proporcionalidade estabelece um comando de ponderação, precisamente pelo fato de esta não redundar numa solução que seja válida para todas as hipóteses de conflito entre os interesses em jogo, mas apenas para os casos em que porventura se repitam as mesmas circunstâncias.

A jurisprudência tanto estrangeira quanto nacional tem se desenvolvido no sentido de estabelecer critérios para o juízo de ponderação que se impõe no caso

de colisão de direitos fundamentais. Mendes, Coelho e Branco (2000) expõem alguns casos de colisão de direitos fundamentais interessantes levados à consideração da Corte Constitucional alemã. Segundo o autor, por um lado, a análise dessas decisões demonstra a complexidade e relevância do processo de ponderação na prática da Corte Constitucional alemã e, por outro lado, mostra que uma tentativa de sistematização da jurisprudência alemã revela a sua orientação no sentido de uma ponderação de bens tendo em vista o caso concreto, ou seja, uma ponderação atenta para as circunstâncias do caso em apreço, conforme demonstra o autor, citando Robert Alexy em palestra proferida em 1998, no Rio de Janeiro, sobre o tema da colisão de direitos fundamentais:

Para Alexy citado por Mendes, Coelho e Branco (2000), a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma ‘lei de ponderação’, segundo a qual, quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes não de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Por fim, analisando juízo de ponderação, no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Mendes, Coelho e Branco (2000) afirmam ser evidente, também no direito brasileiro, o relevo ímpar do princípio da dignidade da pessoa humana como norteador da problemática de ponderação entre direitos fundamentais em confronto, sendo certo, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal está a se utilizar, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como lei de ponderação, rejeitando, com isso, toda e qualquer intervenção que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional.

4.12

Restrição de Direitos Fundamentais

As restrições de direitos fundamentais são normas que estabelecem privações ou supressões de certas formas de exercício dos direitos que, partindo-

se de uma interpretação ampliativa, que estariam compreendidos no âmbito de proteção dos preceitos constitucionais que os consagram.

Ao afirmar-se que as restrições são normas cabe consignar que, como esclarece Alexy citado por Peces-Barba (1995, p.272) “uma norma pode ser uma restrição de direito fundamental só se é constitucional”. Dessa forma, as restrições – para serem entendidas como tais - hão de mostrar-se constitucionalmente legítimas.

Segundo Alexy (1993) é imperioso distinguir as normas legais que estabelecem as restrições – dirigidas aos cidadãos – das normas que conferem competência ao legislador para estatuir restrições aos direitos fundamentais. Através delas, o legislador fica autorizado a impor restrições a direitos fundamentais. “À competência do legislador corresponde a sujeição do titular de direito fundamental”. (ALEXY, 1993, p.273). Nessa perspectiva, as reservas legais apostas a certos direitos fundamentais não são restrições, mas apenas estabelecem e fundamentam “a possibilidade jurídica de restrições”, que afinal serão estabelecidas pelos “sujeitos constitucionais competentes”. (CANOTILHO, 1999, p.767). Embora seja certo que, a partir da perspectiva do titular do direito, as reservas legais “têm algo de restrigente”, essa natureza restrigente é apenas “potencial e mediata”. (ALEXY, 1993, p.292).

A restrição poderá ser expressa em lei geral ou ser produto da interpretação jurídica levada a efeito pelo judiciário. Ou seja, ela pode surgir não apenas em abstrato, no ato legislativo, mas pode também aparecer no momento aplicativo. No plano hermenêutico, a restrição será toda interpretação e aplicação do direito “que conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental”. (ALEXY, 1993, p.292).

Assim, podemos perceber que o conceito de restrição liga-se à dimensão negativa da norma de direito fundamental. O aspecto positivo do direito corresponde a seu âmbito de proteção, que há de ser identificado mediante interpretação extensiva. O âmbito de proteção compreende parcela da realidade correlativa aos bens tutelados pelos direitos fundamentais, ou, em outras palavras, é o conjunto de condutas, estados de coisas e posições jurídicas que, por serem necessários para tutela dos bens jurídicos inerentes aos direitos fundamentais, hão de ser cobertas pelos efeitos da norma jurídica que o consagra. (BOROWSKI, 2003).

Mendes, Coelho e Branco (2000) com apoio na doutrina de Alexy (1993), adverte que a idéia de restrições aos direitos fundamentais suscita o problema relativo à possibilidade lógica de serem estabelecidas tais restrições. Nesse âmbito sobressaem-se duas teorias: a teoria externa e a teoria interna.

A chamada teoria externa enxerga o direito fundamental e a sua restrição como duas categorias distintas lógica e juridicamente, admitindo a existência por um lado, de um direito propriamente dito (que é limitado) e, do outro lado, da imposição de restrições, as quais convertem aquele direito ilimitado em um direito limitado.

Alexy (1993) afirma que, segundo a teoria externa, não existe nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição. Afirma que tal relação somente é criada através de uma necessidade externa ao direito fundamental em si mesmo considerado, necessidade externa esta que se materializa na tentativa de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos bem como os direitos individuais fundamentais, de um lado, com os bens coletivos, de outro lado.

Já a teoria interna estabelece que não existe essa dicotomia de categoria, de um lado os direitos em si mesmos e de outro lado as suas restrições, mas que direito fundamental já se apresenta com um conteúdo que é determinado pela restrição a ele subjacente. Segundo a teoria interna o conceito de restrição é substituído pelo de limite, de modo que a questão não é saber se o direito fundamental deve ou não ser limitado, mas, sim, qual o seu conteúdo.

4.13

Restrição Legal e Restrição Aplicativa

As restrições aos direitos fundamentais podem ser efetivadas no plano legislativo e no plano aplicativo.

As restrições legislativas operam no plano abstrato e geral, de modo que implicam alterações no conteúdo objetivo dos direitos fundamentais. O recorte operado pelas leis restritivas determina o âmbito de proteção legal vigente do direito, transformando conteúdo constitucional *prima facie* em conteúdo legal definitivo.

Já as restrições aplicativas operam no plano concreto e individual, repercutindo na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, sem afetar seu conteúdo objetivo enunciado na Constituição e nas leis restritivas.⁷

Exemplificando, as normas legais que regulam a interceptação telefônica restringem o sigilo de comunicações na dimensão abstrata, enquanto a decisão judicial que determina tal providência restritiva opera uma restrição in concreto no direito subjetivo ao sigilo. Em sentido semelhante, o preceito do Estatuto da Criança e do Adolescente que veda divulgação de nome ou fotografia de menor a que se atribua a prática de ato infracional restringe o direito à liberdade de expressão e à informação no plano abstrato, sendo que decisão judicial que determine a apreensão de publicidade que tenha infringido tal preceito operará uma restrição concreta nos direitos fundamentais em questão.⁸

4.14

Restrições Expressamente Estatuídas

Direitos fundamentais há que além dos limites imanentes e de eventuais limites expressos diretamente na norma constitucional, são ainda limitados por norma infraconstitucional, seja em decorrência de expressa reserva legal, seja naquelas situações em que mesmo ausente a reserva legal, resulta lógica e razoável a limitação de modo a que sua existência é constitucionalmente válida porque tida como implicitamente autorizada.

Nestes casos, o constituinte não restringe o direito: apenas prevê a possibilidade de restrição, atribuindo aos órgãos de poder a competência para intervir nos direitos em certas circunstâncias e sob determinada forma jurídica.

⁷ Em sentido semelhante, Novais (2003), distingue essas duas modalidades de restrição aos direitos fundamentais e denominado as restrições abstratas de restrições em sentido estrito e as concretas de intervenções restritivas. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição.

⁸ “Art. 247 – Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional: Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.”.

A Constituição ainda autoriza, em diversas disposições, a intervenção do legislador no âmbito de proteção de diferentes direitos fundamentais. Nesses casos, o próprio legislador constituinte achou por bem estabelecer limitações expressas para o exercício de alguns direitos. Essas limitações expressamente estatuídas por sua vez podem constituir reserva legal simples ou reserva legal qualificada.

Fala-se em reserva legal simples quando a restrição se impõe sem condição alguma, ou seja, o legislador constituinte deixa ao legislador ordinário a tarefa de limitar o direito sem estabelecer qualquer parâmetro para tal. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000). Na Constituição de 1988, encontram-se diversos exemplos desse tipo de reserva. Pode-se mencionar o inciso XV do art. 5º que consagra a liberdade de locomoção nos termos da lei; bem como o inciso XVIII do art.5º, segundo a qual “a criação de associações e, na forma da lei, de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”; e ainda, o inciso LVII, do mesmo artigo, que estabelece que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.”

As reservas legais qualificadas são aquelas que não se limitam a enunciar o requisito formal de que a intervenção seja efetiva por eliminação, mas também estipulam, de antemão, o objeto, a finalidade da lei reguladora, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados. Um preceito que consagra tal espécie de reserva é o inciso XIII, do art. 5º da CF/88, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. O inciso LX “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem.”.

4.15

Restrições Expressamente Estatuídas pela Constituição

As restrições expressamente estatuídas pela Constituição são aquelas previstas por meio de cláusulas restritivas explícitas. Temos o exemplo típico de direito fundamental com restrições expressas constitucionalmente estabelecidas é

o direito de reunião, que deve ser (a) pacífica, (b) sem armas e não pode (c) frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, de forma a que, faltando um dos dois pressupostos iniciais ou estando presente a circunstância arrolada ao final, a hipótese fática de cidadãos reunirem-se em locais públicos já não se achará incluída dentro do âmbito de proteção da norma jusfundamental do art. 5º, XVI, da Constituição Federal. São também exemplos de restrições expressas a vedação ao anonimato prevista no art. 5º, IV, que consagra a liberdade de expressão; o estabelecimento da liberdade de ir e vir em tempo de paz, previsto no art. 5º, XV; a vedação de associações de caráter paramilitar contida no art. 5º, XVII, que enuncia a liberdade associativa; e a possibilidade de instituir-se pena de morte em caso de guerra declarada, como previsto no art. 5º, XLVI.

5

As Restrições e Colisões de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Até agora, procedemos à análise de autores nacionais e estrangeiros no que concerne ao debate gerado acerca da definição e da amplitude dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere à suas limitações. E da hipótese proposta nesta dissertação até agora se constatou que vem sendo produzido no Brasil um trabalho teórico aprofundado que tem como tema central a efetividades dos direitos fundamentais, o qual denuncia a existência de um apelo da sociedade ao Judiciário para resolução de conflitos entre direitos fundamentais e efetivação da sua cidadania – o que demonstra a consolidação de nossas instituições democráticas e sociais. Resta saber se, diante desse apelo, o Poder Judiciário se mostra preparado para exercer papel expressivo na concretização destes direitos fundamentais em vista de suas restrições e colisões, que são inevitáveis num verdadeiro sistema democrático constitucional.

Para tanto, se deve proceder a outra análise que tenha por objeto entender o comportamento do Poder Judiciário no Brasil quando provocado a agir na concretização dos direitos fundamentais declarados e garantidos pela Constituição Federal, em especial daqueles que dependem de prestações estatuais para sua efetivação. É preciso conhecer o posicionamento já adotado pela jurisdição constitucional brasileira quanto a esses direitos e às perspectivas futuras para a sua efetivação, decifrando se aquela jurisdição profere uma dogmática mais restritiva ou ampliativa dos direitos fundamentais e o que entende quanto à aplicabilidade e à justiciabilidade daqueles.

A Constituição de 1988 deu ao Supremo Tribunal Federal competências originárias e recursais com atribuições judicantes que têm, quase todas, conteúdo de litígio constitucional. Conferiu-lhe principalmente a guarda da Constituição e atuação como última instância do Poder Judiciário no controle difuso da constitucionalidade e como órgão encarregado do controle concentrado de constitucionalidade, o que o coloca numa situação próxima à de uma Corte Constitucional. É seu principal desafio dar resposta à acentuada judicialização dos

conflitos sociais, uma vez que é o órgão principal de todo o sistema judiciário. Conhecer, portanto, a postura do Supremo Tribunal Federal, quando exigida a sua manifestação por meio dos atuais mecanismos de jurisdição constitucional, pelo estudo das suas decisões colegiadas e monocráticas relativas aos direitos fundamentais, apresenta-se necessário a fim de entender se, diante das restrições e colisões de direitos fundamentais, a jurisdição constitucional brasileira está ou não caminhando para sua efetivação, sem perder de vista que os efeitos dessas decisões ainda apresentam trajetória inacabada no Supremo Tribunal Federal.

Nesse caminho, desenvolveu-se no presente trabalho pesquisa jurisprudencial, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que procurou identificar e selecionar decisões e votos de Ministros em que estivessem presentes elementos que identificassem a existência de pleitos judiciais que envolvessem uma discussão que apresentasse como objeto as restrições aos direitos fundamentais que demandassem prestações ou que demonstrassem contrariedade à efetivação desses mesmos direitos. Na pesquisa o marco inicial é o ano de 1996, quando foram protocoladas e julgadas a Adin 1439 e a Adin por Omissão 1456-7, ambas versando sobre o descumprimento do estatuído no inciso IV do art. 7º da CF (salário mínimo), as quais são significativas pelo simbolismo de que se traveste o salário mínimo no País, pois o cumprimento do dispositivo constitucional referenciado seria quase suficiente para a solução de efetividade da cidadania. A partir daquele ano realizou-se pesquisa no banco de dados jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no site disponível pela rede mundial de computadores (Internet). A partir disso, identificados os processos judiciais nos quais se faz constar os conflitos, limites e restrições aos direitos fundamentais, foram selecionadas as jurisprudências em que estes direitos aparecem como objeto central do debate processual e da matéria julgada.

Recurso Extraordinário nº 197.807

O primeiro caso apresentado é o Recurso Extraordinário 197.807/2000, em que foi relator o Ministro Octavio Gallotti. Tratou-se de recurso contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região, que estendera à mãe adotiva o direito à licença instituído em favor da empregada gestante, conforme inciso VIII do art. 7.º da CF.

A decisão recorrida teve por fundamento que a matéria evidenciava preocupação com a criança, lastreada na Constituição Federal, em que se

consignou expressamente o princípio de proteção “à maternidade e à infância” e à família, e como direito fundamental do indivíduo e da coletividade, conforme determinado nos seus arts. 6º e 203, I, e em virtude de que o fato de a mãe da criança ser adotiva e não biológica não altera os encargos e atenção devidos à criança. O recurso teve por fundamento de mérito que a licença prevista no dispositivo constitucional serve, em síntese, para “resguardo pós-parto”, e, não tendo a mãe adotiva gestado o filho, esta não teria a mesma necessidade da mãe biológica.

O Supremo Tribunal Federal, pelo voto do relator, reformou a decisão do Tribunal Regional do Trabalho referenciado mediante a interpretação gramatical da regra inscrita na Constituição Federal, que fica clara em passagem do relatório que fundamenta o voto:

E procede a irresignação. Conquanto não se deva chegar ao extremo da noção revelada pelo recorrente, segundo a qual a norma em questão teria por fundamento único a “necessidade biológica de resguardo pós-parto”[...] – mas, igualmente, a proteção à criança, à família e ao próprio trabalho da mulher -, de sua letra só é possível extrair, em rigor, como na ordem constitucional pretérita (art. 165, XI), a idéia de “descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário”.

Concretização dos direitos fundamentais por meio do controle difuso no Supremo Tribunal Federal:

A decisão proferida no recurso extraordinário (RE 197.807) denunciou a presença de interpretação constitucional inserida na concepção liberal de Estado e com base teórico-dogmática ligada aos direitos individuais, restritiva, portanto, aos direitos fundamentais e realizada mediante a dogmática lógico-formalista vinculada ao positivismo jurídico normativista. A referida decisão apegou-se ao conteúdo gramatical do texto legal mediante uma interpretação deontológica e desconsiderou a totalidade do sistema jurídico constitucional implantado com a Constituição Federal de 1988, que se apresenta congregado à concepção de Estado social. Essa mesma decisão atribuiu importância secundária aos mandados constitucionais que impõem direitos da cidadania social, como a proteção à infância, à maternidade e à família. Desconheceu que a regra contida no inciso VIII do art. 7.º destina-se prioritariamente a dar atenção especial às crianças que formarão o novo tecido social e não exclusivamente à pessoa gestante, como se

fosse dirigida ao indivíduo. Pior do que isso, foi ainda buscar no texto constitucional do regime anterior e ditatorial a fundamentação para a decisão. Ou seja, demonstrou total falta de comprometimento com o novo tipo de Estado preconizado pela Constituição Federal, negando à cidadania sua dimensão máxima, a qual inclui os direitos sociais e lhes dá efetivação máxima.

Embora não seja o caso concluir que o Tribunal agiu como legislador negativo – uma vez que a decisão não tem por objeto aferir a constitucionalidade do dispositivo constitucional (inciso VIII do art. 7º) -, a preocupação em extrair do texto gramatical o conteúdo do direito revela também postura muito mais ligada a modelo de jurisdição centrado na lei, pois secundariza o caso concreto e privilegia a análise abstrata da regra jurídica.

Mas, contrariando essa postura, no mesmo ano em que fora proferida a decisão acima, também foi julgado o Recurso Extraordinário (RE) 271.286, o qual confirmou vários precedentes julgados. Essa tendência de contraposição à dogmática restritiva dos direitos fundamentais acompanhou as soluções dadas em anos seguintes à Reclamação (RCL) 2.319-2 e ao Agravo de Instrumento (AI) 468.961-3. Nesses julgados é possível observar que a dogmática adotada não restringe os direitos da cidadania e também não entende somente os direitos individuais como núcleo subjetivo dos direitos fundamentais; mais do que isso, encontra-se em consonância com a concepção social de Estado e preconiza a necessidade da ação estatal para efetivação dos direitos fundamentais sociais. Essa jurisprudência também se acha de acordo com um modelo de jurisdição de preservação dos direitos, em que o juiz não atua somente na função de legislador negativo, mas também age de forma interventiva suplantando a dogmática tradicional da separação de poderes, de modo a dar efetividade aos preceitos constitucionais.

No Recurso Extraordinário (RE) 271.286, diante do dilema apresentado entre o asseguramento do direito à vida e à saúde e o interesse financeiro estatal, não foi utilizado o dogma da separação de poderes para alicerçar a justificativa de que o Judiciário não teria competência para intervir no orçamento público. Essa questão também está presente na Reclamação 2.319-2, quando o julgado demonstra a existência de conflito de interesses em que a parte mais frágil na relação, carente de assistência, está encontrando obstáculo à sua pretensão sob o argumento da hipótese de dano ao erário. Utilizando-se da ponderação, mesmo

que não realizada pelo rigor técnico, em ambos os casos optou-se por dar aplicabilidade e efetividade aos direitos fundamentais.

No Agravo de Instrumento (AI) 468.961-3, a decisão assinala que a “essencialidade do direito à saúde” legitima a atuação do Poder Judiciário em caso de “intolerável omissão” ou por “outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante”. Veja-se que a simples essencialidade do direito não foi suficiente para legitimar a atuação do Judiciário no caso, o que descaracteriza da decisão um conteúdo próximo a uma hermenêutica efetivadora, aos moldes proposto pela doutrina. O direito fundamental (saúde), apesar do reconhecimento de sua essencialidade, teve sua efetividade vinculada á não-prestação de um serviço público por conduta intolerável ou inaceitável, seja por omissão ou por outro comportamento, concepção que parece estar mais próxima ao entendimento de exigência da inatividade abusiva do poder competente, como condição de legitimação ao Poder Judiciário para intervir sobrepondo-se ao dogma da separação de poderes.

Outras ementas de acórdãos de relevante interesse para o tema das colisões e restrições de direitos fundamentais frente a Constituição Federal de 1988:

STF, ADIn 1.512 – 5-RR/MC (Caso da reserva indígena Raposa Serra do Sol – Direito dos índios “vs.” Autonomia para a criação de Municípios

(Tribunal Pleno – requerente: Procurador-Geral da República – requeridos: Governador do Estado de Roraima e Assembléia Legislativa do Estado de Roraima – rel. Min. Maurício Corrêa – j. 7.11.1996)

Ementa: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade – instalação das sedes dos recém-criados Municípios de Pacaraima e Uiramutã em Vilas com os mesmos nomes: arts. 3º das Leis ns. 96 e 98, de 17.10.1995 – Alegação de que estão situados nas áreas indígenas de “São Marcos” e “Raposa Serra do Sol”, respectivamente, e de ofensa ao art. 231, §§ 1º, 4º, e 6º, da Constituição.

Embora a presente ação não tenha sido conhecida pelo Supremo Tribunal Federal, o que a torna juridicamente irrelevante, a discussão apresentada nos votos importa didaticamente, porque trata do direito à cultura com base na construção da história dos índios no Brasil.

I – Escorço histórico dos contornos dos fatos relacionados com a ocupação das áreas do Estado de Roraima, desde 1768, onde se pretende instalar os novos Municípios.

II – O deslinde das questões ligadas à ocupação da área exige observância à legislação da época (Lei n. 601, de 1850, e Decreto n. 1.918, de 1854, que a regulamentou, entre outros), pesquisa de documentos e depoimentos de eventuais testemunhas que conheçam o passado destas áreas.

III – Pendência de interdito proibitório requerido pela FUNAI contra o Estado de Roraima.

IV – Casos como a demarcação homologada da Reserva de São Marcos estão com a eficácia suspensa em virtude da nova orientação de política demarcatória de reservas indígenas adotadas pelo Decreto n. 1.775/1995, que alterou o Decreto n. 22/1991 – inexistência de ato demarcatório das áreas aperfeiçoado.

V – Incerteza quanto aos requisitos exigidos pelo § 1º do art. 231 da Constituição para se considerar que as áreas mencionadas são tradicionalmente ocupadas pelos índios – Situação que não permite arrostar a autonomia do Estado, manifestada ao criar os Municípios.

IV – Solução da lide que exige a apuração de um estado de fato concreto e contraditório cuja natureza do tema e deslinde não são compatíveis com os moldes e limites do juiz cautelar, nem com o conteúdo da ação de controle normativo abstrato das leis – Precedentes.

VII – Ação direta não conhecida.

STF, HC 82.424 -2-rs (Caso “Ellwanger”- Liberdade de expressão “vs.”dignidade humana)

(Tribunal Pleno – impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra – paciente: Siegfried Ellwanger – coator: STJ – j. 17.9.2003 – rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa)

Ementa: Hábeas corpus – Publicação de livros: anti-semitismo – Racismo – Crime imprescritível – Conceituação – Abrangência constitucional – Liberdade de expressão – Limites – Ordem denegada – 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias”contra a comunidade judaica (Lei n. 7.716/1989, art. 20, na redação dada pela Lei n. 8.081/1990) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de

ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade – inconsistência da premissa. 3. Raça humana – Sub-divisão – Inexistência – Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana – Não diferenças biológicas entre os seres humanos – Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo – A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social – Desse pressuposto origina-se o racismo, que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do Nacional-Socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas – Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático – Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo – Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social – Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do país. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, islamafobia”e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1888 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuum rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo – Abrangência – Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo – Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado – A exemplo do Brasil, as legislações de países organizados sob a égide do Estado Moderno de Direito Democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial – Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não são uma raça, mas, mais que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão – Garantia constitucional que não se tem como absoluta – Limites morais e

jurídicos – O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5º, parágrafo 2º, primeira parte) – O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra – Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento.” No Estado de Direito Democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

STF, AgRg no RE 271.286-8-RS (Caso do coquetel do HIV – Direito à saúde e direito à vida “vs. “escassez de recursos)

(2ª “Turma – agravante: Município de Porto Alegre, agravada: Cândida Silveira Sairbert – agravada: Dina Rosa Viera, advs.: Eduardo von Müller, Luis Maximiliano Leal Telesca Mota e outros – j. 12.9.2000 – rel. Min. Celso de Mello)

Ementa: Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de agravo improvido.

O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se

indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade – Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

STF, ADPF 54-2-DF

(Caso da anencefalia – Dignidade humana “vs.” vida)

(argüente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, adv.: Luiz Roberto Barroso – rel. Min. Marco Aurélio – Em 2.8.2004 foi concedida liminar para, além de determinar o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, reconhecer o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos; o Tribunal, em sessão de 20.10.2004, negou referendo à liminar concedida)

STF, RE 153.531-8-SC (Caso da “farra do boi” – Direito à cultura “vs.”integridade dos animais)

(2º Turma – recorrentes: APANDE/Associação Amigos de Petrópolis Patrimônio Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e outros, advs.: José Thomaz Nabuco de Araújo e outro – recorrido: Estado de Santa Catarina, adv.: Ildemar Egger – rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio – J. 3.6.1997)

Ementa: Costume – Manifestação cultural – Estímulo – Razoabilidade – Preservação da fauna e da flora – Animais – Crueldade – A obrigação de o

Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da CF, no que veda prática que acabe por submeter os animais a crueldade – Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”.

Da jurisprudência acima exposta, podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, enfrentou a questão relativa às restrições e colisões de direitos fundamentais, fazendo surgir uma jurisprudência constitucional bastante efetiva na proteção aos direitos fundamentais. Como podemos perceber, são inúmeras decisões da Suprema Corte em que é invocada a necessidade da convivência prática entre os direitos, buscando-se na ponderação um critério adequado à solução de conflitos entre direitos fundamentais.

De outro lado, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, embora sem expreso assento constitucional, foram amplamente manejados pela Corte constitucional, atribuindo-lhes a essencial função de limitar a intervenção restritiva dos direitos fundamentais. Não se pode concluir que o STF tenha atribuído conceituações distintas a esses dois princípios, exteriorizando as fundamentações das decisões que o conteúdo concreto seja idêntico.

Assim, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal assenta-se na premissa de que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são importantes instrumentos para efetuar o controle da atividade restritiva, seja aquela efetuada pelo legislador, seja aquela levada a efeito pelo administrador público.

6

Conclusão

A Constituição é o lócus hermenêutico do Direito; é o “lugar” a partir do qual se define a amplitude dos significados possíveis dos preceitos jurídicos infraconstitucionais. Isso não poderá ser de maneira diferente face à afirmação do Constitucionalismo moderno como modo de regulamentação da convivência política, bem como da consagração do princípio da supremacia constitucional.

O Constitucionalismo é a aposta da modernidade na possibilidade humana de uma vivência em conjunto que não seja fruto da submissão determinista, mas do reconhecimento racional, cuja criação mais importante é a idéia de Constituição como documento escrito disciplinador do poder e da autoridade e, por isso, garantidor do espaço de liberdade, tanto privada quanto pública.

Não é mais possível estabelecer diferenças entre o fazer hermenêutico em relação às leis infraconstitucionais e em relação aos preceitos constitucionais. Toda compreensão, interpretação e aplicação – que são momentos conexos de preceitos legais são simultaneamente compreensão, interpretação e aplicação de preceitos constitucionais, ainda que indiretamente. Convém, portanto, redefinir o relacionamento entre a chamada Hermenêutica Constitucional e a Hermenêutica Jurídica clássica, sabendo-se que as discussões originais quanto às peculiaridades daquela vieram a lume após a afirmação do referido princípio da supremacia como uma contribuição importantíssima e original do Direito Constitucional.

No âmbito do fazer hermenêutico, o desafio manifesta-se pela queda do mito da lei como único sinônimo de norma (em um sentido tradicional). Com as chamadas correntes pós-positivistas, os princípios, sobretudo constitucionais, atingem o patamar de juridicidade, figurando, ao lado das regras, como espécie de preceito jurídico dotado de um comando obrigatório de validade binária. A diferença essencial é que as regras disciplinam a sua situação de aplicação e os princípios não. Em verdade, toda aplicação no Direito demanda um juízo de adequabilidade a fim de definir qual o conjunto normativo que, respeitando o dever de coerência, deve regular o problema concreto.

O Constitucionalismo representa a transposição para o plano jurídico do projeto de emancipação da modernidade. As Constituições modernas têm o propósito de estabelecer e efetivar certos parâmetros de justiça, sendo os direitos fundamentais, nesse contexto, o instrumento por excelência de implementação dos valores Constitucionais.

Em função disso, é relevante a indagação de Canotilho citado por Guerra Filho:

A idéia de eficácia direta dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua, de certo modo, o projeto da modernidade: modelar a sociedade civil segundo os valores da razão, justiça e progresso do Iluminismo. Este código de leitura – pergunta-se não estará irremediavelmente comprometido pelas concepções múltiplas e débeis da pós-modernidade? (CANOTILHO *apud* GUERRA FILHO, 2001, p.108).

A pergunta colocada pelo mestre português é relevante, porque é intuitivo que a noção de eficácia dos direitos fundamentais apresenta-se, de certa forma, em descompasso com o paradigma emergente da pós-modernidade. Esta, representa a superação ou o questionamento de alguns dogmas fundamentais do pensamento moderno, tais como: a) o poder da razão; b) a capacidade de autodeterminação das pessoas; c) o caráter linear e progressivo da história; e d) a existência de padrões éticos universais. O paradigma pós-moderno - cuja identificação ainda é imprecisa e incipiente – prestigia a fragmentação e a diferença, mostrando-se, sob esse prisma, incompatível com a idéia de que certos parâmetros morais de conduta possam limitar a liberdade das pessoas na esfera privada.

A Concepção de restrição de um direito, a partir de uma teoria externa, adequada à concepção principiológica dos direitos fundamentais, sugere a suposição de que existem duas coisas distintas: o direito e suas restrições, estabelecendo-se entre estes dois elementos uma relação especial, qual seja, a da restrição. Esta relação não é indispensável à existência dos direitos fundamentais, mas decorre de uma necessidade externa ao direito, a de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos, como também os direitos individuais e dos bens coletivos.

Ou seja, *prima facie* os direitos fundamentais são dotados de cláusula de maximização, não lhe sendo intrínseca a possibilidade restritiva, a qual somente

ocorrerá a posteriori, quando da compatibilização concreta dos diferentes direitos individuais e coletivos agasalhados pela Constituição.

As restrições aos direitos fundamentais encontram adequada solução no âmbito de uma teoria dos princípios. A possibilidade teórica das restrições é inafastável, uma vez que os direitos convivem entre si numa sociedade democrática, estabelecendo limitações que têm por objetivo a harmonização das posições jurídicas. A solução de conflitos entre princípios resolve-se no campo do peso, ou seja, no caso concreto deve prevalecer o princípio que melhor resolve o problema proposto, a partir da regra da ponderação. A escolha de um princípio em detrimento de outro não implica decretar-se a invalidade do princípio preterido, mas importa a conclusão de que um princípio, naquelas situações, resolve melhor o conflito, sendo que outra pode ser a solução em se alterando as condicionantes concretas. O conflito entre regras jurídicas somente pode ser resolvido no campo da validade: ou a regra jurídica vale e deve ser aplicada, ou não possui validade e deve ser afastada, resolvendo-se a questão a partir das regras de solução de antinomias jurídicas.

A partir do estudo de diversos precedentes judiciais, exarados em diversas áreas do Direito, pôde-se concluir que o Supremo Tribunal Federal utiliza amplamente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como cláusulas de controle das atividades restritivas aos direitos fundamentais. Não se conseguiu perceber nas decisões pesquisadas uma precisão conceitual da Suprema Corte no que se refere a esses dois princípios, sendo possível concluir que ambos os conceitos são utilizados como sendo detentores do mesmo conteúdo teórico.

Para finalizar, podemos ainda dizer que ter consciência das diversas dificuldades que implicam lutar por uma arejada interpretação Constitucional aliada a implementação dos Direitos Fundamentais na nova ordem mundial, e em especial no Brasil, é um grande primeiro passo para que os operadores do direito consigam superar as barreiras políticas, culturais e jurídicas que se põem, historicamente, em sua formação profissional, para que consigam depreender, da significação e finalidades destes direitos, a inteligência de que a garantia de sua vigência não pode limitar-se à possibilidade do exercício de pretensões por parte, exclusivamente da cidadania, mas que é fundamental que seja assumida, também e primordialmente, pelo Estado, de forma ativa e interveniente como prega Canotilho.

Por conseguinte, partindo do pressuposto de que todos os Poderes Estatais se submetem à Constituição, podemos concluir que é papel dos novos operadores do direito fazer com que se observem normas e direitos constitucionais e internacionais que requerem, ora por suas ambigüidades de formulação, ora por insuficiência de indicação de responsabilidades, uma reflexão e revisão dos seus significados e sentidos.

Desta maneira, não podem os operadores do Direito furtarem-se à persecução da efetividade dos Direitos Fundamentais, obrigando-se a decidir, no caso concreto, a favor destes direitos, ainda que inexista a requisitada mediação do legislador ou da Administração Pública; ainda que se trate de norma dita programática ou não-exeqüível, do ponto de vista dogmático e conservador da sua aplicabilidade, sob pena de sua ineficiência conduzir a um agravamento ainda maior da crise de legitimidade em que se encontram as instituições públicas.

Assim, resgatar e atualizar a idéia revolucionária do Constitucionalismo, em especial da Constituição Dirigente de Gomes Canotilho, enquanto conquistas civilizatórias universais, é fundamental para podermos reflexiva e criticamente nos apropriar das especificidades de nossa própria história institucional e contribuirmos efetiva e reconstrutivamente para o processo de consolidação da cidadania do povo brasileiro e do cidadão universal.

7

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista do Direito Administrativo**, São Paulo, n. 215, p. 151-179, 1999.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOCKENFÖRDE, Ernst W. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução de Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menendez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad. Externado de Colômbia, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico**. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1997.

CAMPO, Javier Jiménez. **Derechos fundamentales: concepto y garantías**. Madrid: Trotta, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 38, p. 26-27, 1962.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CLARK, Giovani. **O município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

COOLEY, Thomas. **Constitutional limitations**. Boston: Little Brown, 1980.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DANTAS, IVO. **Pensamento constitucional brasileiro**. Recife: UFPE, 1981.

DINIZ, Márcio. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1988.

DUVERGER, Maurice. **Introducción a la política**. Tradução de Jorge Esteban 10. ed. Barcelona: Ariel, 1990.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelsom Nogueira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Geffersom Luís Camargo São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACCHIN, L.E. Um acórdão de acordo com Viehweg. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 12, p.184, 1990.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Porto Alegre: Globo, 1979. 2v.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de direitos** : a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 6. ed. São Paulo Saraiva, 1997.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FROSINI, Vittorio. **Teoria de la interpretación jurídica**. Bogotá: Editorial Temis, 1991.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3.ed. Madri: Civitas, 1985.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. 204 p.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRAU, Eros Roberto. Prefácio. In: FREITAS, J. **Interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995, p.12.

GRAU, Eros Roberto. Quem tem medo dos Juízes (na democracia)! **Justiça e Democracia**, São Paulo: RT, v.1, p.101-111, 1996,

GUERRA FILHO, Willis, Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. **Doxa**, n. 17-18, 1995.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** : a sociedade dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre.Sérgio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

HECK, Luis Afonso. Hermenêutica da constituição econômica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 13, jan./jun. 1992.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

HORWITZ, Morton J. **The constitution of change**: legal fundamentality without fundamentalism. Harvard Law Review, 1993.

IANNI, Octávio A política mudou de lugar. In: IANNI, Octávio (Org.). **Desafios da globalização**. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

IANNI, Octávio. **Estado e capitalismo**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

LACERDA, Paulo. **Princípios de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Azevedo, 1912. 2v.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Luciano Ferreira, **Discrecionariedade administrativa e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Poder constituinte reformador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MATTEUCCI, Nicola; BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 6. ed. Brasília: Unb, 1994. v. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G.G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. t.4.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MÜLLER, F. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2.ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

PACHECO, Cláudio. **Tratado das constituições brasileiras**. São Paulo: Freitas Bastos, 1958.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**: uma introdução à hermenêutica sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PECES-BARBA, Gregório Martinez. **Curso de derechos fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

PEREZ LUNO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1999.

PEREZ LUNO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

PIZARRO, Patrícia Ulson . Interpretação constitucional: o método hermenêutico concretizante. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n 17, out.dez.2006, p.78.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Introducción al estudio del derecho**. Cidade do México: Ponuá, 1996.

RIBEIRO, Flávia. **A constituição e a realidade brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ROBLES, Gregório. **Epistemologia y derecho**. Madrid: Civitas, 1982.

ROTHENBURG, Walter C. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica arte e técnica da interpretação**. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 1999.

SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. **La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos**. Buenos Aires: La Ley, 2000.

SGARBI, Adrian; **Clássicos de Teória do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais. São Paulo: a.91, v 798, p. 23-50, abr., 2002.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1985.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de derecho político**. Madrid: Tecnos , 1997. v.1.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Madrid: Taurus. 1986.

VIGO, Rodolfo. **Interpretación constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perot, 1993.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Derechos fundamentales. In: REYES, Manuel Aragon (coord.). **Temas básicos de derecho Constitucionais: tribunal constitucional y derechos fundamentales** . Madrid: Civitas, 2001.