

**PARA UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

David Wilson de Abreu Pardo,

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM
CIÊNCIAS HUMANAS - ESPECIALIDADE DIREITO**

Orientador: Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski

FLORIANÓPOLIS

1998.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A dissertação: PARA UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME OS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

elaborada por DAVID WILSON DE ABREU PARDO

**foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, sendo julgada
adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO**

Florianópolis, 09 de novembro de 1998.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski - Presidente

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer

Prof. Dr. Sérgio U. Cademartori

Professor Orientador:

Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski



Handwritten signature of Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski, written in black ink over a horizontal line.

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Ubaldo César Balthazar



Handwritten signature of Prof. Dr. Ubaldo César Balthazar, written in black ink over a horizontal line.

AGRADECIMENTOS

Para **Roselha**, que afetivamente tornou possível enfrentar os primeiros passos de um *novo mundo*.

Aos meus pais, **Napoleão** e **Dorilda**, pelos ensinamentos e carinho, bem como aos meus irmãos, **Milcíades** e **Sandra**, pelas palavras de incentivo e encorajamento.

Ao **Sérgio Patchoulli** e ao **João Veras**, artistas verdadeiros e os *primeiros momentos* de uma prática pública de reflexão, da qual sou devedor.

Ao Prof. Dr. **Sílvio Dobrowolski**, orientador criterioso, cujo sincero envolvimento com a Teoria Constitucional marcou minha própria decisão de incursionar na disciplina.

Aos Professores Dr. **Antônio Carlos Wolkmer** e Dr. **Sérgio U. Cademartori**, pelas observações e indispensáveis correções ao resultado da pesquisa.

Agradeço ainda o estímulo daqueles que fizeram comigo o mesmo caminho, nesse período, especialmente ao **Carlos, Rodrigo, Hugo, Magda, Osmar, Carla, Karine** e **Quitéria**.

Não poderia deixar de registrar meu débito com os **colegas da Procuradoria Jurídica da Universidade Federal do Acre**, na pessoa de sua titular, Dra. **Irene Leitão Cardozo**.

À **CAPES**, pelos recursos necessários à realização da pesquisa.

Ao **CPGD/UFSC**, cujos integrantes e servidores são responsáveis por um importantíssimo espaço público acadêmico, bem como à **UFAC**, que através da Coordenadoria de Apoio à Pós-Graduação sempre incentivou a *aventura* de ir *tão longe*, a fim do aprimoramento intelectual.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo o estudo dos direitos fundamentais, no sentido de mostrar que a sua inscrição na estrutura normativa do Estado Constitucional implica interpretações e aplicações judiciais do direito explicitamente conformadas por eles. O estudo é dividido em três capítulos, além das obrigatórias introdução e considerações finais. O capítulo inicial trata da teoria geral dos direitos fundamentais, no qual se aborda o seu conceito, fundamentação, relação com a cidadania e positivação. No segundo, estuda-se a teoria jurídica dos direitos fundamentais, abordando o tema da classificação das normas constitucionais, do conceito de normas de direito fundamental, sua estrutura e posição preponderante no sistema jurídico. No último capítulo, trata-se da interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais, temas nos quais se permite examinar especificamente a proposta de uma interpretação conforme os direitos fundamentais. Este mesmo capítulo é iniciado com o inventário dos conceitos mais relevantes da nova hermenêutica filosófica e uma aplicação sua no âmbito da teoria jurídica, pois eles repercutem em diversas questões relacionadas à própria interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais.

RESUMEN

La presente disertación tiene por objetivo un estudio de los derechos fundamentales, en el sentido de mostrar que su inscripción en la estructura normativa del Estado Constitucional implica en interpretaciones y aplicaciones judiciales del derecho explícitamente conformadas por ellos. Siendo así, este estudio es dividido en tres capítulos exceptuando la introducción y consideraciones finales. El capítulo inicial pone su atención en la teoría general de los derechos fundamentales, que trata de su concepto, su fundamentación, su relación con la ciudadanía y su positivación. En el segundo se estudia la teoría jurídica de los derechos fundamentales, cuidando el tema de la clasificación de las normas constitucionales, del concepto de las normas del derecho fundamental, su estructura y posición preponderante en el sistema jurídico. En el último capítulo se estudia la interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales, temas en los cuales se permite examinar específicamente la propuesta de una interpretación conforme los derechos fundamentales. Este mismo capítulo comienza con el inventario de los conceptos más relevantes de la nueva hermenéutica filosófica y una aplicación suya en el ámbito de la teoría jurídica, puesto que ellos repercuten en diversas cuestiones relativas a la propia interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 08 |
| I - A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 15 |
| 1. Os direitos fundamentais e o constitucionalismo moderno | 15 |
| 2. O conceito de direitos fundamentais | 21 |
| 3. O problema da fundamentação dos direitos humanos | 28 |
| 3.1. A fundamentação racionalista dos direitos | 29 |
| 3.1.1. Os direitos humanos em John Locke | 31 |
| 3.1.2. A moral kantiana e os direitos humanos | 33 |
| 3.1.3. As liberdades na Teoria da Justiça de John Rawls | 38 |
| 3.1.4. Ronald Dworkin e a tese dos direitos morais | 44 |
| 3.2. As concepções históricas dos direitos humanos | 47 |
| 3.2.1. A teoria das necessidades como fundamentação dos direitos humanos | 50 |
| 3.2.2. A teoria do discurso e os direitos humanos | 56 |
| 4. A evolução dos direitos fundamentais | 61 |
| 5. Direitos fundamentais, cidadania e pluralismo jurídico | 67 |
| 6. Conseqüências da constitucionalização dos direitos fundamentais..... | 74 |
| II - A TEORIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 82 |
| 1. A classificação das normas constitucionais | 82 |
| 1.1. A clássica doutrina norte-americana | 83 |
| 1.2. A classificação de José Afonso da Silva | 85 |
| 1.3. A versão de Maria Helena Diniz | 88 |
| 1.4. A classificação de J. H. Meirelles Teixeira | 89 |
| 1.5. Outras classificações, do ponto de vista do cidadão | 90 |
| 1.6. Crítica às tradicionais classificações das normas constitucionais | 93 |

| | |
|---|-----|
| 2. O conceito de norma de direito fundamental | 96 |
| 3. Regras e princípios: duas espécies de normas | 101 |
| 3.1. O duplo caráter das normas de direito fundamental | 105 |
| 3.2. A equivalência jurídica dos diversos direitos fundamentais | 107 |
| 3.3. Conflito de regras e colisão de princípios | 114 |
| 3.4. A relação entre princípios e valores | 119 |
| 4. A Constituição como um sistema normativo aberto de regras e princípios | 121 |
| 5. Os direitos fundamentais e o sistema jurídico | 126 |

III - UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME OS DIREITOS FUNDAMENTAIS . 136

| | |
|--|-----|
| 1. Fundamentos de hermenêutica filosófica e jurídica: considerações sobre a compreensão, a interpretação e a aplicação | 136 |
| 1.1. O paradigma hermenêutico-crítico do direito: a guinada interpretativa na teoria jurídica de Ronald Dworkin | 143 |
| 2. A interpretação da Constituição | 147 |
| 2.1. Princípios da interpretação da Constituição | 152 |
| 3. O caráter tópico-retórico da interpretação da Constituição | 153 |
| 4. A interpretação aberta da Constituição..... | 158 |
| 5. A interpretação dos direitos fundamentais | 162 |
| 6. A interpretação conforme os direitos fundamentais | 173 |
| 6.1. A interpretação sistemática do direito | 183 |
| 6.2. A interpretação construtiva do direito e os princípios jusfundamentais | 186 |
| 7. Objeções contra uma interpretação conforme os direitos fundamentais | 189 |

CONSIDERAÇÕES FINAIS

203

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

213

INTRODUÇÃO

Pietro BARCELLONA afirma que se escreve o prefácio quando, terminado o trabalho, relendo-o, constata-se na verdade que nem tudo foi dito. “O prefácio é a consciência do intento que moveu a reflexão e que se adquire ‘ex post’: por isso, o prefácio é um esclarecimento e um início”¹. Afora razões estritamente metodológicas, esta a verdadeira razão de ser da introdução: esclarecer o motivo que impeliu a reflexão no sentido disposto no texto.

Realizar, no Brasil, uma pesquisa sobre os direitos fundamentais da pessoa parece ter justificativa auto-evidente. Isso porque a permanente violação dos direitos humanos, do modo como se conhece publicamente, constitui um verdadeiro desafio para a consolidação do Estado Democrático de Direito que se pretende². É bem verdade que em torno do tema já se observa não só a elaboração de estudos teóricos, mas também a existência de acontecimentos sociais que indicam que o desafio está sendo encarado com seriedade. Assim, alguns episódios recentes são sintomáticos, pois retratam com perfeição que os elementos que se destinam a garantir uma convivência democrática começam a ser concretamente exigidos pela sociedade.

¹ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*, 1995, p. 9.

² Sobre esse aspecto, cf. LEAL, Rogério Gesta. *Direito humanos no Brasil: desafios à democracia*, 1997, cujo cap. III trata da violação dos Direitos Humanos no Brasil e as condições e possibilidades do Estado Democrático de Direito.

No ano de 1995, por exemplo, quando se iniciou o processo de reforma constitucional idealizado pelo novo Governo, as televisões de todo o País mostraram a seguinte cena: um cidadão, envolto na Bandeira Nacional, protestava sozinho, em frente ao Parlamento, contra a supressão de muitos direitos trabalhistas e sociais, acarretada pela reforma. Os seguranças do Congresso tentaram retirar o cidadão do local, cumprindo ordens. Empunhando uma cópia da Constituição Federal de 1988, a pessoa argumentou, confiante: “Tenho direito à liberdade de expressão, está escrito aqui, não estou fazendo nada que a lei proíba! Exerço minha cidadania...” Continuou o protesto.

Outro episódio que merece registro ocorreu quando da discussão, no Congresso Nacional, do projeto de lei que iria regulamentar a união civil dos homossexuais. Os políticos conservadores, contrários à aprovação do projeto, bradavam que a proposta feria a moral e os bons costumes da sociedade brasileira, bem como atentava contra a “lei da natureza”. Por sua vez, os grupos e movimentos de defesa dos direitos dos homossexuais, de novo argumentando em cima da Constituição, questionavam: “E a igualdade, como fica?! Todos somos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza! Contra a discriminação...”

Mais recentemente, um dos líderes do Movimento dos Sem Terra (MST), movimento social que luta pela reforma agrária e, portanto, pela concretização de um direito constitucionalmente garantido, exortou os “miseráveis” da sociedade brasileira a invadir imóveis urbanos desocupados e a acampar em frente aos supermercados. A declaração gerou grande controvérsia política e jurídica, dando inclusive início a um procedimento de persecução criminal contra seu autor, por suposta incitação pública ao crime. Em seus esclarecimentos, através da imprensa, o líder do MST afirmou, em termos parecidos a esses:

“Está escrito na Constituição que nós temos direito à dignidade! Passar fome e não ter onde morar atenta contra a dignidade da pessoa humana!”

Dignidade, liberdade e igualdade passam a ser exigidos como valores que concretizam o ideal democrático. Esses valores, bem como sua tradução normativa, que são os direitos fundamentais, parecem se constituir no referencial de justiça de uma comunidade política. Em cima deles é travada a discussão e as disputas que ocorrem no espaço público democrático. De que forma eles estão presentes na atividade judicial, que é uma das funções do Estado Democrático de Direito? Até que ponto a atividade judicial deve se fundamentar nos valores fundamentais assumidos por uma comunidade através da Constituição?

A questão que se coloca inicialmente é a de saber como os direitos fundamentais, assim como se encontram inscritos na estrutura normativa do Estado Constitucional de Direito, implicam a vinculação da atividade judicial de aplicação do direito. E o problema não é elaborado só no nível puramente abstrato, pois, na verdade, indagar-se a respeito da influência dos direitos fundamentais na atividade judicial decorre da observação de experiências concretas: a constatação de que juízes e tribunais raramente fundamentam suas decisões nos valores que são veiculados através dos direitos fundamentais, contraditoriamente passando ao largo do conjunto de elementos materiais que definem o próprio conceito de democracia e cidadania.

De fato, muitas vezes o que ocorre é que a aplicação da justiça flagrantemente viola os mais fundamentais direitos humanos, na pertinente observação de José Eduardo FARIA³, especialmente se são direitos que exigem uma redefinição de textos

³ FARIA, José Eduardo. *O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*, 1994, p. 99-101.

legais incompatíveis com a idéia de justiça social. É inaceitável que, não obstante o extenso rol de direitos individuais, políticos, sociais, culturais, econômicos etc., cuja implicação é a de definir o Estado brasileiro, ao menos juridicamente, como um Estado social e democrático de Direito, a aplicação do direito continue a configurar um simples procedimento lógico-formal de caráter positivista-legalista, que pretende assegurar só a segurança e certeza jurídicas.

As inquietações que levaram à execução da pesquisa, antes de serem centralizadas na busca de saber se há um motivo para que os direitos fundamentais não sejam levados em conta na aplicação da justiça, referem-se à necessidade de coligir argumentos que tornam válida uma interpretação conforme os direitos fundamentais. Trata-se de tentar demonstrar que esse método de interpretação e aplicação do direito configura exigência de justiça em um Estado Constitucional de Direito, que apresenta como fundamento de sua legitimidade a garantia e concretização dos direitos fundamentais da pessoa.

A hipótese central é a de que os direitos fundamentais garantidos pela Constituição de um Estado social e democrático de Direito vinculam todos os poderes, implicando sua obrigatória consideração em qualquer ato de aplicação da justiça. Isso acontece especialmente porque os direitos fundamentais, na sua forma jurídico-positiva, manifestam-se como princípios. Mas, para verificar a validade dessa proposição é necessário percorrer um extenso caminho, que começa pela investigação da própria importância dos direitos fundamentais, passa pelo estudo de sua inscrição jurídico-positiva e chega ao tema de sua interpretação.

O trabalho é estruturado, então, em três capítulos. O primeiro trata da teoria geral dos direitos fundamentais, que aborda o seu conceito, fundamentação, relação com a cidadania e positivação. No segundo, estuda-se a teoria jurídica dos direitos fundamentais, cujos objetos são o tema da classificação das normas constitucionais, o

conceito de normas de direito fundamental, sua estrutura e posição preponderante no sistema jurídico. No capítulo final, cuida-se da interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais, estudo que começa com o inventário dos conceitos mais relevantes da nova hermenêutica filosófica e uma aplicação sua no âmbito da teoria jurídica.

Em todos esses momentos, o que se busca são argumentos capazes de demonstrar a tese mencionada. Ou seja, todos esses pontos se justificam na medida em que são tomados como partes necessárias para resolver o problema maior. São metodologicamente delimitados em função do objetivo central da pesquisa, que é demonstrar a validade uma interpretação iudicial explicitamente conformada pelos direitos fundamentais. Por isso é que convém iniciar demonstrando a originária relação entre o advento do constitucionalismo moderno e o tema dos direitos do homem. Iniciar a abordagem dessa maneira se justifica basicamente por aquela razão metodológica: demarcar o âmbito da pesquisa, que levará em conta precipuamente os direitos do homem como eles se encontram inseridos na estrutura normativa do Estado Constitucional. Como decorrência, ficam igualmente delimitadas as abordagens do trabalho, frente aos abrangentes aspectos que envolvem a temática dos direitos do homem. Assim, por exemplo, quando se comentar o problema relativo à evolução histórica dos direitos, ter-se-á como ponto de partida o momento de afirmação da liberdade pelos revolucionários do século XVIII, deixando-se de abordar suas origens gregas e tomistas⁴.

Nesse passo, convém realçar que a teoria dos princípios é adotada como o principal marco teórico do trabalho. O núcleo fundamental da pesquisa é construído, portanto, no segundo capítulo, que contém o estudo da teoria jurídica dos direitos fundamentais. Importa discutir os direitos fundamentais como princípios, pois assim fazendo

⁴ Para essa visão abrangente, cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. *Direitos humanos: evolução histórica*, 1992.

torna-se possível solucionar satisfatoriamente diversos problemas relacionados a sua configuração normativo-constitucional. Entendidos como mandados de otimização, os princípios levam o direito para além dos rígidos conceitos elaborados pelo dogmatismo jurídico e suas fórmulas legalistas e positivistas. Especialmente fundada na teoria jurídica mais contemporânea, no seu nível pragmático⁵, a teoria dos princípios expressa uma concepção mais democrática do direito e da sociedade, pois ressalta o seu caráter argumentativo, tópico-retórico, possibilitando a participação dos agentes societários na construção do discurso jurídico decisório.

Por outro lado, a fundamentação central do trabalho na teoria dos princípios não acarreta a desconsideração dos aspectos éticos, políticos e sociológicos dos direitos fundamentais, pois uma abordagem que não se queira simplesmente dogmática haverá de ser realizada na perspectiva da interdisciplinariedade, principalmente se se leva em conta que uma determinada filosofia jurídico-política que fundamenta os direitos do homem acaba refletindo na sua própria interpretação, como salienta Antônio Enrique PÉREZ-LUÑO⁶. Assim, o primeiro capítulo tem como objetivo maior justamente discutir os aspectos que compõem a teoria geral dos direitos fundamentais, a fim de realçar o papel que eles desempenham no mundo moderno. Assim fazendo, será visto que a fundamentação filosófica dos direitos humanos através da teoria das necessidades não é incompatível com a teoria dos princípios, no nível jurídico-normativo, podendo ser feita uma complementação entre ambas, a fim de ser alcançada uma compreensão adequada do problema.

Finalmente, deve-se dizer que os elementos que compõem o trabalho foram coligidos através de ampla pesquisa bibliográfica, através da qual foram consultadas

⁵ Cf. ROCHA, Leonel Severo. *Direito, complexidade e risco*, 1994, p. 02.

⁶ Cf. PÉREZ-LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*, 1994, p. 296.

obras de diversas áreas do conhecimento humano: Teoria e Direito Constitucionais, Teoria e Filosofia do Direito, Filosofia Moral e Política e Sociologia Política. De maneira que cabe afirmar mais uma vez que o presente estudo foi realizado na perspectiva da interdisciplinariedade, exigência inafastável para aqueles que lidam com o tema dos direitos humanos. Obviamente que a abordagem privilegiada é a da Teoria Constitucional, mas as outras áreas se fazem sentir acentuadamente. Por sua vez, a incursão no Direito Constitucional ocorre através da referência ao ordenamento constitucional brasileiro, sempre que isso se torna relevante para o melhor desenvolvimento da pesquisa.

Capítulo I

A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Os direitos fundamentais e o constitucionalismo moderno

No seu tempo, Aristóteles define a Constituição como sendo “a ordem ou distribuição dos poderes que existem num Estado, isto é, a maneira como eles são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil”¹. Essa definição, que tem muita influência até o início da era moderna, toma a Constituição de modo muito largo, equiparando-a ao Estado tal como este de fato é, ou seja, não leva em conta o elemento normativo que hoje em dia permite considerá-la uma lei, a *Lex Fundamentalis*. Para os gregos antigos o seu sentido é puramente descritivo, compreensivo, de acordo com uma analogia com o organismo humano².

¹ ARISTÓTELES. *A Política*, 1991, p. 132.

² Para uma ampla e bem fundamentada visão a respeito da evolução do conceito de Constituição, desde os tempos antigos até a modernidade, ver McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antigo y moderno*, 1991. Paradoxalmente, é interessante notar que o pensador dos *tempos modernos*, se assim se pode chamar HEGEL, apresenta um conceito também institucional de Constituição. Uma concepção não formal, não normativa e não valorativa. Seu conceito está relacionado com a concepção orgânica de Estado, sendo, portanto, a organização do todo, ou seja, “a forma específica em que as várias partes que compõem um povo são chamadas a cooperar, ainda que desigualmente, para um único fim, que é o fim superior do Estado, diferente do fim dos indivíduos singulares”. Cf. BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, estado*, 1995, p. 99. Na p. 97, afirma: “não há nada mais alheio ao pensamento político de Hegel do que o ideal do

Somente na transição para a sociedade moderna opera-se uma modificação no uso lingüístico em relação ao conceito de Constituição, conforme pondera Marcelo NEVES, surgindo, no quadro das renovações burguesas dos fins do século XVII, o “constitucionalismo moderno, cuja semântica aponta tanto para o *sentido normativo* quanto para a *função ‘constituente de poder’* abrangente e ‘universal’ da Constituição”³.

O constitucionalismo é um dos elementos centrais do projeto moderno, em nível jurídico-político. Esse projeto, na lição de Jürgen HABERMAS, tal como foi formulado pelos iluministas do século XVIII, consiste precisamente em “desenvolver, de maneira imperturbável, as ciências objetivas, a base universalista da moral e do direito, e a arte autônoma, respeitando as perspectivas lógicas, revelando os potenciais cognitivos, que vão se acumulando, liberando-os de suas formas esotéricas, para utilizá-los na práxis, ou seja, para uma estruturação racional das condições de vida”⁴. Por sua vez, o fenômeno da racionalização, mencionado no final da passagem, é o tom marcante do novo período histórico. Indica, para Max Weber, “uma forma de organização da vida social segundo a qual as relações humanas entre si e destas com seu meio resultem diferenciadas e coordenadas ao ponto de ganhar previsibilidade quanto aos efeitos dos meios empregados para consecução de fins almejados”⁵.

Ao invés da justificativa de caráter teológico, legitimadora do Estado absolutista, o jusnaturalismo revolucionário do século XVIII, de cunho racionalista, fundado na doutrina contratualista de Hobbes, Locke e Rousseau, pronuncia o caráter laico do Estado, que se torna, então, uma construção convencional dos indivíduos. O homem, e não mais o

constitucionalismo, isto é, do Estado limitado pelo direito ou, em outros termos, do Estado fundado na *rule of law*, no sentido anglo-saxão da expressão”.

³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, 1994, p. 55.

⁴ HABERMAS, Jürgen *apud* FREITAG, Bárbara. *Habermas e a filosofia da modernidade*, 1993, p. 42.

Além, passa a ser o referencial competente para explicação de todo o poder na sociedade. A tese do contrato social explica não somente a fonte do poder soberano, mas a própria origem da Sociedade, do Estado e do Direito. O princípio da soberania popular, de origem contratualista, traz a idéia de que os homens podem organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua vontade e razão.

Nesse contexto, a Constituição moderna responde aos reclamos da nova época. Antes de mais nada, porque a própria idéia do contrato social parece integrar-se à história, através da teoria do poder constituinte⁶. Emmanuel Joseph SIEYÈS, elaborador primeiro dessa teoria, na clássica obra sobre o Terceiro Estado, pronuncia peremptoriamente que só a nação tem direito de fazer a Constituição⁷.

Mas não só. Através da afirmação dos princípios do poder soberano, soberania nacional e, finalmente, soberania popular, característicos dos tempos modernos, ocorre a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito, que apresenta uma preocupação fundamental: a limitação da autoridade governante. A melhor resposta a esse problema é traduzida na doutrina da separação dos poderes⁸ e na declaração dos direitos do homem, por uma Constituição escrita, documento solenemente elaborado e que tem força jurídico-normativa. A esse respeito, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, expressamente dispõe, no seu artigo 16, que uma sociedade que não assegura a garantia dos direitos e na qual a separação de poderes não é determinada não tem uma Constituição,

⁵ ARGÜELLO, Kátie. *Modernidade e racionalidade do direito constitucional*, 1994, p. 46.

⁶ Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*, 1992, p. 124.

⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Que é o terceiro estado?*, 1986, p. 113.

⁸ MONTESQUIEU, *Espírito das leis*, 1993, p. 172, é categórico, no que se refere à necessidade de separação dos poderes para salvaguarda da liberdade do cidadão frente ao governo: "Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo".

estabelecendo, de acordo com as lições de Carl SCHMITT, o conceito ideal de Constituição dos tempos modernos⁹.

O constitucionalismo moderno surge, pois, no bojo do projeto da modernidade, a fim de que sejam afirmados juridicamente os direitos inerentes à pessoa, salvaguardando-os dos abusos do poder. De acordo com o paradigma do direito natural de cunho racionalista, são proclamados direitos inatos ao homem, somente pelo fato de ser homem, dotado de razão. O perfil de universalidade desses direitos, como questão elementar do pensamento político da época, vê-se definitivamente garantido com a instituição de um pacto fundador e regulador das estruturas sociais e políticas de coexistência, ou seja, através da Constituição. Esta surge, no seu sentido moderno, em função dos direitos do homem e justamente para garanti-los.

Na lição de José Joaquim Gomes CANOTILHO, a Constituição é, em vista dos reclamos de racionalidade da nova época, diretamente consonante com as pretensões da modernidade e do sujeito moderno, significando que os homens são capazes de construir um projeto racional, condensando as idéias básicas desse projeto num pacto fundador, que rege normativamente as estruturas jurídico-políticas da sociedade, estabelece a divisão de poderes e institui os direitos inerentes à pessoa humana. Trata-se de uma “idéia indissociável da idéia de subjectividade projectante, ou, se se preferir, da idéia de razão iluminante ou/e iluminista”¹⁰.

A partir dessas observações, o autor português define a Constituição como “uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num

⁹ Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*, s.d., pp. 41 e ss.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 1995, p. 13. E continua, na mesma página: “Através de um documento escrito concebido como produto da razão que organiza o mundo, iluminando-o e

documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”¹¹.

O Estado de Direito assim constituído, melhor denominado de Estado Constitucional de Direito, por estar diretamente vinculado aos direitos do homem, por existir em função da sua instituição e garantia, sofre variações históricas conforme a evolução desses direitos. Revelado que o constitucionalismo moderno surge com a preocupação primordial de garantir juridicamente os direitos da pessoa humana, vê-se que esta, inicialmente, será tratada como uma pessoa transcendental, portadora de uma natureza tida como imutável e invariável, independente das condições objetivas de existência. Após, os direitos irão revelar-se como invenções humanas inseridas num processo histórico de conquistas políticas e vinculados à solução de problemas de convivência coletiva dentro de uma comunidade política¹². Ou seja, o constitucionalismo moderno passa por variações históricas, de acordo com a evolução dos direitos que garante, reforçando a tese da origem congênita entre a doutrina do constitucionalismo e a doutrina dos direitos fundamentais¹³.

Assim, pode-se afirmar com toda segurança que o elemento principal do constitucionalismo moderno, mais além da separação dos poderes, é a tutela dos direitos fundamentais, assim entendidos aqueles direitos do homem reconhecidos na *Lex Fundamentalis*, dando um sentido normativo às pretensões “que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”¹⁴. Daí a razão primeira para considerar a Constituição um

iluminando-se a si mesma, pretendia-se também converter a lei escrita (= lei constitucional) em instrumento jurídico de constituição da sociedade”.

¹¹ CANOTILHO, op. cit., p. 12.

¹² Cf. LAFER, Celso, op. cit., p. 147.

¹³ SALGADO, Joaquim Carlos. *Os direitos fundamentais*, 1996, p. 16, observa: “a história dos direitos fundamentais coincide com a história do constitucionalismo moderno”.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 1992, p. 32.

elemento normativo, como instrumento que juridicamente vincula todo e qualquer poder que se queira legítimo.

Ademais, se se leva em conta o outro fator mencionado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como indispensável à caracterização de uma verdadeira Constituição, o princípio da separação dos poderes, ele somente se justifica, na doutrina de Montesquieu, por ser uma técnica de limitação do poder, tendo em vista o respeito à liberdade. Esta, não por acaso, é o primeiro grande direito fundamental reivindicado pelos revolucionários do século XVIII, o primeiro grande valor a ser protegido através da garantia jurídica dos direitos da pessoa.

Os direitos fundamentais, considerados como os elementos determinantes do conceito moderno de Constituição, implicam, portanto, nunca é demais repisar, considerar esta como documento normativo que vincula os poderes estatais. Como matriz antropológica essencial do Estado Constitucional, fundando este no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, os direitos exigem considerar a Constituição como Lei Fundamental. Supera-se, dessa forma, o conceito dos antigos, pois estes confundiam o modo de organização do Estado, tal como este de fato é, com a Constituição. Há uma diferença fundamental nas duas concepções, como ficou explícito na argumentação e que se pode resumir assim: o pensamento moderno assume a juridicidade (sentido normativo) da Constituição, em vista, principalmente, da garantia jurídica dos direitos fundamentais; a definição antiga queda-se no mundo do ser, na tarefa descritiva do estado político da *polis*¹⁵.

2. O conceito de direitos fundamentais

Se até aqui se afirmou que os direitos fundamentais são os direitos da pessoa humana assim reconhecidos pela Lei Fundamental, é necessário observar que eles também são um invento independente das determinações do poder juridicamente estabelecido e, portanto, não se configuram como criação exclusiva do direito constitucional positivo. Se o constitucionalismo escrito encontra seu elemento fundante na garantia jurídico-positiva dos direitos da pessoa humana, estes, por sua vez, não se resumem àqueles escritos no catálogo constitucional, pois não são, repita-se, unicamente produção do direito positivo. A própria afirmação de que o constitucionalismo moderno realiza a garantia jurídica dos direitos fundamentais deixa claro que estes parecem existir previamente a essa proteção.

Isso não quer dizer que não constituam categoria do direito constitucional, pois a análise de sua influência no advento do constitucionalismo moderno ressalta a necessidade que as pessoas tiveram de inscrevê-los positivamente na Constituição. Ocorre que essa dupla implicação faz aparecer o caráter dualista dos direitos fundamentais e somente uma concepção que assuma essa dualidade dá conta do seu caráter bifronte, pois, na precisa lição de Luis PRIETO SANCHIS, eles constituem categoria jurídica do direito positivo e, ao mesmo tempo, encarnam valores custosamente elaborados desde a filosofia humanista, sobre os quais torna-se possível fazer observações morais¹⁶.

Quando se trata de conceituar os direitos fundamentais, transita-se, pois, em dois terrenos: um formal (circunscrito ao direito positivo) e outro, material (abrangendo

¹⁵ Cf. BARACHO, J. A. Oliveira. *Teoria geral do constitucionalismo*, 1986, p. 7. Na p. 15, o autor escreve: "A Constituição é algo normativo. A palavra Estado converte-se em uma ordenação jurídica que descansa na Constituição, como norma fundamental".

¹⁶ PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1994, pp. 17-18.

observações da filosofia prática em geral). Isso leva Jorge MIRANDA a falar em direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material, definindo-os como os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individualmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material¹⁷.

Se a essas ponderações se acrescenta a sua observação de que todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material, mas que há direitos fundamentais em sentido material para além daqueles, então se torna de obrigatoria abordagem o conceito não somente formal, sob pena de o estudo ficar incompleto.

Isso quer dizer que o conceito de direitos fundamentais deve levar em conta elementos que se encontram além da juridicidade positiva do Estado Constitucional, efetuando, sobretudo, considerações de ordem moral, política, ideológica, social e econômica, de acordo com as circunstâncias de cada época e lugar¹⁸. É o que se fará nesta seção, ressaltando que o aspecto formal será priorizado no momento de discorrer sobre a teoria jurídica dos direitos fundamentais.

Antes de tentar elaborar um conceito, é preciso enfrentar ainda outros problemas prévios. O primeiro diz respeito à questão da terminologia utilizada no trato dos direitos da pessoa humana. Já observou Paulo BONAVIDES que se tem visto o uso indiferente das expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais¹⁹. Parece não haver elementos definitivos para decidir sobre o uso de uma só das expressões. Mas, se não há critérios sólidos para distinguir de uma vez por todas esses termos, podendo

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional IV: direitos fundamentais*, 1993, p. 09.

¹⁸ Cf. MIRANDA, Jorge, op. cit., pp. 09-10.

ser empregados indistintamente, convém dar preferência ao último, que, desde a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, encontrou ampla aceitação. Isso por duas razões, na lição de HERRERA FLORES²⁰: 1) necessidade de superar o estreito marco oferecido pelo conceito de direitos públicos subjetivos dentro da nova configuração do Estado social; 2) exigência de articular o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado enquanto fundamento de toda a ordem jurídico-política.

O termo *fundamental* agregado a *direito* melhor expressa a função que hoje exercem os direitos do homem na legitimação da ordem jurídico-política estabelecida, sendo, justamente, seu principal *fundamento*. Representa igualmente melhor o *status* da norma que os agasalha, que é a norma fundamental²¹ de um dado ordenamento jurídico.

Todavia, deve ser dito que a expressão *direitos fundamentais* está mais próxima do conceito formal dos direitos da pessoa, pois, como já se disse, logrou êxito definitivo a partir de sua utilização na Lei Fundamental de Bonn, ou seja, por uma Constituição escrita. Não se quer afirmar que somente aí tenha aplicação, no conceito formal, mas é a ele que mais se aproxima.

Se a pretensão é alcançar um conceito mais abrangente, tipicamente material, deve-se fazer uso de toda a literatura sobre os direitos, quiçá sobre os direitos humanos, tipologia que no campo da filosofia prática parece ter mais êxito. As conclusões podem e devem ser levadas para o âmbito da terminologia *direitos fundamentais*, atitude que só enriquece o estudo. Portanto, serão utilizados, tanto no trabalho de conceituação dos

¹⁹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 1996, p. 514.

²⁰ Cf. HERRERA FLORES, Joaquim. *A propósito de la fundamentación de los derechos humanos y de la interpretación de los derechos fundamentales*, 1985, p. 182.

²¹ Em Kelsen, o conceito de norma fundamental tanto se refere a um postulado científico (norma pressuposta, do ponto de vista metodológico e epistemológico), quanto à Constituição, como norma de validade de determinada ordem jurídica estatal. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura o direito*, 1994, p. 215 e ss. e p. 246; *Teoria geral do direito e do estado*, 1992, p. 119 e ss.

direitos, quanto no de sua fundamentação, os estudos que utilizam termos diversos, desde que convenientes e compatíveis com as propostas da presente dissertação, mantendo-se a preferência, logicamente, pela expressão *direitos fundamentais*.

A segunda questão constitui, na verdade, uma advertência: quando se trata de conceituar os direitos humanos já se está, definitivamente, adentrando no problema de sua fundamentação. É que se faz uso de uma determinada concepção ao ser apresentada uma definição, seja ela jusnaturalista, positivista, historicista, crítica etc. Nesse sentido, PRIETO SANCHIS afirma que “cada um destes enfoques dá lugar a um conceito e a um catálogo de direitos humanos parcialmente distinto, e propiciam igualmente ensaios de fundamentação diferentes”²².

Desde um ponto de vista jurracionalista, característico de uma concepção liberal, que deu origem à história mesma dos direitos, estes serão, na essência, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado, constituindo o núcleo básico, iniludível e irrenunciável, do *status* básico do indivíduo²³.

Na concepção eminentemente histórica, que supera a estreita visão liberal, “os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”²⁴.

Para a moderna teoria da ação comunicativa, que se funda na ética do discurso, os direitos básicos são “os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do

²² PRIETO SANCHIS, op. cit., p. 23.

²³ Cf. BONAVIDES, Paulo, op. cit., citando Schmitt, p. 515 e SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José. *Algunas cuestiones de la teoría de los derechos fundamentales*, 1991, p. 88.

²⁴ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 32.

direito positivo”²⁵. São, por assim dizer, os direitos que tornam possível o processo de legitimação de novos direitos, através da constituição dos cidadãos como indivíduos livres e iguais.

Essa profusão de conceitos traz como consequência um prejuízo na precisão e clareza conceptual dos direitos fundamentais, que se torna, atualmente, um conceito tão difundido quanto confuso²⁶. Esta seria a razão para o uso frequentemente demagógico da expressão *direitos humanos*, bem como de sua vagueza teórica.

Apesar disso, deve-se admitir que há no conceito de direitos humanos um núcleo de certeza ou conteúdo mínimo geralmente reconhecido na comunidade lingüística que permite julgar os usos arbitrários da expressão, ao mesmo tempo em que se mantém uma “área bastante extensa de indeterminação apta a albergar distintas concepções que entendam os direitos desde perspectivas ideológicas diferentes”²⁷. Aquele conteúdo mínimo compreende dois elementos, um teleológico e outro funcional. De acordo com o primeiro, “os direitos se identificam com a tradução normativa dos valores de dignidade, liberdade e igualdade, como o veículo que nos últimos séculos pretende conduzir determinadas aspirações das pessoas desde o mundo da moralidade à órbita da legalidade”, enquanto o segundo significa que “os direitos assumem uma qualidade legitimadora do poder, erigindo-se em regras fundamentais para medir a justificação das formas de organização política e, portanto, para que estas se façam críveis à obediência voluntária dos cidadãos”²⁸.

²⁵ HABERMAS Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1997, p. 158-159.

²⁶ Cf. PRIETO SANCHIS, op. cit., p. 19. E acrescenta, à mesma página: “...parece que los derechos humanos se hallan sometidos a un abuso lingüístico que hace de ellos una bandera de colores imprecisos capaces de amparar ideologías de cualquier color”.

²⁷ PRIETO SANCHIS, *ibid.*, p. 19.

²⁸ PRIETO SANCHIS, *ibid.*, p. 20. Deve-se observar, ademais, que esses elementos podem ser encontrados nas mais diversas definições, explícita ou implicitamente. Veja-se o conceito elaborado por PECES-BARBA, *apud* PRIETO SANCHIS, *ibid.* p. 20: direitos que protegem o indivíduo no que se refere “a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo

Tirando proveito desses elementos, e através de uma definição analítica, os direitos fundamentais, ou direitos humanos, podem ser entendidos como aqueles direitos proclamados por uma comunidade política organizada para satisfação das necessidades ligadas ao reconhecimento dos valores da liberdade, igualdade e dignidade humanas, de acordo com as circunstâncias de cada época histórica e que, se devidamente reconhecidos na ordem jurídico-constitucional, operam a legitimidade do poder que sobre ela se assenta. Constituem ainda o conjunto de prerrogativas que identificam o conceito de cidadão. Desde já, como se observa, é assumido o caráter histórico dos direitos fundamentais.

É importante frisar que a introdução do termo *proclamação* serve para realçar a característica dos direitos como construções políticas dos indivíduos, em suas atividades tendentes à emancipação de qualquer forma de opressão. Os direitos são, antes de mais nada, produzidos e conquistados pelo próprio homem. Se adquirem relevância inegável no reconhecimento iurídico operado pelas declarações constitucionais, não se pode também negar, na lição de Claude LEFORT, que sua gênese dá-se através do processo de enunciação, pois é de sua essência serem declarados. Isso em função da impossibilidade de separar o enunciado da enunciação, já que ninguém pode ocupar o lugar, distante de todos, de onde teria autoridade para outorgar ou ratificar direitos²⁹.

Dessa lição extrai-se uma outra consequência de relevo, que se liga à exigência da historicidade dos direitos. Se o processo de enunciação é da essência dos direitos, então estes devem ser continuamente enunciados. Ou seja, a formulação de uma declaração serve de fundamento para que se processem novas enunciações, contemplando

integral como persona..."; o de PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 48: "...conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional y internacional".

²⁹ LEFORT, Claude, *Direitos do homem e política (A invenção democrática)*, 1987, p. 54.

circunstâncias históricas inteiramente diferentes. A inscrição jurídica dos direitos fundamentais, devidamente articulada numa tábua constitucional, força ou a sua reformulação ou a invenção de novos direitos, servindo de base referencial. Ou seja, além de operar a legitimidade do poder instituído, uma declaração constitucional de direitos serve como referência de construção de novos direitos. Pelo fato dos direitos do homem reenviarem o direito a um fundamento que se dá no interior dele mesmo, haveria neles um excesso face a toda formulação efetivada, significando que sua formulação contém a exigência de sua reformulação ou que os direitos adquiridos são necessariamente chamados a sustentar direitos novos³⁰.

Por outro lado, a referência à comunidade política organizada torna-se também corolário do processo político de enunciação dos direitos. Somente num espaço político de convivência social é possível conquistar direitos, lutar pela dignidade, liberdade e igualdade da pessoa, a partir das carências vivenciadas pela comunidade. Os direitos fundamentais operam, nesse sentido, como elementos de integração da comunidade. Jorge MIRANDA chegou a afirmar que não há direitos sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada³¹.

Por fim, se os direitos fundamentais assim definidos realizam a legitimidade do poder instituído que sobre eles se assenta, torna-se muito mais fácil dizer que a violação das formulações elaboradas e da garantia do processo de enunciação de novos direitos significa a desqualificação desse poder. Para que se pudesse verificar melhor essa desqualificação é que se tornou necessária a garantia jurídico-positiva dos direitos da pessoa humana, satisfeita com o advento do constitucionalismo moderno.

³⁰ LEFORT, op. cit., p. 55.

³¹ MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 08.

3. O problema da fundamentação dos direitos humanos

No tema da fundamentação dos direitos do homem, divergem os mais diversos autores, de acordo com sua filiação a determinada concepção filosófica, política, ideológica e, inclusive, religiosa. Apesar disso, é possível e conveniente dividir a problematização em duas correntes: a primeira, jusnaturalista, de cunho racionalista; a outra, de caráter histórico, que liga os direitos à satisfação de necessidades vinculadas à concreta existência dos indivíduos.

Por outro lado, há autores que consideram que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto justificá-los, mas tratar da questão de sua efetivação³². Não há que se discordar que o maior desafio hoje consiste em buscar a concretização dos inúmeros direitos já formulados, quiçá dos direitos sociais e de solidariedade. No entanto, é obrigatório abordar o problema, com a finalidade de deixar explícita a fundamentação que se adota, pois isso tem repercussões nos diferentes aspectos temáticos que compõem o estudo geral dos direitos fundamentais, inclusive o da interpretação.

Dessa forma, serão tratadas as duas concepções acima referidas, com as variações por ventura existentes, para que afinal seja verificada a validade de uma fundamentação não absoluta (dogmatismo filosófico), mas que igualmente recusa qualquer cepticismo filosófico. Trata-se de um fundamento aberto às experiências morais, como diz

³² A referência, certamente, é a BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 24. Observa-se, no entanto, que Bobbio sempre expressa uma concepção histórica dos direitos. Talvez por isso mesmo ache ultrapassado fazer maiores questionamentos sobre o tema.

Chaïm PERELMAN, que se submete à aprovação de um auditório de homens normais e competentes para julgá-lo³³.

3.1. A fundamentação racionalista dos direitos

A doutrina do direito natural, de cunho racionalista, tradicionalmente serve de sustentáculo à filosofia liberal dos direitos. Nesse sentido, constata-se, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa de 1789, o apelo a uma natureza humana imutável e universal, que dá origem a direitos universais e racionalmente justificados para todos os homens. Trata-se de definir direitos que devem corresponder ao homem pelo mero fato de sê-lo.

O elenco dos direitos, nessa elaboração, responde às exigências de liberdade advogadas pela classe burguesa revolucionária, frente ao absolutismo monárquico e à unidade religiosa do Antigo Regime. Desde que se considere a Revolução Francesa um evento tão-somente burguês, cabe aqui anuir com as críticas levantadas por Marx, na *Questão Judaica*, sobre os direitos do homem. No entanto, mesmo na literatura marxista, há autores que a identificam como a “mais poderosa divisa jamais formulada para a política da democracia e das pessoas comuns que ele inaugura: ‘Liberdade, Igualdade e Fraternidade’”³⁴. De fato, a história dos direitos do homem começa a ter importância no pensamento e prática políticos a partir do momento em que há a reivindicação de liberdades frente ao poder

³³ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, 1996, p. 400.

³⁴ HOBBSAWN, Eric. *Ecos da marsehesa*, 1996, p. 125.

absoluto. Trata-se, a bem da verdade, da filosofia que dá origem à concepção mesma de direitos do homem, a filosofia liberal, co-constituída com a idéia do contrato social.

Se os homens, em comum acordo, com a finalidade de organizar a comunidade política para manutenção da paz social, houveram por se associar, o fizeram portando, desde o estado da natureza, direitos inalienáveis, em vista dos quais o poder constituído é não somente limitado, mas vinculado à finalidade primeira de salvaguardá-los. A legitimidade do Estado residiria na proteção desses direitos. Dentro do pensamento liberal clássico, quem melhor expressou essa concepção foi John LOCKE, considerado o primeiro grande teórico dos direitos humanos, na concepção moderna. Não se inclui aqui, diretamente, Rousseau, que, mesmo com o memorável conceito da vontade geral, delineado em *O Contrato Social*, circunscreve a ela o poder máximo na sociedade, sobreposta aos interesses das minorias, mesmo que estas reivindiquem direitos tidos como fundamentais. Quer dizer, Rousseau resolve maravilhosamente bem o problema, na democracia política, de *quem decide*. No entanto, ao fazê-lo, passa a largo sobre a questão d'*o quê se decide* e as implicações da decisão para aqueles que não concordaram com ela³⁵. Necessário analisar então o pensamento de Locke, como etapa inicial da investigação sobre a fundamentação dos direitos humanos..

³⁵ Sobre essa questão, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho e razón*, 1995, p. 884: "La doctrina de la voluntad general, tanto directa como representativa, es una doctrina de la democracia política que resuelve solamente el problema de la legitimación formal de *quién decide*, es decir, de la investidura democrática de los sujetos titulares de los poderes de gobierno... Por el contrario, el problema de la legitimación sustancial del *qué es obligado decidir e no decidir* constituye precisamente el objeto de las doctrinas liberal-contratualistas sobre la razón y sobre los límites del estado..."

3.1.1. Os direitos humanos em John Locke

Inegavelmente a idéia de que o homem por natureza tem direitos que não podem ser subtraídos ou alienados, advém da doutrina jusnaturalista moderna, na precisa elaboração de John LOCKE. Segundo o filósofo, na clássica obra *Segundo Tratado sobre o Governo*, o estado da natureza é aquele de perfeita liberdade e igualdade, no qual o homem dispõe plenamente da própria pessoa e posses, sem limites. A execução da lei da natureza, que permite tão amplas prerrogativas, está nas mãos de todos os homens. Mas, precisamente pelo fato de se viver sem uma autoridade exterior para julgamento destes, “a força, ou um desígnio declarado de força, contra a pessoa de outrem, quando não existe qualquer superior comum na Terra para quem apelar”³⁶, poderia constituir o estado num estado de guerra. Para instituição de uma autoridade à qual apelar, no caso de desavenças, é que os homens se reúnem, concordemente, dando início à sociedade política. Mas esse acordo não tem outra finalidade que não seja permitir a mais ampla explicitação da liberdade e da igualdade naturais. Diz realmente LOCKE que os fins da sociedade política e do governo são a mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens a que chama de propriedade³⁷.

Agora bem. Os direitos naturais para LOCKE são aqueles bens que podem ser atribuídos a cada homem ou grupo de homens, independentemente de quaisquer circunstâncias concretas. Como já se registrou, trata-se da vida, da liberdade e da propriedade. É explícito, como se observa nesta passagem:

³⁶ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*, p. 41 (§ 19).

³⁷ Cf. LOCKE, op. cit., p. 82 (§ 123).

“O homem, nascendo, conforme provamos, com direito a perfeita liberdade e gozo incontrolado de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, por igual a qualquer outro homem ou grupo de homens do mundo tem, por natureza, o poder não só de preservar a sua propriedade - isto é, a vida, a liberdade e os bens - contra os danos e ataques de outros homens...”³⁸

O que acontece, então, é que a reivindicação de direitos desse tipo implica a consideração de uma natureza humana imutável, a partir da qual aqueles são logicamente deduzidos. As liberdades pensadas nesse primeiro momento constituem, não se pode negar, exigências concretas de indivíduos aprisionados na escuridão do Absolutismo e pelas necessidades de uma classe emergente, a burguesia, carente de espaço político para afirmação de sua hegemonia. No entanto, localizando-se temporalmente e, por isso mesmo, historicamente, o fundamento dos direitos daí derivados, percebe-se, paradoxalmente, o apelo à imutabilidade da natureza humana, da razão monológica de um sujeito universal, voltada sobre si mesma, abstrata e não inserida no processo histórico. Essa argumentação é incapaz, por exemplo, de dar satisfatoriamente conta das declarações de direitos contemporâneas, mormente se se leva em conta a existência dos direitos sociais e de solidariedade

Deve-se reconhecer que o fundamento dos direitos sociais não pode ser procurado na natureza humana, no sentido liberal, pois eles, sob pena de contradição consigo

mesmo, pressupõem a sociedade³⁹. Outrossim, não há uma diferença de natureza entre os direitos de liberdade e os de igualdade, mas sim de grau, no ensinamento de Chaïm PERELMAN⁴⁰, pois até o mais elementar direito à vida implica na organização de instituições protetoras da ordem pública, ou seja, na obrigação do Estado de se dotar dos meios que lhe permitem cumprir seu papel de guardião. Assim, havendo diferença apenas de grau, e sabendo que os direitos sociais não têm origem no estado de natureza, o fundamento de todos os direitos deve ser buscado não no hipotético estado natural, mas nas experiências reais da vida prática, como se verá mais adiante.

3.1.2. A moral kantiana e os direitos humanos

Por outro lado, é em KANT que se encontra a elaboração culminante, do ponto de vista da filosofia moral, de uma fundamentação abstrata dos direitos do homem, aliás, do único direito digno para ele de ser protegido: a liberdade. A obra kantiana, como ponto limite do pensamento filosófico, representa a fantástica empresa de fundamentar de uma vez por todas as condições da razão pura e suas implicações na filosofia prática. Não é o caso de saber se KANT pode ser considerado um autêntico liberal, mas de perceber que sua filosofia moral desenvolve, sem precedentes na história, uma monumental argumentação em favor de uma fundamentação formal dos direitos do homem. Se o jusnaturalismo clássico, bem representado por LOCKE, intuía alguns direitos racionalmente justificados, com base no hipotético estado da natureza, KANT formula os fundamentos da razão pura prática capazes

³⁸ LOCKE, *ibid.*, p. 67 (§ 87).

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, 1995, p. 51.

de sustentar o critério moral, formal por excelência, de fundamentação dos direitos do homem.

A filosofia prática de KANT é construída com respeito à pureza da razão, daí ser chamada de filosofia prática pura. Nesse passo, trata-se de “extrair a fórmula geral de todo ato moral possível, depurado dos conteúdos empíricos, variáveis, heterogêneos”⁴¹. A forma da lei é o que pode garantir o aspecto moral da ação, já que somente essa forma pode ser universalizada, não as intenções contingentes dos indivíduos. Se assim é, pode-se afirmar que a vontade é livre desde que determinada por leis que a pessoa a si mesma se dá, pois só a autonomia funda a dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional⁴², e a heteronomia significa justamente a determinação da vontade por conteúdos empíricos, variáveis ou heterogêneos. Daí que o imperativo categórico, cuja possibilidade é totalmente *a priori*, seja a forma única da lei prática, expressando unicamente isto: “age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”⁴³.

O imperativo categórico é aquele que representa uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. Em contrapartida, os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). É categórica a obrigação de reconhecer o valor inestimável da empresa filosófica empreendida pelo pensador alemão, que intentava dar bases seguras à liberdade do homem. De fato, buscando, desde a influenciadora leitura de Rousseau, resolver o problema da autonomia da vontade, livrando-a de toda causalidade sensível para que pudesse determinar a si mesma,

⁴⁰ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, 1996, p. 403.

⁴¹ CRAMPE-CASNABET, Michèle. *Kant: uma revolução filosófica*, 1994, p. 68.

⁴² Cf. KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 1980, p. 141.

⁴³ KANT, op. cit., p. 130.

KANT conclui que a liberdade prática é definida como independência da vontade em relação às inclinações ou ainda como o poder que o homem tem de determinar-se a si mesmo⁴⁴.

Assim, na *Metafísica dos Costumes*, assim se expressa o filósofo de Koeninsberg:

*“...a ética não pode partir dos fins que o homem quisera propor... porque tais fundamentos das máximas serão fundamentos empíricos, que não proporcionam nenhum conceito do dever, já que este (o dever categórico) tem suas raízes só na razão pura.”*⁴⁵

A moral perderia seu estatuto de ciência em vista da intromissão da realidade empírica e contingente, já que esta impossibilita o exercício da razão pura. Logo, afirma PRIETO SANCHIS, a teoria moral que há de servir como horizonte ético e critério de legitimidade de um modelo justo de convivência não alcança a contemplar as necessidades reais do homem em sua específica condição social⁴⁶. Se assim for, nenhuma pretensão formulada pela comunidade será considerada fundamental se não satisfizer as exigências do tribunal intemporal de uma razão formal. Os valores de dignidade, liberdade e igualdade, que são os valores a que se referem os direitos fundamentais, permanecem numa esfera de moralidade abstrata. É aqui o ponto mais próximo do pensamento kantiano com a filosofia liberal dos direitos humanos, já que o *a priori* formal de sustentação dos direitos, ou seja, o

⁴⁴ CRAMPE-CASNABET, Michèle, op. cit., p. 69.

⁴⁵ KANT *apud* PRIETO SANCHIS, op. cit., p. 35-36.

respeito à pureza da razão e a exigência de ver em cada homem a imagem da humanidade, assimila-se com os argumentos liberais da igualdade dos homens nos direitos naturais e a justificativa do modelo específico de Estado liberal, garantidor das condições de uma pacífica convivência. KANT é claro ao reivindicar a necessidade de uma boa organização do Estado, que garanta as condições de uma pacífica convivência, prescindindo das inclinações individuais ou da satisfação de necessidades⁴⁷.

Os direitos não podem ser justificados em função de necessidades contingentes e empíricas, vivenciadas historicamente, dada a possibilidade de, se assim se proceder, ocorrer a destruição da própria ciência da moral. Pelo contrário, devem ser garantidos os únicos direitos inatos, a liberdade e a igualdade, para que precisamente sirvam de instrumentos necessários à busca, por parte de cada indivíduo, dos fins a que se propõe⁴⁸.

A forma da lei como fundamento último das prescrições morais faz com que a liberdade se converta no único postulado da ciência moral e na consideração de um governo justo como aquele que descansa no livre consentimento dos cidadãos. Assim, observa PRIETO SANCHIS, nem a fundamentação dos direitos necessita apelar ao consentimento dos indivíduos reais, nem sua atribuição requer considerar as circunstâncias históricas, pois pertencem a todo homem como membro e representante do gênero humano.⁴⁹

⁴⁶ Cf. PRIETO SANCHIS, *ibid.*, p. 36.

⁴⁷ Cf. KANT, *À paz perpétua*, 1994, pp. 52-53. No apêndice *à paz perpétua*, denominado *Sobre o desacordo entre a moral e a política e a propósito da paz perpétua*, 1994, p. 71, Kant arremata: "...as máximas políticas têm de provir não do bem-estar e felicidade de cada Estado, aguardados a partir do seu cumprimento, portanto não como fim que cada um deles dá a si por objeto (do querer), como o princípio superior (porém empírico) da sabedoria do Estado, mas do conceito puro do dever de direito (do dever SOLLEN cujo princípio *a priori* é dado pela razão pura), quaisquer que sejam também as conseqüências físicas disso".

⁴⁸ É também no apêndice referido que Kant afirma, p. 70: "É assim um princípio da política moral que um povo deve unir-se em um Estado segundo os únicos conceitos de direito da liberdade e igualdade, e este princípio não está fundado na prudência, mas no dever".

⁴⁹ PRIETO SANCHIS, *op. cit.*, p. 35.

KANT pode ser criticado ainda por um grave paradoxo, percebido quando se analisa melhor as implicações decorrentes da consideração de um Estado garantidor apenas das condições de pacífica convivência. Acontece que, ao assegurar a coexistência das liberdades e o desenvolvimento das próprias forças e capacidades para que cada qual possa alcançar seus próprios fins, estes fins, que haviam sido expulsos da teoria moral, sob a acusação de macular o modelo da razão prática pura, ao mesmo tempo se erigem no fim último que justifica a existência do Direito e do Estado. Quer dizer, “os direitos naturais não podem tem em conta os fins particulares, porém justamente se postulam como naturais porque representam a condição jurídica para satisfazer ditos fins”⁵⁰.

Mas não é só. O paradoxo se desdobra em outro, percebido a partir do momento em que a racionalidade formal torna os direitos naturais em KANT imprestáveis como instrumentos de participação política. Se a liberdade e a igualdade se postulam como princípios *a priori* que só adquirem sua realidade jurídica no modelo de Estado liberal que garante a cada indivíduo uma esfera de imunidade pela qual pode perseguir seus fins próprios, é só quando alguns destes se alcançam - quiçá a propriedade - que o titular dos direitos começa a aparecer como um cidadão ativo, apto a intervir nas decisões coletivas⁵¹. Ou seja, pode-se afirmar, que “os direitos naturais não podem endereçar-se à satisfação de necessidades ou de fins particulares, porém, ao contrário, só quando estes são alcançados o sujeito resulta apto para intervir nas decisões coletivas”⁵².

É necessário reconhecer que o formalismo moral tem repercussões mesmo em debatidas teorias políticas e jurídicas contemporâneas. Assim, para não mencionar

⁵⁰ Cf. PRIETO SANCHIS, *ibid.*, p. 37.

⁵¹ Cf. PRIETO SANCHIS, *ibid.*, p. 38.

⁵² PRIETO SANCHIS, *ibid.*, p. 39.

autores como Friedrich Hayek e Robert Nozick⁵³, que são de um extremismo radical na defesa da liberdade e na manutenção da *ordem natural* das coisas, como se esta fosse justa por natureza, importa referir dois pensadores liberais contemporâneos que no terreno relativo aos direitos lograram notável repercussão na divulgação de suas teses: John RAWLS e Ronald DWORKIN.

3.1.3. As liberdades na Teoria da Justiça de John Rawls

John RAWLS é o autor da Teoria da Justiça de maior prestígio e influência deste final de século, e talvez de todo ele. Seu objetivo é o de apresentar uma concepção de justiça que leve a um nível mais alto de abstração a teoria do contrato social, tal como formulada por Locke, Rousseau e Kant. Trata-se da justiça como equidade, já que as partes que elaboram o acordo original definidor dos princípios de justiça válidos para a estrutura básica da sociedade são consideradas pessoas livres, racionais, reunidas pelos mesmos interesses e numa mesma posição de igualdade, a *posição original*. Garantidas essas condições, o resultado a que chegam as partes é, conseqüentemente, justo, somente pelo fato de se respeitar o procedimento (idéia de justiça processual). Diz expressamente o autor, a esse respeito:

“...estabelecidas as circunstâncias da *posição original*, há uma simetria entre as relações de

⁵³ Para uma apresentação favorável dos dois pensadores, cf. UBIRATAN BORGES DE MACEDO, *Liberalismo e justiça social*, 1995, p. 105-115.

*um para outro, esta posição inicial é boa entre indivíduos morais, isto é, agindo como seres racionais com seus próprios fins e, supõe-se, com a capacidade de atuar dentro de um sentido de justiça. Os acordos a que se chegam, dessa forma, também são eqüitativos.”*⁵⁴

A *posição original*, situação hipotética que parece corresponder ao estado da natureza do liberalismo clássico, é aquela posição em que são firmados os termos básicos da associação política, com a conseqüente escolha dos princípios de justiça que irão reger sua estrutura básica. É considerada uma situação racional e de desinteresse mútuo, pois a *Teoria da Justiça* é uma teoria da escolha racional. É um *status quo*, a partir do qual todos os acordos alcançados são eqüitativos⁵⁵.

Todavia, para garantia da eqüidade das partes, ou seja, para que se possa valer da noção de *justiça processual* como base de sua teoria, RAWLS precisa anular os efeitos das contingências específicas, que embaraçam os seres humanos e os tentam a explorar circunstâncias sociais e naturais em vantagem própria. Presume, então, que as partes, na *posição original*, se situam através de um *yéu de ignorância*, não sabendo como as várias alternativas afetarão seu caso particular e sendo obrigados a avaliar os princípios tão só à base de considerações gerais. Presume, enfim, que as partes não sabem certos tipos de fatos particulares:

⁵⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, 1982, p. 34.

⁵⁵ Cf. RAWLS, op. cit., p. 107-109.

“ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua posição de classe ou status social; nem sabe sua fortuna na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência e força, (...) não conhecem as circunstâncias especiais da sua própria sociedade, isto é, não sabem sua situação econômica ou política, ou o nível de civilização e cultura que foram capazes de atingir.”⁵⁶

Assim presumindo, crê que as partes, para instituição de uma sociedade humana bem ordenada, escolhem dois princípios de justiça, desta forma estruturados:

1. Cada pessoa tem igual direito a exigir um esquema de direitos e liberdades básicos e igualitários completamente apropriado, esquema que seja compatível com o mesmo esquema para todos; e neste esquema, as liberdades políticas iguais, e só essas liberdades, têm que ser garantidas em seu justo valor.
2. As desigualdades sociais e econômicas só se justificam por duas condições: em primeiro lugar, estarão relacionadas com postos e cargos abertos a todos, em condições de justa igualdade de oportunidades; em segundo lugar, estas posições e estes cargos

deverão exercer-se no máximo benefício dos integrantes menos privilegiados da sociedade.⁵⁷

No que toca ao primeiro princípio, as liberdades básicas referidas compõem uma lista assim definida: liberdade de pensamento e liberdade de consciência; as liberdades políticas de liberdade de associação, assim como as liberdades físicas e de integridade da pessoa; e, finalmente, os direitos e liberdades que derivam do princípio da legalidade (*rule of law*)⁵⁸. Por sua vez, à primeira vista, o segundo princípio, chamado de *princípio da diferença*, possibilita a articulação de valores tendentes a uma política social igualitária, com a satisfação de direitos sociais básicos. Decerto, RAWLS admite o desenvolvimento posterior de todas as liberdades e direitos, desde que distintos das liberdades básicas que fazem parte do primeiro princípio, nas etapas constitucional, legislativa e judicial⁵⁹, deixando aberta a possibilidade de construção de novos direitos a partir das reivindicações levantadas nesses momentos.

Todavia, o problema de sua doutrina começa quando ele opera uma profunda cisão entre os direitos alcançados na posição original e os direitos acordados no seio da comunidade política organizada, estes através das etapas constitucional, legislativa e judicial. Ocorre que RAWLS estabelece uma ordem serial ou léxica na satisfação dos princípios de justiça, em vista da qual um princípio não será levado em conta, enquanto os princípios anteriores não forem completamente preenchidos. A consequência é uma

⁵⁶ RAWLS, *ibid.*, p. 119.

⁵⁷ Os princípios citados correspondem a uma das últimas formulações de Rawls, que, desde a publicação de *Uma teoria da justiça*, os vem aprimorando, de forma pontual. Foram traduzidos da obra *Political Liberalism*, cuja versão em espanhol, que ora é utilizada, data de 1996. Trata-se de um dos últimos grandes escritos de John Rawls, no qual se observam algumas modificações sintomáticas no pensamento do autor. Para uma abordagem geral do pensamento rawlsiano, bem como sua evolução e crítica, ver FELIPE, Sônia T (org.). *Justiça como equidade: fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)*, 1998.

⁵⁸ RAWLS, *Sobre las libertades*, 1990, p. 33-34.

⁵⁹ Cf. RAWLS, *Sobre las libertades*, p. 81-87.

precedência do princípio da liberdade igual sobre o segundo princípio da justiça, o que significa que “a liberdade só pode ser restringida em favor da própria liberdade”⁶⁰. O princípio da liberdade necessariamente antecede os princípios reguladores das desigualdades econômicas e sociais. As liberdades básicas, próprias do primeiro princípio, são tidas como relevantes, em detrimento dos direitos que poderiam dirigir-se à satisfação das necessidades de igualdade política, econômica e social.

Mas não é tudo. Se há uma priorização do primeiro princípio e das liberdades dele derivadas, isso se dá em virtude da necessidade de garantir as potestades morais da pessoa, já que, na *posição original*, sob as condições de racionalidade proporcionadas pelo *véu de ignorância*, as partes são consideradas unicamente na sua dimensão moral, o que impõe como decorrência lógica a priorização da liberdade de pensamento como o primeiro direito das partes, sob pena de contradição interna da *Teoria*. É que RAWLS considera estar a noção de *véu de ignorância* implícita na ética kantiana. De fato, o autor de *Uma Teoria da Justiça* é claro ao afirmar que agir em virtude de princípios escolhidos em função da posição social ou dos dons naturais, bem como em vista de coisas específicas desejadas, é agir heteronomamente e que, portanto, “o véu de ignorância priva as

⁶⁰ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, 1982, p. 192. Nas páginas 394-395, Rawls condensa o seu argumento em favor da prioridade da liberdade: “na medida em que melhoram as condições da civilização, o significado marginal para nosso bem de vantagens econômicas e sociais adicionais decai relativamente a nossos interesses de liberdade, que se tornam mais fortes na medida em que as condições para o exercício das liberdades iguais se realizam plenamente... O desejo de liberdade é o interesse regulador principal que as partes supõem que eventualmente terão em comum. O *véu de ignorância* obriga-os a abstrair dos pormenores de seus planos de vida, conduzindo assim a esta conclusão”. Em *Sobre las Libertades*, página 118, chega a ser ainda mais explícito, quando expressamente afirma que as liberdades associadas ao segundo princípio são menos significativas em uma sociedade bem ordenada que as liberdades básicas garantidas pelo primeiro, já que estas últimas são necessárias para o exercício pleno e informado das potestades morais da pessoa.

peessoas, na posição original, do conhecimento que as capacitaria a escolher princípios heterônomos”⁶¹.

A posição original é utilizada como modelo de uma concepção de pessoas livres e iguais tanto razoável como racionalmente, explica RAWLS, e, portanto, as partes, como representantes racionalmente autônomos dessas pessoas, selecionam os dois princípios de justiça que garantem as liberdades básicas e sua prioridade. De maneira que essas liberdades estão mais além do que qualquer preço para os representantes dos cidadãos como pessoas livres e iguais, quando estes representantes adotam princípios de justiça para a estrutura básica⁶².

Esse o ponto em que se vê de maneira mais nítida a dívida de RAWLS com KANT: a finalidade de preservar a autonomia da pessoa como sujeito moral⁶³.

Se assim for, o *véu de ignorância* impossibilita toda e qualquer referência às condições materiais das pessoas para designação de suas necessidades básicas, bem como a formulação, a partir de suas experiências concretas, de direitos tidos como fundamentais. As circunstâncias históricas que impelem a ação humana no sentido de satisfação de necessidades, esfumaçam-se frente à razão intemporal. De sorte que os interlocutores da posição original assumem umas restrições que dificilmente podem permitir-lhes oferecer um fundamento ético de algo que não sejam os direitos civis, ou seja, uma

⁶¹ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 197. E na p. 198 é esclarecedor: “Os princípios de justiça são também imperativos categóricos no sentido de Kant... Agir a partir dos princípios de justiça significa agir a partir de imperativos categóricos no sentido que se aplicam a nós quaisquer que sejam nossas metas em especial.”

⁶² RAWLS, *Sobre las Libertades*, 1990, p. 116.

⁶³ CAMPS, Victoria. *Introducción Sobre las Libertades*, 1990, p. 21. E arremata Victoria Camps no página 22: “lo que aparece em primer término, como presupuesto teórico y, por lo tanto, <<dogmático>> - sin pruebas posibles - de la teoría de la justicia, es la concepción de la persona moral.” Em seguida, a autora comenta que esse pressuposto teórico acaba por se transformar em um ideal a realizar, o ideal da personalidade moral, pelo qual a pessoa deve ser razoável e racional. Algo que pressupõe a liberdade, categoricamente afirmada. Mas então, surge a pergunta, nas p. 24-25: “Cuando sólo unos cuantos merecen ser llamados ‘personas’, qué interés moral - qué personalidad moral - se les puede exigir a los demás, a los que no viven como personas?”

concepção liberal dos direitos⁶⁴. E dado que esses direitos, ou liberdades básicas, assumem uma posição inevitavelmente prioritária a qualquer manifestação de política igualitária, proporcionada pelo segundo princípio, segue-se que a fundamentação formulada por RAWLS sobre os direitos humanos reconhece como fundamentais, isto é, direitos imunes a limites, tão-somente os derivados do princípio da liberdade. E apesar de não negar a possibilidade da formulação de novos direitos nas etapas constitucional, legislativa e, inclusive, judicial, RAWLS não lhes dá o *status* fundamental que só aqueles outros têm. Enfim, não dá conta, sua *Teoria da Justiça*, dos direitos sociais, econômicos e culturais e, mesmo que não os negue, coloca-os em posição secundária inaceitável, pois aqui eles devem ser levados a sério tanto quanto qualquer direito fundamental. Isso implica, às vezes, ponderar, como será visto, até mesmo as liberdades básicas frente aos direitos construídos com base no princípio da diferença, o que é impossível no pensamento rawlsiano.

3.1.4. Ronald Dworkin e a tese dos direitos morais

Ronald DWORKIN, assim como John RAWLS, é um liberal progressista. Caracteriza-se também por sua igual aversão ao utilitarismo. Seu liberalismo é progressista, quiçá pelas suas opiniões favoráveis à desobediência civil. Para ele, um direito em sentido forte, que são os direitos morais aos quais a Constituição confere valor jurídico, implica não só na atuação de um titular, o cidadão, mas no seu não impedimento por parte do Governo. Além disso, é um direito que não se submete ao critério da “utilidade geral” para sua justificativa. Pois se assim for, é um direito moral o direito de desobedecer a lei, toda vez que

esta invade injustamente os direitos do cidadão contra o governo, pois a desobediência é uma característica dos direitos contra o Governo e, em princípio, como conclui, não se pode negá-la sem negar ao mesmo tempo que tais direitos existem⁶⁵. Além dessa defesa da desobediência civil, DWORKIN chega, de outro modo, a afirmar a não existência de um direito geral à liberdade.

Por outro lado, quando se verifica quais os dois diferentes direitos que para ele as pessoas têm, pondera que a concepção liberal da igualdade implica que o governo não só deve tratar à gente com consideração e respeito, senão com igual consideração e respeito. Daí que não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, baseando-se em que alguns cidadãos têm direitos a mais porque são dignos de maior consideração. Ou seja, na sua reflexão são mencionados dois diferentes direitos: 1) *direito a igual tratamento*; 2) *direito a ser tratado como igual*. O primeiro, significando igual tratamento na distribuição de bens e oportunidades; o último, direito a igual consideração e respeito nas decisões políticas referentes à forma pela qual deverão ser distribuídos tais bens e oportunidades⁶⁶.

Mas então o que deve ser considerado fundamental é somente o segundo, na concepção liberal da igualdade, sendo que o primeiro só seria válido em circunstâncias especiais, em face das quais se seguiria dele um direito mais fundamental. Se assim é, o direito a ser tratado como igual não é propriamente um direito fundamental, com o mesmo *status* reservado às liberdades iguais. Ou, como observa PRIETO SANCHIS, os direitos sociais não são autênticos direitos básicos, triunfos frente aos objetivos coletivos⁶⁷.

⁶⁴ Cf. PRIETO SANCHIS, op. cit., p. 43.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, 1989, p. 286.

⁶⁶ DWORKIN, op. cit., pp. 388-389.

⁶⁷ PRIETO SANCHIS, op. cit., p. 32.

Não são subtraídos ao cálculo e jogo de interesses realizados pelo Governo, significando igualmente que não são defensáveis pela via da desobediência civil.

É que o direito a ser tratado como igual representa uma reformulação do princípio da igualdade formal, através da afirmação de um direito à igualdade de consideração e respeito. Em outro lugar, ao indicar os princípios que compõem uma estrutura política justa, DWORKIN inclui, além dos princípios da justiça, equidade e devido processo, o ideal da *integridade*, significando a exigência de que o Estado atue sobre uma base de princípios coerentes e únicos, ou, na linguagem comum, que os casos parecidos devem ser tratados de forma parecida⁶⁸. Trata-se, mais uma vez, de referência ao princípio da igualdade formal. Contra concepções formais desse tipo, costuma-se afirmar, corretamente, que o pleno exercício da liberdade e igualdade jurídicas implica o afastamento das circunstâncias fáticas que impedem a pessoa de atuar livremente, o que abre oportunidade ao reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Assim, na concepção teórica que afirma ser fundamental só o direito de igual consideração e respeito, os direitos econômicos, sociais e culturais, que implicam na distribuição de bens e oportunidades, dada uma situação inicial de desigualdade social, não são levados tão a sério quanto as liberdades políticas que permitem, ao menos formalmente, igual consideração na hora da decisão. Ora, tomar os direitos sociais a sério é considerá-los juridicamente no mesmo patamar dos direitos civis, de liberdade, e isso somente uma fundamentação histórica consegue fazê-lo.

3.2. As concepções históricas dos direitos humanos

Não se pode negar que a crítica marxista tem importância fundamental no que diz respeito à formulação de alternativas teóricas aptas a discutir o fundamento dos direitos do homem. E esse processo inicia-se na própria denúncia dos direitos liberais como produtos de um pensamento filosófico abstrato, formal e distante das circunstâncias históricas e concretas que condicionam o homem. Assim é que, em *A Questão Judaica*, Karl MARX identifica os direitos humanos, aqueles tidos como naturais e imprescritíveis (igualdade, liberdade, segurança e propriedade) pelo art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como os “direitos do membro da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade”⁶⁹. E passa a assemelhar o homem aí referido a uma mônada isolada, que sobre si se dobra, separando-se do seu semelhante. A consagração do homem egoísta, a seu ver, é o resultado promovido pelo reconhecimento dos direitos humanos, e que se o fim de todo governo ou de toda associação política é a garantia dos direitos naturais, “a vida política se declara como simples meio, cujo fim é a vida da sociedade burguesa”⁷⁰. Enfim, subjuga-se o aspecto comunitário da associação política para salvaguarda dos interesses e das necessidades particulares dos membros da sociedade burguesa, identificados nos direitos do homem.

Desde a traumática experiência do totalitarismo, vivenciada neste século, ou seja, bem depois das críticas formuladas por MARX, Claude LEFORT empreende, em ensaio primoroso, uma bem fundada crítica às posições do autor de *O Capital*. LEFORT considera que, se a separação da política frente aos interesses privados presentes na sociedade

⁶⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *El império de la justicia*, 1988, p. 124-125.

⁶⁹ MARX, Karl. *A Questão Judaica*, 1991, p. 41.

civil faz com que os direitos do homem tornem-se uma ilusão, no sentido de que a partir daí a esfera da política como *locus* da emancipação humana volta-se para manutenção e proteção desses direitos, que representam, para MARX, os interesses da burguesia, o totalitarismo, a seu turno, como processo de destruição da sociedade civil “implica um formidável alargamento da esfera do político, mas não certamente a sua desapareição; em outras palavras, a propagação do espírito político é proporcional à consolidação do poder que supostamente representa a comunidade e decide sobre ‘o que concerne ao povo em geral’”⁷¹.

Isso quer dizer que a abolição das particularidades da sociedade civil e o alargamento totalizante da esfera política produz, não uma efetiva autonomia, mas a onipotência do *espírito político*, que funde o Estado às instituições da vida civil. Na verdade, provocou-se, na experiência totalitária, o afundamento dos direitos do homem, sem que isso significasse o fim do dissociamento havido entre os homens, ou destes com a coletividade. Pelo contrário, tal cisão jamais foi tão profunda. E não teve como consagração a hipotética figura do indivíduo natural apregoada pelo comunismo, no qual haveria a reconciliação do homem com a coletividade e com o próprio homem, mas sim a supressão do gozo de qualquer vantagem, no que toca a liberdades, direito de opinião, crítica etc. Como diz LEFORT, “o totalitarismo se edifica sobre a ruína dos direitos do homem”⁷². Estes portariam, dessa maneira, não a expressão de interesses egoístas privados e burgueses, mas, na passagem do Estado monárquico para o Estado de direito moderno, representariam para o direito um fundamento que “não tem figura, dá-se como interior a ele e nisto se dissimula perante todo poder que pretendesse se apoderar dele - religioso ou mítico, monárquico ou popular”⁷³.

⁷⁰ MARX, op. cit., p. 46.

⁷¹ LEFORT, Claude. *Direitos do homem e política (A invenção democrática)*, 1987, p. 45.

⁷² LEFORT, op. cit., p. 44.

⁷³ LEFORT, *ibid.*, p. 55.

Apesar dessas pertinentes considerações de LEFORT a respeito das críticas de MARX aos direitos humanos, e reconhecendo sua procedência para justamente ressaltar a importância da temática dos direitos humanos na época atual, reconhece-se ser a tradição marxista a que oferece uma concepção do homem e da história que resulta enriquecedora para o debate sobre os direitos humanos, mais além do indivíduo abstrato⁷⁴. E se em *A Questão Judaica* não se encontram os elementos que servem a esse propósito, pode-se asseverar com o MARX dos *Manuscritos de 1844*, que “o homem é um ser necessitado, contingente, mas que, à diferença de outras criaturas, ‘faz de sua atividade vital mesma objeto de sua vontade e de sua consciência. Tem atividade vital consciente (...)’ Justamente, e só por isso, é um ser genérico”⁷⁵.

De sorte que se observa, de início, um fato econômico, na história de afirmação da liberdade: a perda de controle do homem do processo de relação com a natureza. Mas isso é somente o ponto de partida, pois não se trata de uma proposta materialista, senão de uma realidade materialista. Quer dizer, não custa ressaltar que se prescinde aqui de qualquer fatalismo histórico no sentido de que se caminha inevitavelmente para uma forma de convivência social previamente delineada. Concebe-se a história como um processo aberto, lugar-tempo de construção de possibilidades desejadas por indivíduos arrojados no mundo, que podem ou não se concretizar. Assim, o início do processo ocorre nas circunstâncias concretas em que se desenvolvem as relações sociais. Por isso, os direitos humanos podem ser concebidos como posições jurídico-políticas que dão resposta às necessidades concretamente vivenciadas por sujeitos historicamente localizados e que têm como exigência mínima de legitimidade o fato de não implicarem na sujeição de outrem.

⁷⁴ PRIETO SANCHIS, op. cit., p. 54.

⁷⁵ PRIETO SANCHIS, ibid., p. 55.

3.2.1. *A teoria das necessidades e a fundamentação dos direitos humanos*

Na experiência concreta da vida prática, o homem expressa intenções, desejos e necessidades. A necessidade supõe uma carência, pois o homem tem necessidade enquanto carece de determinados bens e sente a exigência de satisfazer essas carências. Assim, o que satisfaz uma necessidade humana tem valor, pois é considerado um objetivo consciente a ser alcançado. E o trânsito da necessidade para o valor tem como consequência, no terreno sócio-político, a afirmação de um direito. O conceito de necessidade é, portanto, uma categoria antropológica de valor⁷⁶.

Decerto, a sociedade atual pode ser reconhecida como uma “sociedade insatisfeita”, conforme termo cunhado por Ágnes HELLER. A pensadora de origem húngara afirma que se a insatisfação não é a essência única da sociedade moderna, pelo menos é essencial a ela⁷⁷. Assim, descreve as necessidades como um sentimento consciente de que “falta algo”, assinalando a carência. Esta, por sua vez, se conscientemente sentida, gera uma motivação, que é justamente a de sua eliminação. Todavia, “o sentimento da carência de algo não é equivalente em si mesmo à insatisfação. A insatisfação pode sustentar-se só se o sentimento de que falta algo se perpetua ou se intensifica”⁷⁸.

As necessidades são forças motivadoras de exigências no terreno sócio-político. As necessidades sócio-políticas, ou carências, descrevem um tipo de necessidade que

⁷⁶ Nesse sentido, cf. PÉREZ-LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 1994, p. 181-182.

⁷⁷ Cf. HELLER, Ágnes. *Políticas de la postmodernidad*, 1994, p. 162; *Una revisión de la teoría de las necesidades*, 1996, p. 113.

⁷⁸ HELLER, Ágnes, *Políticas de la postmodernidad*, p. 170.

a sociedade atribui ou assinala a seus membros (ou a algum deles) em geral⁷⁹. Considerando que as pessoas com necessidades passam a exigir suas satisfações, essas exigências provocam uma reivindicação no espaço público. Nas palavras de Ágnes HELLER, “ao proclamar essas exigências, as pessoas traduzem suas insatisfações pessoais em linguagem pública, na linguagem da justiça e da igualdade”⁸⁰.

Não se trata de outorgar ao Estado o papel de atribuir as necessidades de todos, definindo arbitrariamente sua qualidade e quantidade, bem como os bens que as satisfazem. Se o Estado pretendesse centralizar completamente a determinação de todas as necessidades, haveria um modelo de satisfação de necessidades denominado de “ditadura sobre as necessidades”⁸¹. Trata-se de reivindicar socialmente o reconhecimento público de necessidades, através de movimentos, grupos e corporações, cuja satisfação requer a inscrição de determinadas vantagens exigíveis principalmente através do Estado. Os direitos reconhecem as necessidades, pois na medida em que as necessidades sócio-políticas (carências) são “atribuídas/adscritas e legalmente codificadas, um tem direito a manifestar/reclamar essa necessidade. A necessidade é então reconhecida socialmente”⁸².

De outra sorte, os direitos exigem o reconhecimento de sua obrigatoriedade social, mesmo que se dirijam ao atendimento de situações parciais, e isso implica em considerar as necessidades que lhes dão fundamento com um mínimo de racionalidade e de legitimidade. Pode-se dizer que só o fato de serem formuladas como exigências faz com que as necessidades sejam racionais, pois isso significa que se levantam

⁷⁹ Cf. HELLER, Ágnes, *Una revisión de la teoría de las necesidades*, p. 85.

⁸⁰ HELLER, Ágnes, *Políticas de la postmodernidad*, p. 173.

⁸¹ Cf. HELLER, Ágnes, *Más allá de la justicia*, 1994, p. 238.

⁸² HELLER, Ágnes, *Una revisión de la teoría de las necesidades*, p. 106.

argumentos em vista dos quais uma necessidade há de ser respondida. Ou seja, todas as necessidades são reais, mas não quer dizer que sejam igualmente legítimas ou verdadeiras.

O problema da legitimidade das necessidades decorre da obrigação de reconhecer que todas elas são reais. Elas são consideradas reais como consequência do reconhecimento da necessidade de autonomia do homem. Se ele é considerado autônomo, deve-se aceitar que suas necessidades sejam reais. Mas, se a autonomia é o pano de fundo para dizer que as necessidades são reais, então aquelas cuja satisfação restrinja ou aniquile a autonomia humana não podem ser reconhecidas como legítimas, ou verdadeiras⁸³. Portanto, o problema da legitimidade no reconhecimento das necessidades pode ser resolvido nos seguintes termos: “uma necessidade pode ser reconhecida como legítima se sua satisfação não inclui a utilização de outra pessoa como mero meio”⁸⁴.

Essa última lição de HELLER é, na verdade, observância de um dos desdobramentos da filosofia moral de KANT, já criticamente mencionada. Nesse ponto, o filósofo de Koenigsberg é extremamente valioso, pois o ensinamento de que as pessoas não podem ser empregadas como simples meio, ou seja, como coisa, torna-se lição de sólida materialidade⁸⁵. Mesmo considerando o risco de entrar em contradição com os apontamentos efetuados anteriormente, deve-se acordar com esse desdobramento subjetivo do imperativo categórico kantiano, pois assim fazendo não se cai no formalismo abstrato anteriormente repellido, e sim aproveita-se uma prescrição de fundo moral para dar legitimidade às necessidades humanas concretas. Ou seja, escapa-se da pura formalidade na medida em que se

⁸³ Cf. HELLER, Ágnes, *Una revisión de la teoría de las necesidades*, p. 109.

⁸⁴ HELLER, Ágnes, *Políticas de la postmodernidad*, p. 175; *Más allá de la justicia*, p. 251; *Una revisión de la teoría de las necesidades*, p. 110.

⁸⁵ Cf. KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 1980, p. 135. Nessa mesma página, Kant assim se manifesta a respeito do imperativo, no seu desdobramento subjetivo: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

extrai da regra uma aplicação concreta aos elementos que fundamentam os direitos, que são as necessidades humanas. Estas são o fundamento, cuja legitimidade que torna possível o seu reconhecimento público válido, ou seja, que torna possível a sua exigência como carências que devem ser socialmente supridas, é justamente a exigência de que não impliquem a utilização de pessoas como mero meio. Se assim não fosse, os direitos fundamentais não poderiam ser considerados a tradução normativa da dignidade, liberdade e igualdade.

Cumprir referir ainda que as necessidades também se tornam irracionais se os seus meios de satisfação não estão ao alcance, se são absolutamente inalcançáveis, como podem ser consideradas as necessidades ligadas à consciência de nossa contingência inicial. De sorte que o que mantém a “sociedade insatisfeita” são as necessidades cujas satisfações “estão em princípio ao alcance da pessoa, ainda que não socialmente atribuídas a ela”⁸⁶. Trata-se de perceber a exigência de satisfazer todas as necessidades para o pleno desenvolvimento das capacidades e talentos de cada pessoa, o que significa dizer que a distribuição dos recursos materiais disponíveis não ocorre com base em um igualitarismo rigoroso. O resultado deste é a desigualdade, pois se baseia na suposição de que as necessidades e as estruturas de necessidades de todas as pessoas são as mesmas.

No seu último texto sobre a teoria das necessidades, Ágnes HELLER faz uma revisão do conceito de necessidades radicais, conforme havia elaborado em *Teoria das necessidades em Marx*. Elas eram definidas como necessidades qualitativas e não quantificáveis; necessidades que não podem ser satisfeitas em um mundo baseado na subordinação e na dependência; necessidades que guiam as pessoas até idéias e práticas que abolem a subordinação e a dependência. Agora, a autora abandona a definição das necessidades radicais no marco de uma grande narrativa, da filosofia da história e do

progresso histórico universal, pois para ela isso não tem mais sustentação, não só porque é uma ilusão, mas porque é perigosa.

A idéia mais ambiciosa que se pode alimentar, continua, é o encurtamento da distância entre as necessidades adscritas, por um lado, e a provisão de sua satisfação, por outro. “O pêndulo da modernidade se balança detrás até adiante, entre a maior e a menor desigualdade sócio-econômica dentro dos Estado de bem-estar”⁸⁷, que ocorre através da assinalação quantitativa das necessidades sócio-políticas.

Apesar disso, reconhece que ainda há pontos que a mera assinalação quantitativa de necessidades não resolve. Nesse sentido, se o mundo moderno é débil em necessidades espirituais, as necessidades radicais podem ser entendidas, agora, como as necessidades que demandam satisfação qualitativa, constituindo o único, o idiossincrático da pessoa singular e também das comunidades⁸⁸. Trata-se de encarar as necessidades radicais como formas de imaginação social alternativa, formas de vida utópicas, cujo exemplo prático pode ser identificado na elite cultural-espiritual de uma sociedade democrática. Através disso, pode-se conseguir um equilíbrio, no seio da modernidade, entre necessidades radicais e a mera quantificação de necessidades. “É isto que pode proteger o pêndulo da modernidade de balanços extremos e extremadamente perigosos”⁸⁹.

Enfim, esses aportes permitem afirmar que a geração de necessidades, de acordo com as experiências concretas da vida prática, dá lugar ao surgimento de carências sentidas pelas pessoas, as quais, através do processo de reivindicação político-social, intentam

⁸⁶ HELLER, Ágnes, *Más allá de la justicia*, p. 171.

⁸⁷ HELLER, Ágnes, *Una revisión de la teoría de las necesidades*, p. 117-118.

⁸⁸ Cf. HELLER, Ágnes, *Una revisión de la teoría de las necesidades*, p. 120.

⁸⁹ HELLER, Ágnes, *Una revisión de la teoría de las necesidades*, p. 122.

satisfazê-las formulando direitos, ou seja, posições jurídico-políticas destinadas a dar resposta satisfatória às necessidades vivenciadas⁹⁰.

Foi isso que ocorreu na luta por liberdades protagonizada principalmente pela burguesia, no advento do constitucionalismo moderno. Também não é outra a explicação para o surgimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, senão a resposta frente ao aparecimento de necessidades ligadas às condições materiais de subsistência, inicialmente da classe trabalhadora em face do modo de produção assalariado. Esses elementos, quando de sua formulação em linguagem pública, admitem o julgamento de sua validade e legitimidade, para que então possam inscrever-se como direitos. Aliás, eles se legitimam no processo mesmo de enunciação. É um processo de conquista.

Dessa forma, é possível vislumbrar a produção de novos direitos como algo incessante, desde que a sociedade está sempre insatisfeita e na medida em que percebe e expressa suas carências, exigindo satisfação para as mesmas⁹¹.

Por outro lado, é preciso esclarecer que as necessidades não se referem tão somente às necessidades sociais ou materiais, “mas compreendem necessidades existenciais (de vida), materiais (subsistência) e culturais”⁹², na observação de Antônio Carlos WOLKMER, o primeiro entre nós a trabalhar a teoria das necessidades no terreno jurídico.

Entretanto, não se pode negar que os direitos que se voltam para satisfação das necessidades

⁹⁰ Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Sobre a teoria das necessidades: as condições dos novos direitos*, 1994, p. 43. O autor vai afirmar que, na verdade, não há uma relação mecânica entre necessidades e demandas, carências e reivindicações, mas que a mobilização dá-se “por uma prática humana que necessariamente expressa a ‘conscientização’ de sua condição de historicidade presente”. E continua afirmando que, “nessa perspectiva, é perfeitamente possível entender que os elementos que atingem a mobilização dos segmentos sociais marginalizados e oprimidos não estão apenas vinculados à percepção de necessidades comuns, mas, sobretudo, à noção essencial da ‘ausência’ de direitos”.

⁹¹ WOLKMER, Antônio Carlos, op. cit., ainda na p. 43, que, nesse sentido, observa: “Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e recriação. Estende-se, assim, a razão de novas motivações, interesses e situações históricas impulsionem o surgimento de novas necessidades.”

⁹² WOLKMER, Antônio Carlos, *ibid.*, p. 43.

sociais ou materiais, no caso brasileiro, são de importância fundamental, na construção de uma ordem democrática.

Nessa perspectiva, a criação de direitos implica na manifestação de concepções de mundo e interesses diferenciados, em função dos grupos sociais que expressam carências e lutam pela afirmação dos direitos que as satisfaçam⁹³. Mas, o reconhecimento dessas exigências só ocorre se aqueles que exigem a satisfação de suas necessidades igualmente reconhecem que elas também podem ser exigidas pelos outros. Senão, a posição reivindicada torna-se um privilégio.

Para completar o debate sobre a fundamentação dos direitos, resta mencionar a proposta teórica formulada a partir das contribuições filosóficas de Jürgen HABERMAS e Karl-Otto APEL. Trata-se de uma derivação da concepção histórica dos direitos, desenvolvida com base na legitimação consensual alcançada através do processo intersubjetivo de comunicação, e que parece não contradizer a teoria das necessidades. Antes, complementa-a, na medida em que estabelece as condições formais para o reconhecimento universal e, portanto, normativo, das necessidades.

3.2.2. *A teoria do discurso e os direitos humanos*

Jürgen HABERMAS afirma que, pela teoria do discurso, só podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os

⁹³ LESBAUPIN, Ivo. *As classes populares e os direitos humanos*, 1984. Nas pp. 16-17, a respeito dessas observações, assim se expressa o autor: "...a história das declarações de direitos humanos não é a história de idéias filosóficas ou de valores morais universais. É, sim, a história de lutas sociais, de forças históricas em

potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais⁹⁴. Assim, o sistema de direitos “deve conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo”⁹⁵. Isso deriva da idéia de que o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica, enquanto gênese lógica de direitos. O que vem antes, então, é o princípio do discurso, inserido nas condições de socialização comunicativa em geral, e, de outro lado, o *medium* do direito, permitindo interligar o princípio da soberania do povo e os direitos humanos.

O princípio do discurso significa que “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” e o discurso racional, por sua vez, é “toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias”⁹⁶. Através da teoria do discurso, percebe-se que os destinatários simultaneamente são os autores de seus direitos. Dessa forma, se o sistema de direitos apresenta as condições para uma institucionalização jurídica das formas de comunicação, alcança-se a compatibilização do princípio da soberania e direitos humanos, um dos objetivos maiores da obra jurídica de HABERMAS.

Assim, oferece-se uma fundamentação dos direitos no consenso estabelecido entre as pessoas que poderão ser os seus possíveis titulares ou obrigados, decisão

confronto. Os direitos humanos são produtos histórico-sociais de conflitos entre as classes sociais, em suas lutas por tornar dominantes suas concepções, seus interesses.”

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, 1997, p. 164.

⁹⁵ HABERMAS, op. cit., p. 158-159.

esta a respeito de saber se o seu conteúdo ou pretensão satisfaz uma exigência da justiça⁹⁷.

Isso responderia ao problema da racionalidade dos direitos, na medida em que o consenso argumentativo realiza procedimentalmente o objetivo da universalidade, sem esquecer a historicidade não só dos interlocutores mas de suas necessidades e interesses reais. Assim, “só um resultado alcançado na argumentação pode assegurar que os interesses ou necessidades, em que pese o seu caráter particular e contingente, satisfazem a exigência de universalidade”⁹⁸.

Trata-se de uma tentativa de manter a fundamentação dos direitos no campo da moral, respondendo aos imperativos da autonomia e universalização. A ética do discurso que, ao contrário da racionalidade kantiana, não se assenta sobre o sujeito transcendental, monológico, mas no processo comunicativo intersubjetivo, aberto às necessidades variáveis e históricas. PRIETO SANCHIS chega a afirmar que essa fundamentação constituiria o único caminho para uma “uma concepção unitária e integral dos fins jurídicos no marco de um Estado social e democrático de Direito”⁹⁹.

Por sua vez, PÉREZ-LUÑO diz que o modelo de fundamentação dos direitos do homem através da atividade discursiva da razão prática proporciona o marco metódico, as condições ideais a que se deve submeter o seu discurso racional fundamentador, assim como denuncia os fatores que nas sociedades históricas distorcem ou impedem a

⁹⁶ HABERMAS, *ibid.*, p. 142.

⁹⁷ Cf. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1994, pp. 58-59.

⁹⁸ PRIETO SANCHIS, *op. cit.*, p. 60. Obedecida essa exigência de universalidade calcada no consenso alcançado através da comunicação intersubjetiva, o autor diz que qualquer necessidade humana poderá ser articulada em forma de direito. “Es decir, ha de tratarse de necesidades generalizables o susceptibles de ser compartidas comunicativamente, en suma, de necesidades cuya satisfacción pueda quedar sujeta a normas sociales vinculantes merced a una decisión alcanzada en el proceso de argumentación intersubjetiva” (p. 58).

⁹⁹ PRIETO SANCHIS, *ibid.*, p. 61.

possibilidade de se chegar a legitimações racionais dos direitos, generalizáveis ou universalizáveis enquanto dotadas de “objetividade intersubjetiva”¹⁰⁰.

No entanto, deve-se reconhecer que as condições exigidas para que se estabeleça uma perfeita atuação comunicativa racional não se acham presentes na realidade, especialmente a competência lingüística dos atores que deverão se envolver. A constatação de diferenças entre eles, não aquelas que identificam a individualidade de cada um, mas principalmente as desigualdades de caráter sócio-econômico, leva a concluir que o ato de comunicação é desequilibrado, podendo gerar decisões injustas, pois não se garante efetivamente as condições procedimentais do discurso prático. Em função disso, é correto afirmar que o modelo defendido apresenta um caráter ideal e até irrealizável.

Apesar disso, e considerando ainda que muitos direitos não foram frutos de um hipotético consenso, pelo contrário; e que comumente eles representam, na verdade, limitações à própria decisão da maioria, ou seja, são suprimidos ao debate; ainda assim, pode-se conferir validade de instância crítica ao projeto de fundamentação consensual dos direitos, seja frente às instituições vigentes, seja como antecipação das condições ideais do discurso. Seria o ponto de referência que torna patente as carências do mundo histórico. A situação ideal do discurso apresenta determinadas premissas gerais e necessárias, transcendentais dos discursos práticos, constituindo-se, assim, uma pretensão ou antecipação por parte de tudo o que de fato entra em um processo discursivo, do qual se pode chegar a um consenso racional¹⁰¹.

Nesse sentido, é correto afirmar que há alguns direitos prévios ao próprio consenso ideal, pois se apresentam alguns elementos que são, em realidade,

¹⁰⁰ PÉREZ-LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 1994, p. 181.

¹⁰¹ Cf. PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 164.

pressupostos do debate. No entanto, sua fundamentação não estaria na velha resposta jusnaturalista abstrata de dizer que o homem, somente pelo fato de ser homem, é portador de posições jurídicas inalienáveis. Desde um ponto de vista ético, “tais direitos ‘prévios’, mais que se justificar por seu valor intrínseco ou autônomo, se fundamentam precisamente na *necessidade* do diálogo, na *necessidade* de que os assuntos humanos, incluídas as condições materiais de existência, caminhem por vias da razão, porém de uma razão que deve ser irremediavelmente intersubjetiva”¹⁰².

Enfim, pode-se concordar com a utilização desse modelo teórico de fundamentação como referência para crítica da realidade. As condições idealizadas para realização de uma perfeita comunicação intersubjetiva implicam, desde já, a satisfação de muitas necessidades relacionadas aos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, sem esquecer a manutenção das indispensáveis liberdades de manifestação, associação, participação política etc. Mas para que o auxílio dessa teoria não tenha caráter formalista, ela deve se apoiar em categorias empíricas. Estas são justamente as necessidades que conformam o substrato antropológico que possibilita legitimar as normas que regulam a ação social. Ou seja, complementado a teoria das necessidades com a teoria do discurso, chega-se a um modelo de fundamentação que considera adequadamente dados antropológicos (as necessidades), como o substrato do consenso, e os pressupostos formais para sua universalização, conforme lição de PÉREZ-LUÑO¹⁰³. A primeira teoria fornece a base material do valor, enquanto a segunda estabelece as condições para que a atividade discursiva da razão prática chegue a um certo consenso. Por tudo isso, trata-se de um fundamento que se

¹⁰² PRIETO SANCHIS, op. cit., p. 71.

¹⁰³ PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 172.

tem como não absoluto ou dogmático, pois submete à aprovação da comunidade, através da exigência do seu reconhecimento público, a validade das posições exigidas.

4. A evolução dos direitos fundamentais

De início, convém recordar que a evolução dos direitos fundamentais caracteriza a evolução do próprio constitucionalismo. Inicialmente, apresenta-se um constitucionalismo eminentemente liberal, característico do Estado de direito, através do qual são garantidos precipuamente os direitos de liberdade. Após, visualiza-se o constitucionalismo social, característico do Estado social e democrático de Direito, no qual os direitos de igualdade, num primeiro momento, e os direitos de fraternidade, posteriormente, são juridicamente reconhecidos.

Na verdade, os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo. São os direitos da primeira, da segunda e da terceira geração, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade¹⁰⁴, na observação de Paulo BONAVIDES.

Norberto BOBBIO igualmente fala em três fases, no desenvolvimento dos direitos. No entanto, diferentemente do autor brasileiro, diz que os direitos da segunda fase são tão-somente os direitos políticos e que os direitos sociais estariam inseridos no

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 1996, p. 517.

terceiro momento¹⁰⁵. Ora, Paulo BONAVIDES afirma que tanto os direitos políticos quanto os sociais compõem a segunda geração de direitos fundamentais, reservando à geração terceira, os denominados direitos da fraternidade, assim identificados: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação¹⁰⁶.

A esse respeito, o professor Jorge MIRANDA afirma que do ponto de vista conceptual a identificação de gerações de direitos fundamentais é injustificável. Dá a entender, segundo argumentou em conferência proferida no *Seminário Internacional de Direito Constitucional - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS no limiar do Terceiro Milênio*¹⁰⁷, que a geração posterior opera uma substituição da anterior. Para o constitucionalista português, os direitos fundamentais não são substituídos por outros, pois as Constituições contemporâneas mostram que há, na verdade, uma densificação dos direitos fundamentais, um entrecruzamento. Por outro lado, afirma ainda ser perigosa a confusão entre direitos fundamentais e direitos dos povos (paz, desenvolvimento etc.), pois, “nos últimos trinta anos, houve regimes políticos que os invocaram precisamente para esmagar os direitos fundamentais”¹⁰⁸.

De qualquer forma, com relação à primeira crítica, no que se refere à insustentabilidade conceptual da tricotomia geracional dos direitos fundamentais, concorda que há uma correta utilização da divisão no sentido de localização histórica do aparecimento destes ou daqueles direitos, o que em si justifica seu valor. Visualizar historicamente os

¹⁰⁵ Cf. BOBBIO. *A era dos direitos*, 1992, pp. 32-33.

¹⁰⁶ Cf. BONAVIDES, op. cit., p. 523.

¹⁰⁷ Evento promovido pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, entre os dias 23 a 25 de outubro de 1996, em Porto Alegre, como parte das comemorações dos seus 50 anos.

¹⁰⁸ JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional IV*, 1993, p. 24.

direitos é tratá-los como gerações de direitos que se superpõem e se condensam, o que leva a concluir que não há a alegada desvalorização de uma delas.

No que toca à segunda crítica, deve-se levar em conta que hoje em dia os direitos fundamentais não se configuram somente posições meramente individuais, mas sim exigências de grupos (os direitos sociais são, antes de tudo, direitos de grupos). Ou seja, a comunidade mesma pode ser considerada titular de um direito a ter direitos, pois isso reflete a própria historicidade na configuração dos direitos do homem, conforme frisado por BOBBIO. Trata-se de uma consciência histórica reconhecida pela própria humanidade através da Declaração Universal da segunda metade do século XX¹⁰⁹, onde se percebe mudanças com relação à Declaração de 1789.

Assente a validade da tricotomia geracional dos direitos fundamentais, cumpre estudar melhor as peculiaridades de cada fase. Os da primeira geração, como já se mencionou, são os direitos de liberdade e correspondem, historicamente, ao advento mesmo do constitucionalismo moderno. Respondem às necessidades vivenciadas pela burguesia, carentes de liberdades frente ao absolutismo. Só que não se resumem a isso, pois torna-se difícil conceber um Estado democrático sem a garantia das liberdades individuais, traduzidas na liberdade de consciência, de reunião, associação etc. De qualquer forma, nascendo juntos com a era moderna, expressam aquela concepção individualista (*princípio da subjetividade*) da sociedade moderna e têm por titular o sujeito individualmente considerado. São, dessa forma, oponíveis ao Estado, e se traduzem como faculdades ou atributos da pessoa, ostentando como traço mais característico a subjetividade¹¹⁰.

¹⁰⁹ Cf. BOBBIO, *A era dos direitos*, op. cit., p. 34.

¹¹⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 517.

Os direitos da segunda geração, os de igualdade, na versão de Paulo BONAVIDES, correspondem aos direitos políticos e aos direitos sociais, culturais e econômicos, que “germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século”¹¹¹. São construídos a partir das carências vivenciadas pela classe operária e reivindicados em lutas e conflitos pela emancipação e construção das condições da justiça social. Caracterizam, pois, o constitucionalismo das distintas formas de Estado social, contrariamente dos da geração anterior, que expressam o constitucionalismo do Estado liberal.

Os direitos da terceira geração (de solidariedade), por sua vez, já identificados acima em pelo menos cinco, ainda se prendem ao constitucionalismo do Estado social, servindo justamente para sua consolidação e desenvolvimento.

Paulo BONAVIDES ainda se refere aos direitos fundamentais da quarta geração, frutos da globalização política na esfera da normatividade jurídica. Ainda aqui faz-se presente o conceito de constitucionalismo do Estado social, pois tais direitos correspondem à derradeira fase de institucionalização desse Estado. São eles “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”, que “não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem - sem, todavia, removê-la - a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração”¹¹². E isso importa evidenciar: que os direitos sociais e posteriores articulam-se dialeticamente com as liberdades civis para que estas não se reduzam a meras declarações formais. Ou seja, antes de simplesmente desconhecê-las, as novas posições jurídicas concretizam o ideal de liberdade do homem.

¹¹¹ BONAVIDES, *ibid.*, p. 518.

¹¹² BONAVIDES, *ibid.*, p. 525.

Por outro lado, cabe abrir um parêntesis para mencionar que o processo de conquista de direitos, na forma linear e cumulativa referida acima, desde as liberdades, até a implementação dos direitos sociais, culturais e econômicos, já ocorreu em quase todos os países industrializados¹¹³. E que por isso ditas nações hoje priorizam a reivindicação dos direitos da quarta geração. Diferentemente, afirma Antônio Carlos WOLKMER, “nas sociedades latino-americanas e, fundamentalmente, no Brasil, as reivindicações se dão, sobretudo, a nível de direitos civis, políticos e sociais. Assim, as demandas e as lutas históricas, na América Latina, têm como objetivo a implementação de direitos em função das necessidades de sobrevivência e subsistência da vida”¹¹⁴.

De qualquer forma, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante juridicamente os direitos das diversas gerações, sejam eles os individuais (art. 5º e incisos); políticos (arts. 14 e 15); sociais, culturais e econômicos (arts. 6º-11, 170, 194 e ss.); à proteção ecológica (art. 225, *caput*)¹¹⁵, podendo ser considerado o Estado por ela instituído, ao menos juridicamente, um Estado social e democrático de Direito¹¹⁶.

Finalmente, como última fase da abordagem desta seção, é necessário mencionar o problema da globalização e seus efeitos na política dos direitos do homem. Atualmente, frente à crise provocada pelos acontecimentos de 1989, os movimentos progressistas sustentam sua linguagem de emancipação na política dos direitos humanos. Antes de significar o desgaste dessa política, o fenômeno da globalização deve levar à adoção

¹¹³ WOLKMER, op. cit., p. 45.

¹¹⁴ WOLKMER, *ibid.*, p. 45.

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 1993, na p. 168, prefere classificar os direitos fundamentais, com base na Constituição, em cinco grupos: I - direitos individuais (art. 5º); II - direitos coletivos (art. 5º); III - direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.); IV - direitos à nacionalidade (art. 12); V - direitos políticos (arts. 14 a 17). Como se percebe, não faz referência aos direitos da 4ª geração, um dos quais seria justamente o de proteção ecológica. Parece incluí-lo entre os direitos sociais, pela remissão aos dispositivo constitucional pertinente.

de uma noção de direitos humanos que os tome como fundamento para enfrentar os problemas inerentes ao globalismo, pois a consequência mais danosa desse fenômeno sem dúvida é uma nova fase de domínio do capital financeiro internacional e a desestruturação das condições de vida das comunidades políticas dependentes¹¹⁷.

Sem uma proposta alternativa, a (globalização) pode significar a deterioração de muitas vantagens jurídicas fundamentais, cujo exemplo empírico mais contundente é a própria reformulação dos conteúdos básicos da Constituição Federal de 1988 e a sua tendência a eliminar especialmente os direitos sociais e econômicos.

Enfrentando essa questão, Boaventura de Sousa SANTOS¹¹⁸ diz que no mundo das globalizações, há que se adotar uma noção multicultural dos direitos humanos, resultado de um diálogo estabelecido entre diferentes culturas. Trata-se de um diálogo intercultural sobre a dignidade humana. Esse processo democrático seria estabelecido através de uma (hermenêutica diatópica) (“conversa” a partir dos *topoi* de cada cultura), que serve para indicar as insuficiências de ambas as culturas de direitos em diálogo, ampliando ao máximo a consciência de incompletude mútua.

Através de uma proposta assim elaborada, evita-se que uma determinada cultura imponha seus valores a outra (colonizando-a). Assim, a noção ocidental de direitos humanos não seria simplesmente adotada por outras culturas (orientais), mas submetida a um processo dialógico de adaptação, que, ao final, identifica as deficiências da própria política ocidental. Nesses termos, coloca-se uma proposta alternativa ao processo de globalização realizado pelos grupos financeiros internacionais, ou seja, uma proposta que

¹¹⁶ Sobre a caracterização do Estado brasileiro como um Estado Social e Democrático de Direito, ver a interessante discussão de SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 1993, pp. 102-111.

¹¹⁷ Cf., nesse sentido, RAMOS FILHO, Wilson. *Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo*, 1996; ROTH, André-Noël. *O direito em crise: fim do estado moderno*, 1996.

pretende evitar a globalização de cima para baixo. O que se tem em vista é a conceitualização e prática dos direitos humanos como um projeto cosmopolita, efetivamente progressista e emancipador.

Assim, no atual momento histórico, antes que capitular frente ao processo de erosão dos valores jurídicos fundamentais, deve-se lutar pela criação de um constitucionalismo mundial democrático, tomando efetivamente a sério as Declarações internacionais de direitos humanos¹¹⁹. Analisar essa questão com a devida seriedade demanda, deve-se reconhecer, a execução de uma pesquisa exclusiva

5. Direitos fundamentais, cidadania e pluralismo jurídico

A teoria dos direitos fundamentais, além de tudo, está estreitamente vinculada ao conceito de cidadania. Na discussão desse tema, percebe-se que o pensamento político liberal também se encontra superado, mesmo que se considere o predomínio do liberalismo eminentemente econômico atualmente em voga. O liberalismo político clássico restringe o conceito de cidadania, através de um discurso juricista, a uma titularidade do nacional ao “direito de voto e outros direitos de menor relevância, como os de exercer cargos públicos e o de elegibilidade”¹²⁰. As gerações de direitos, na linha da tradição liberal, identificam a evolução do conceito de cidadania política, conforme formulação elaborada por

¹¹⁸ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*, 1997.

¹¹⁹ Cf., nesse sentido, FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*, 1997, p. 105-107.

T. H. MARSHALL¹²¹. Nesse sentido, “cidadania é o conteúdo da pertença igualitária a uma dada comunidade política e afere-se pelos direitos e deveres que o constituem e pelas instituições a que dá azo para ser social e politicamente eficaz”¹²². Mas MARSHALL é mais incisivo na sua análise, pois concebe a evolução da cidadania como um processo de conquista de direitos diretamente vinculado às contradições entre as classes sociais¹²³.

De qualquer forma, o discurso é, sobretudo, um discurso jurídico da cidadania vinculado à matriz político-ideológica liberal, e ao seu correlato de democracia representativa, sendo, aliás, seu elemento fundante. Tal perspectiva dissimula a complexidade do tema da cidadania.

Igualmente no discurso jurídico pátrio a cidadania apresentava-se, até bem pouco tempo, como uma construção exclusivamente normativa, configurando-se como um atributo concedido pelo Estado - através da lei - ao indivíduo nacional. Assim procedendo, tal categoria estática torna-se desprovida de qualquer potencialidade instituinte, razão pela qual “esvazia-se sua historicidade, neutraliza-se sua dimensão política em sentido amplo e sua natureza de processo social dinâmico e instituinte”¹²⁴.

Nos últimos anos, porém, surgiram indícios e comprovações de articulações teóricas melhor elaboradas, que apontam para uma nova maneira de encarar conceitualmente a cidadania. Isso, a bem da verdade, a partir de uma nova realidade social. De

¹²⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*, 1993, p. 41.

¹²¹ Cf. MARSHALL, T. H. *Cidadania e classe social*, 1967, pp. 57-114.

¹²² SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade*, 1996, p. 243.

¹²³ É WEFORT, Francisco Corrêa, *a cidadania dos trabalhadores*, 1981, p. 139-140, quem anota: “...Marshall reconheceu no interior das democracias modernas a existência de uma tensão permanente - uma ‘guerra’, diz ele em determinado momento - entre o princípio de igualdade implícito no conceito de cidadania e a desigualdade inerente ao sistema capitalista e à sociedade de classes.”

¹²⁴ ANDRADE, Vera R. P. de, op. cit., p. 29. De qualquer maneira, ainda se tem muitas referências doutrinárias que consideram o conceito de cidadania estreitamente ligado a questões juristicistas. Cf., a título de exemplo, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*, 1995.

fato, a superação da cidadania jurdicista liberal é, primeiramente, consequência da tentativa de instauração de um novo modelo de Estado e de organização social, o chamado Estado de Bem-Estar Social, que irá propiciar o surgimento da cidadania social. Como afirma Fábio Konder COMPARATO, “a idéia-mestra da nova cidadania consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a idéia de participação”¹²⁵.

Mas a mudança vai além do próprio *Welfare State* e o asseguramento dos direitos econômicos e sociais. Na verdade, operando uma síntese dialética com o antigo conceito de cidadania, que tem no seu núcleo a referência a direitos, a nova cidadania dos anos 90 mantém essa referência à noção de direitos, mas, em nível superior, “trabalha com uma redefinição da idéia de *direitos*, cujo ponto de partida é a concepção de um *direito a ter direitos*”¹²⁶. Essa concepção, no dizer de Boaventura de Souza SANTOS, extravasa da mera concessão de direitos abstratos e universais, indicando a necessidade de modificações, rupturas, transformações concretas imediatas e locais¹²⁷.

Para além de uma cidadania cujo conteúdo é pertencer a uma dada comunidade política e aferir direitos universais, basicamente os direitos de liberdade e também o de voto, uma nova noção envolve a necessidade de participação, ao invés da representação. Boaventura S. SANTOS afirma que, ao invés da hegemonia do princípio do mercado (Locke), tal proposta resgata o princípio da comunidade (Rousseau), que ao lado do princípio do Estado (Hobbes) caracterizam o pilar da regulação que sustenta a modernidade.

¹²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A nova cidadania*, 1993, p. 92.

¹²⁶ DAGNINO, Evelina. *Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania*, 1994, p. 107.

¹²⁷ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 1996, p. 261.

No seio da transformação do conceito de cidadania está um fenômeno social que tem dominado já desde os anos 80 a sociologia política: a emergência dos Novos Movimentos Sociais (NMSs), cuja definição proposta por Dalton e Kuechler, é a seguinte: “um setor significativo da população que desenvolve e define interesses incompatíveis com a ordem política e social existente e que os prossegue por vias não institucionalizadas, invocando potencialmente o uso da força física ou da coerção”¹²⁸. Definição bastante elástica e que não chega a dizer muito. Mas, observando a América Latina, por exemplo, percebe-se que a enumeração desses movimentos é realmente bastante heterogênea, abrangendo CEBs (Comunidades Eclesiais de Base), novos sindicalismos urbano e rural, movimento feminista, movimento ecológico etc.

O aspecto novo desse fenômeno reside no fato de os NMSs constituírem tanto uma crítica da regulação social capitalista, como uma crítica da emancipação social socialista, nos termos propostos pelo marxismo. A emancipação pela qual lutam é a de enfrentar a realidade opressora aqui e agora, através de mecanismos imediatos e com ampla participação dos implicados no processo. Trata-se da constituição de sujeitos ativos, definindo o que eles consideram ser os seus direitos e lutando pelo seu reconhecimento. Trazem, por isso mesmo, como novidade maior, o “alargamento da política para além do marco liberal da distinção entre Estado e sociedade civil”¹²⁹.

¹²⁸ DALTON & KUECHLER *Apud* SANTOS, Boaventura de Souza, op. cit., p. 257.

¹²⁹ DAGNINO, Evelina, op. cit., p. 109. A autora também se refere à necessidade que a nova cidadania tem em “transcender o foco privilegiado da relação com o Estado, ou entre o Estado e o indivíduo, para incluir fortemente a relação com a sociedade civil”. Por sua vez, SANTOS, Boaventura de Souza, op. cit., p. 263, acrescenta que, em vista disso, “o *princípio da comunidade rousseauiana* é o que tem mais virtualidades para fundar as novas energias emancipatórias. A idéia da *obrigação política horizontal*, entre cidadãos, e a idéia da *participação* e da *solidariedade concretas* na formulação da vontade geral são as únicas susceptíveis de fundar uma nova cultura política e, em última instância, uma nova qualidade de vida pessoal e colectiva assentes na *autonomia* e no *autogoverno*, na *descentralização* e na *democracia representativa*, no *cooperativismo* e na *produção socialmente útil*” (grifamos).

Em correspondência com essa noção de cidadania, que aponta para uma democracia fundada na participação efetiva e consciente de novos sujeitos coletivos, Antônio Carlos WOLKMER, na obra *Pluralismo jurídico*, oferece as bases teóricas para se pensar um novo tipo de cultura jurídica, o pluralismo jurídico comunitário.

Através desse conceito, trata-se de “captar o conteúdo e a forma do fenômeno jurídico mediante a informalidade de ações concretas de atores coletivos, consensualizados pela identidade e autonomia de interesses do todo comunitário, num *locus* político, independentemente dos rituais formais de institucionalização”¹³⁰. NMSs tornam-se as fontes privilegiadas da produção jurídica, permitindo inserir, como consequência, o direito na dinâmica interativa e espontânea da própria sociedade, interligado às relações sociais e às necessidades humanas fundamentais.

A legitimidade dos movimentos sociais para afirmarem direitos é fundada no reconhecimento de necessidades por ele vivenciadas, que motivam o seu comportamento para a aquisição de bens materiais e imateriais considerados essenciais. Nesse particular, não se distancia da fundamentação de direitos adotada neste trabalho, mesmo quanto ao aspecto de sua legitimidade, novamente repousando na proibição de utilizar outra pessoa como mero meio.

Finalmente, ao lado da constatação de que os movimentos sociais surgidos a partir dos 70 reinvocam o princípio da comunidade rousseauiano em detrimento do princípio do estado, operando dessa forma um alargamento do conceito de democracia e espaço público, cumpre ressaltar que esse novo modo de encarar a cultura jurídica se vale de uma ética equivalente, a ética concreta da alteridade, de cunho libertário, que emerge do

¹³⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*, 1994, p. 107.

processo mesmo de emancipação. Dessa forma, “os movimentos sociais se legitimam para criar, produzir e definir princípios éticos de uma nova sociedade, pautados na emancipação, autonomia, solidariedade, justiça e da dignidade de uma vida capaz da satisfação das necessidades fundamentais”¹³¹.

No entanto, o pluralismo jurídico de novo tipo na verdade não apresenta uma contradição insolúvel com o direito constitucional, como já anotou Néviton O. B. GUEDES, pois uma das frentes de luta dos movimentos organizados traduz-se na busca de efetivação das normas constitucionais que veiculam direitos já formalmente proclamados, quiçá os direitos sociais, econômicos e culturais. Isso deixa transparecer inclusive uma certa complementaridade entre a idéia de pluralismo jurídico e o direito constitucional¹³².

Talvez o termo complementaridade não seja o mais correto para expressar a coexistência entre uma multiplicidade de ordens jurídicas informais e o centro normativo estatal, este expressando a unidade das instituições reguladoras da convivência em sociedade. Há muitas vezes uma tensão entre normatividade instituída e informalidades normativas, geradora de novas formas de ser do fenômeno jurídico. Essa assertiva tem como consequência mais direta a exigência de uma nova maneira de encarar e estudar o direito, tal como este se apresenta nas sociedades atuais. É que ao mesmo tempo em que se deve ter presente a força normativa da legalidade dos poderes públicos, o estatuto daí resultante deve abrir-se a um diálogo com as regras extralegais do meio social. Como diz J. J. Gomes CANOTILHO, não se trata da dissolução da constituição formal na velha “constituição real”, nos “fatos políticos”. Antes, trata-se de acolher as informalidades “normativas” ou “regulativas”, obedecendo-se a certos requisitos:

¹³¹ WOLKMER, Antônio Carlos, op. cit., p. 244.

- “1) *devem constituir expectativas regulares de comportamentos;*
- 2) *devem ter conexão imediata com as normas jurídico-constitucionais;*
- 3) *devem ter um fundamento de validade jurídica.*”¹³³

Trata-se de definir juridicamente a Constituição como um “sistema normativo aberto de regras e princípios”¹³⁴. Esse conceito, que será melhor analisado no próximo capítulo, possibilita entender a Constituição como um pacto com força normativa vinculante e dirigente (respeitando suas origens modernas), mas que, ao mesmo tempo, mantém um diálogo com as informalidades normativas, ou seja, relaciona-se com a atividade dos novos sujeitos coletivos presentes na sociedade. A abertura do sistema significa justamente o diálogo da normatividade com as informalidades tópico-normativas do meio social, que concretamente expressam sua concepção de dignidade. O sistema constitucional é aberto à moral, na qual se tornam relevantes os argumentos éticos levantados pelos sujeitos coletivos.

Essa interdependência pode ser encarada como um elemento de renovação da própria forma de organização democrática da sociedade, conforme menciona Boaventura S. SANTOS, que expressa sua crença de que a renovação da teoria democrática se

¹³² Cf. GUEDES, Néviton de Oliveira Batista. *Para uma crítica à concretização das normas constitucionais a partir de José Joaquim Gomes Canotilho*, 1995, pp. 40-43.

¹³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 1995, pp. 21 e 22.

¹³⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 165.

assenta na articulação entre a democracia representativa e democracia participativa¹³⁵. Nesse sentido, deve-se considerar a Constituição como o instrumento que garante a democracia representativa, já que institui formalmente o Estado democrático de Direito. A existência de movimentos e organizações da sociedade civil significa a retomada do princípio da comunidade, que, canalizando a participação direta das pessoas, relaciona-se com a Constituição formal e, junto com esta, compõe uma nova realidade democrática. Os NMSs são, nesse sentido, aplicadores da Constituição, tanto quanto os agentes públicos. Isso se verá melhor quanto for estudado o método aberto da interpretação da Constituição.

6. Conseqüências da constitucionalização dos direitos fundamentais

Em primeiro lugar, a positivação dos direitos fundamentais reflete na própria teoria do direito. Devido à importância dos direitos fundamentais como sustentáculo legitimador do Estado moderno, é correto identificar o direito não mais como o meio coercitivo responsável somente pela imposição de penas a determinados comportamentos e condutas tidos como indesejáveis. Norberto BOBBIO já apontou os limites dessa concepção restrita para avaliação do moderno Estado de Direito¹³⁶. De fato, este não somente condiciona ou impõe medidas coativas aos indivíduos que violam o ordenamento jurídico, mas, igualmente, atribui-se uma tarefa inegável no contexto contemporâneo: a promoção do bem.

¹³⁵ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza, op. cit., pp. 270-271.

¹³⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 1977.

estar através do incentivo e prêmio, visando estimular as condutas desejáveis. Trata-se da tarefa de implementar ativamente os direitos formalmente reconhecidos na Constituição, especialmente aqueles que exigem prestações positivas.

Demonstrando o caráter intersubjetivo dos direitos subjetivos, Jürgen HABERMAS é claro ao afirmar que eles são co-originários com o direito objetivo, pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente. Isso porque, de acordo com a teoria discursiva do direito, o reconhecimento recíproco de direitos e deveres é constitutivo de uma ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis judicialmente¹³⁷. Ou seja, o direito é um sistema de liberdades de ação pública subjetivas, ou, ainda, o direito é o conjunto de direitos instituídos através de determinada interpretação constituinte. Se assim é, a teoria do direito não poderia passar ao largo das tarefas exigidas pelos direitos de bem-estar.

Outrossim, a inscrição dos direitos na positividade constitucional acarreta uma subtração do seu reconhecimento à disponibilidade do legislador ordinário. Isso porque quem dá a luz à Constituição, não custa recordar, é o poder constituinte originário, poder eminentemente de fato, não institucionalizado, mas, pelo contrário, que institui o Estado. Se assim é, a fonte criadora dos direitos fundamentais está por cima de qualquer poder instituído¹³⁸.

Naturalmente que a idéia de poder constituinte, fazendo com que o Estado se submeta a uma ordenação jurídico-constitucional, conduz a uma vinculação de todos os poderes estatais aos direitos fundamentais. Nesse sentido, e considerando ainda o

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1997, p. 121.

¹³⁸ Cf. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1994, pp. 111 e ss. Na p. 112, prieto SANCHIS afirma, sobre a doutrina do poder constituinte, que esta “representa una condición esencial para concebir los derechos fundamentales como auténticas obligaciones estatales”.

princípio da limitação externa de todos os poderes públicos através das normas materiais da Constituição, pode-se afirmar que “os direitos fundamentais constituem sem dúvida o setor mais importante destas normas materiais, quer dizer, o setor mais importante da Constituição como fonte do Direito”¹³⁹. A vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais torna-se de fundamental importância para o desenvolvimento posterior desta dissertação, e por isso deve ser melhor analisada.

O fato de a ordem jurídico-normativa conter elementos axiológicos, como são os direitos fundamentais, considerados vinculantes para os poderes públicos, fornece as condições para formulação da teoria do garantismo jurídico, elaborada por Luigi FERRAJOLI¹⁴⁰. O jurista italiano parte da constatação de que nos modernos estados constitucionais ocorreu uma incorporação dos direitos fundamentais ao ordenamento jurídico positivo, via Constituição, que são conteúdos ou valores de justiça elaborados pelo jusnaturalismo racionalista e ilustrado. Em consequência, também ocorreu uma aproximação entre *legitimação interna ou dever ser jurídico* e *legitimação externa ou dever ser extra-jurídico*, o que torna relativo o sentido do velho conflito entre direito positivo e direito natural. Todo estado de direito, especialmente se está dotado de uma Constituição rígida, “é suscetível de valoração não só externa, referida a princípios naturais de justiça, senão também interna, quer dizer, referida a seus próprios princípios tal e como estão garantidos por essas tábuas positivas de direito natural que são os textos constitucionais”¹⁴¹.

A estrutura normativa de um estado de direito assim descrito torna-se mais complexa. O que melhor exprime essa complexidade são as condições de validade

¹³⁹ PRIETO SANCHIS, op. cit., p. 116.

¹⁴⁰ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 1996, parte III, cap. 7, seção 26, em especial, que trata da estrutura normativa do estado de direito.

¹⁴¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, p. 357.

estabelecidas por suas leis fundamentais, as quais incluem condições de justiça substancial, representadas pelos direitos constitucionais fundamentais. Diante disso, FERRAJOLI elabora uma distinção no que toca ao problema da validade das normas jurídicas, chamando de vigência à validade somente formal das normas e de validade propriamente dita à validade também substancial das normas produzidas, dando origem à divisão da legitimidade jurídica ou interna em legitimidade jurídica formal e legitimidade jurídica substancial.

Uma norma não vigente é aquela produzida com desrespeito às condições formais de validade; ao seu turno, norma vigente mas não válida é aquela juridicamente ilegítima no plano substancial. Essa a principal implicação na teoria jurídica acarretada pela complexidade do atual Estado de Direito Constitucional. Nesse processo, os direitos fundamentais aparecem como os conteúdos primeiros das condições substanciais de validade, assim definidos: “...faculdades ou expectativas de todos que definem as conotações substanciais da democracia e que estão constitucionalmente subtraídas ao arbítrio das maiorias como limites ou vínculos irrenunciáveis das decisões de governo... (e recebem) as necessidades ou interesses materiais primários das pessoas, cuja garantia equivale à tutela por igual de suas diversas identidades e, ao mesmo tempo, à realização pelo menos tendencial de sua igualdade substancial¹⁴². Não diferencia ou faz restrições a qualquer tipo de direito, englobando como fundamentais todos aqueles tidos como vitais, sejam liberais ou sociais.

Dadas essas primeiras observações, FERRAJOLI aponta, então, os elementos de uma teoria geral do garantismo, assim enumerados: 1) caráter vinculado do poder público no estado de direito; 2) divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e um

¹⁴² FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, p. 884.

certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior¹⁴³; 3) distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade; 4) autonomia e precedência do primeiro e um certo grau irredutível de ilegitimidade política das instituições vigentes com respeito a ele. No que toca ao aspecto metodológico, seu principal pressuposto é a separação entre direito e moral e, mais em geral, entre ser e dever ser.

Se (a) ao nível da teoria geral do direito a consequência da incorporação dos direitos fundamentais no ordenamento positivo, via Constituição, foi o de estabelecer a distinção entre validade e vigência, como já se estudou, FERRAJOLI diz que esse mesmo fato tem também consequências (b) ao nível da teoria política: revisão da concepção puramente processual da democracia e o reconhecimento da sua dimensão substancial; © ao nível da teoria da interpretação e da aplicação da lei: redefinição do papel do juiz e uma revisão das formas e das condições da sua sujeição à lei; (d) ao nível da metateoria do Direito (ciência jurídica): função já não simplesmente descritiva, mas também crítica e criativa em relação ao seu objeto¹⁴⁴.

Quanto ao nível da teoria da interpretação e da aplicação da lei, que mais interessa, naturalmente a incorporação, em nível constitucional, dos direitos fundamentais, bem como os desníveis entre as normas, gerando o problema da invalidez, “alteram a relação entre o juiz e a lei”

¹⁴³ FERRAJOLI, considerando que a proclamação dos direitos fundamentais equivale à estipulação de valores, e considerando ainda ser próprio destes não serem perfeitamente realizáveis, afirma haver uma “latente y estructural ilegitimidad jurídica del estado de derecho debida a la ambición de las promesas formuladas en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en sus niveles inferiores”. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, p. 867.

¹⁴⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*, 1997, p. 94. No que toca o nível da teoria política, diz o autor que “as normas formais garantem a dimensão formal da ‘democracia política’, no que respeita ao quem e ao como das decisões; as normas substanciais garantem a ‘democracia substancial’, dado que respeita ao que não pode ou deve ser decidido pela maioria, vinculadas ao respeito dos direitos fundamentais” (p. 98). Já à ciência jurídica caberia agora a crítica do “Direito inválido” ou “ilegítimo”, posto que produzido em contradição com normas superiores. Sua principal tarefa seria a anulação das normas assim consideradas, tarefa simultaneamente científica e política. Além disso, teria a incumbência de elaborar técnicas jurídicas de garantia dos direitos sociais tão eficazes quanto as criadas para os direitos de liberdade e de propriedade, quer dizer, teorizar e conceber um Estado Social de Direito comparável ao velho Estado de Direito Liberal (pp. 104 e ss.).

atribuem à jurisdição um papel de garantia do cidadão contra as violações da legalidade, a qualquer nível, por parte dos poderes públicos”¹⁴⁵. De acordo com esse novo posicionamento, a sujeição do juiz à lei só teria sentido quando esta é plenamente válida, quer dizer, desde que seja coerente com os significados da Constituição, fato que sempre exigirá uma avaliação do próprio juiz.

A interpretação judicial deve implicar o aproveitamento dos significados da lei que sejam igualmente válidos, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos. Estabelece-se, portanto, “uma interpretação da lei conforme a Constituição e, quando a contradição é insanável, ^é dever do juiz de declarar a invalidez constitucional; portanto, já não uma sujeição à lei de tipo acrítico e incondicional, mas sim sujeição, antes de mais à Constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas por meio da sua reinterpretação em sentido constitucional ou a sua (denúncia) por inconstitucionalidade”¹⁴⁶. Dessa forma, o Poder Judiciário vê-se legitimado e com independência garantida não somente pela sujeição à lei, mas, antes de tudo, pela sujeição do juiz à Constituição e pelo seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. E já que estes representam o núcleo da “democracia substancial”, de que fala FERRAJOLI, torna-se perfeitamente fundamentada a proposição de que os direitos fundamentais constituem o fundamento de atuação da jurisdição.

Convém mencionar que essa elaboração mais sofisticada, que dá origem até mesmo a uma nova teoria jurídica, já era referida, em menor escala, pelos constitucionalistas em geral. Jorge MIRANDA, no seu estudo sobre direitos fundamentais, faz referência à possibilidade dos cidadãos poderem suscitar a inconstitucionalidade, ou a desconformidade ou ilegalidade, em qualquer tribunal, de qualquer ordem de jurisdição, por via de exceção ou por ação de simples apreciação¹⁴⁷.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, *O direito como sistema de garantias*, 1997, p. 100.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, *O direito como sistema de garantias*, p. 101.

¹⁴⁷ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional IV: direitos fundamentais*, 1993, p. 239.

Assim também Luis Prieto SANCHIS, que menciona a possibilidade de as normas constitucionais serem diretamente aplicadas pelos juízes, especialmente as relativas aos direitos fundamentais, na resolução dos casos concretos, mesmo naqueles países em que há um Tribunal Constitucional. Se uma lei por ventura vulnera algum direito fundamental, um juiz pode considerá-la não recepcionada, se pré-constitucional, ou mesmo inconstitucional, se posterior à Constituição¹⁴⁸.

J. J. Gomes CANOTILHO igualmente fala da aplicabilidade direta das normas constitucionais de direitos, liberdades e garantias. Depois, confirma a vinculação dos atos jurisdicionais aos direitos fundamentais e no conseqüente problema da fiscalização judicial da lei desconforme com as normas que os consagram¹⁴⁹. Mesmo no caso da jurisdição civil, e desde o momento em que os direitos fundamentais são tidos como eficazes na esfera jurídica privada dos indivíduos, impõe-se a aplicação da lei em conformidade com a constituição, pela via da interpretação conforme a constituição, ou a desaplicação da lei (por inconstitucional) violadora dos direitos subjetivos ou dos bens constitucionalmente garantidos pelas normas consagradoras de direitos fundamentais¹⁵⁰. A partir dessas pontificações, CANOTILHO, referindo-se à Constituição portuguesa, afirma:

“a eficácia imediata dos direitos, liberdades e garantias na CRP postula ainda a interpretação

¹⁴⁸ Cf. PRIETO SANCHIS, op. cit., p. 117.

¹⁴⁹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, p. 578 e ss. Na p. 588, o constitucionalista português diz que o “juiz deve aplicar a lei, mas, por outro lado, não pode aplicar ‘normas que infrinjam o disposto na constituição ou os princípios por ela consagrados. Isto significa a prevalência da vinculação pela constituição (princípio da constitucionalidade) em desfavor da vinculação pela lei (princípio da legalidade)’”. E continua: “...os juizes, no caso de lei polissêmica, devem procurar atribuir-lhe o sentido mais conforme com os direitos, liberdade e garantias... (bem como) caso a mácula constitucional da lei seja indiscutível, segundo a perspectiva do juiz da causa, ele deve desaplicá-la no caso concreto, sobretudo quando a inconstitucionalidade se basear em violação de direitos, liberdade e garantias”.

*aplicadora conforme a constituição, fundamentalmente
conducente a uma interpretação conforme os direitos
fundamentais... (significando que) as soluções
diferenciadas a encontrar não podem hoje desprezar o
valor dos direitos, liberdades e garantias como
elementos de eficácia conformadora imediata do
direito privado.*¹⁵¹

Portanto, o direito constitucional já se preocupava com o problema da eficácia conformadora dos direitos fundamentais. FERRAJOLI tem o mérito de levar mais adiante a importância de sua institucionalização, estabelecendo conceitos relevantes para a ciência jurídica atual, bem como para a teoria da interpretação e aplicação da lei.

Assim, vistos os conceitos que compõem a teoria geral dos direitos fundamentais, trabalho até aqui realizado, esta seção teve a intenção de mostrar as consequências jurídico-políticas de sua constitucionalização, especialmente a vinculação dos poderes públicos. Se ocorre a vinculação do poder judicial aos direitos fundamentais, então a possibilidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos encontra fundamento e motivação. O que se vai fazer, em seguida, é justamente tentar demonstrar a necessidade desse procedimento, no terreno próprio da hermenêutica constitucional, pois é o que cabe realizar no âmbito de uma dissertação de Mestrado. Mas antes, deve-se abordar a teoria jurídica dos fundamentais, como condição para o estudo da interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais.

¹⁵⁰ Cf. CATONILHO, op. cit., p. 598.

¹⁵¹ CANOTILHO, ibid., p. 599-600.

Capítulo II

A TEORIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. A classificação das normas constitucionais

Não é exagerado afirmar que a classificação das normas constitucionais é um dos temas mais polêmicos da teoria constitucional. E isso se deve fundamentalmente pelo fato de que com a classificação se estabelece, não só teoricamente, mas sobretudo na prática jurídica efetiva, a eficácia e os efeitos que podem ter cada grupo de normas, de acordo com seu lugar na classificação. Via de regra, por exemplo, costuma-se denominar de normas programáticas aquelas normas constitucionais que contêm meros programas, exortações não vinculantes, juridicamente falando, ou mesmo apelos para que os poderes instituídos, em especial o Legislativo, atuem no sentido de sua concretização:

Ora, não à toa, consideram os direitos sociais, econômicos e culturais como veiculados formalmente através dessa categoria de normas, as ditas normas programáticas¹. Assim sendo, a essa classe de direitos é outorgado um status jurídico-formal correspondente ao que usufrui na fundamentação teórica elaborada pelo jusracionalismo

¹ Cf., a esse respeito, pertinente observação de SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1982, pp. 128; 130 e ss.

liberal. São considerados, em consonância com essa posição teórica, direitos de posição jurídica inferior. A essa observação soma-se o fato de que, no geral, o outro grupo de normas constitucionais é conhecido como normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Naturalmente, não se vislumbra nenhum óbice para que estas veiculem, através de suas disposições, os direitos de liberdade.

Na verdade, essa é uma alusão meio exagerada à maneira pela qual muito tempo foi tratado o problema. A metodologia de classificação das normas constitucionais é bem mais complexa e variada e seu estudo geralmente abarca autores ao longo de pelo menos um século. Não é o caso de aqui retratar todo o debate a respeito e fazer um inventário exaustivo das diversas classificações, algo que já foi feito não poucas vezes². Além disso, o que mais importa é ressaltar o conceito de norma de direito fundamental, estudar sua classificação mais atualizada e as implicações de sua inserção no sistema jurídico, como etapas prévias para melhor abordar o problema da interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais.

Todavia, por razões metodológicas, torna-se inafastável relacionar algumas classificações, como forma de revisão bibliográfica do assunto e para servir de caminho aos objetivos maiores deste capítulo, acima mencionados.

1.1. A clássica doutrina norte-americana

² No âmbito do CPGD/UFSC, cf. a dissertação de mestrado de GUEDES, Néviton de Oliveira Batista. *Para uma crítica à concretização das normas constitucionais a partir de José Joaquim Gomes Canotilho*, 1995, pp. 59 e ss., que se constitui em estudo exemplar sobre as classificações das normas constitucionais, com ênfase na doutrina brasileira.

No século passado, o constitucionalismo norte-americano se debatia sobre o problema. Naquele momento, as normas constitucionais são divididas em normas *self-executing*, *self-acting* ou *self-enforcing*, por um lado, e por outro, em normas *not self-executing* ou *not self-acting*. Tais conceitos são vertidos para o vernáculo por Rui BARBOSA, que passa a denominá-las, respectivamente, de normas *auto-aplicáveis* ou *auto-executáveis* e normas *não auto-executáveis* ou *não auto-aplicáveis*³.

As normas auto-aplicáveis são consideradas aplicáveis por si mesmas, independentemente de qualquer providência legislativa posterior, pois já contêm todos os elementos necessários para esse fim. Ao contrário, as normas não auto-aplicáveis necessitam de integração eficaz através de normas complementares ou ordinárias, para que possam gerar efeitos concretos.

No entanto, levando em conta que mesmo as normas constitucionais chamadas não auto-aplicáveis geram algum efeito, independentemente da providência que ela exige, há que se considerar absolutamente inadequada a expressão *não auto-aplicável* “para traduzir a realidade dos fenômenos jurídicos, não correspondendo, absolutamente, à natureza e aos irrecusáveis efeitos, embora limitados, de qualquer norma constitucional”⁴. Dessa classificação inicial, portanto, passa-se a outra melhor elaborada, com base na doutrina italiana, cujo expoente, no constitucionalismo brasileiro, é uma conhecida obra de José Afonso da SILVA.

³ A respeito, cf. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*, 1991, p. 299 e GUEDES, Néviton O. B., op. cit., p. 60-61.

⁴ TEIXEIRA, J. H. Meirelles, op. cit. p. 313. Na mesma página, o autor refere-se ao fato de que nem mesmo RUI desconhecia que “certas normas, classificadas como não auto-aplicáveis, poderiam produzir *certos efeitos*, e, portanto, *eram aplicáveis até certo ponto*”.

1.2. A classificação de José Afonso da Silva

No seu clássico *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, José Afonso da SILVA parte da idéia de que as normas constitucionais são aplicáveis em virtude de sua eficácia, definida esta como a potencialidade para produzir efeitos. Todas as normas têm eficácia jurídica, embora em grau variável. Assim, o problema passa a ser o limite de exequibilidade de cada norma constitucional, ou a “determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma”⁵.

Portanto, desde o início se nega a existência de alguma norma constitucional destituída de qualquer eficácia jurídica, o que até mesmo Rui Barbosa havia reconhecido. Se o ponto nodal para a correta classificação das normas constitucionais encontra-se na observação dos limites impostos aos seus efeitos - e não na assertiva de que algumas seriam destituídas de eficácia -, então elas podem ser classificadas da seguinte maneira:

- I - normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- II - normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral;
- III - normas de eficácia limitada:
 - a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos;
 - b) declaratórias de princípios programáticos.⁶

⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1982, p. 66.

⁶ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 75.

As primeiras são definidas como “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”⁷. Justamente por apresentarem todos os elementos necessários à sua executoriedade é que a elas é reconhecida a aplicabilidade imediata.

As normas de eficácia contida, por sua vez, “são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”⁸. Por isso sua aplicabilidade é imediata, mas possivelmente restringível, no alcance dos seus efeitos.

Finalmente, as normas de eficácia limitada declaratórias de princípios institutivos ou organizativos, também chamadas simplesmente de normas constitucionais de princípio institutivo, são “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei”⁹, tendo, pois, eficácia jurídica limitada e aplicabilidade integral dependente de complementação legislativa; enquanto as normas de eficácia limitada declaratórias de princípios programáticos, ou simplesmente normas constitucionais programáticas são aquelas, “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins

⁷ SILVA, José Afonso da, *ibid.*, p. 90.

⁸ SILVA, José Afonso da, *ibid.*, p. 105.

⁹ SILVA, José Afonso da, *ibid.*, p. 116.

sociais do Estado”¹⁰. Nessa classificação, são as últimas as que veiculam formalmente os direitos sociais, econômicos e culturais.

Antes de criticar o autor por inserir, na classificação oferecida, os direitos sociais no setor das normas programáticas, o que não é novidade, deve-se ressaltar que a estas ele atribui importantes efeitos jurídicos, independentemente da ação pública exigida para lhes perfeccionar a plena eficácia e aplicabilidade. Decerto, muito embora tenha que se complementar juridicamente sua potencialidade normativa, José Afonso da SILVA indica o mínimo de eficácia que essas normas têm, de forma imediata, direta e vinculante, pois elas:

- I - estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- V - condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;
- VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.¹¹

¹⁰ SILVA, José Afonso da, *ibid.*, p. 129.

¹¹ SILVA, José Afonso da, *ibid.*, p. 146-147.

1.3. A versão de Maria Helena Diniz

Com fundamento na metódica classificatória que se acabou de ver, Maria Helena DINIZ elabora a sua, inserindo uma categoria a mais e modificando a denominação da chamada norma de eficácia contida. Esta passa a ser chamada norma com eficácia relativa restringível. Assim, é a seguinte a sua proposta de classificação das normas constitucionais:

I - normas com eficácia absoluta;

II - normas com eficácia plena;

III - normas com eficácia relativa restringível; e

IV - normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação. Estas, por sua vez, desdobram-se em: 1) normas de princípio institutivo, “dependentes de lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos, nelas previstos”; 2) normas programáticas, “que comandam o próprio procedimento legislativo, por serem estabelecedoras de programas constitucionais a serem desenvolvidos mediante legislação integrativa da vontade do constituinte”¹².

Com exceção do primeiro tipo de norma, os demais apresentam definições semelhantes às elaborada por José Afonso da SILVA. Na verdade, o conceito de norma com eficácia absoluta é construído a partir da existência, no texto constitucional

brasileiro, das cláusulas pétreas do § 4º, art. 60. São, por assim dizer, disposições constitucionais intangíveis, insuscetíveis de emenda. Daí a razão do acréscimo do qualificativo *absoluto*.

Agora bem. Continuando a admitir, na mesma linha de raciocínio, que os direitos sociais são veiculados através de normas programáticas, essa classificação significa a radicalização do fosso jurídico-formal que os separa frente aos direitos individuais. De fato, estes passam a ser considerados normas constitucionais com eficácia absoluta, na terminologia da autora, pois são previstos no citado § 4º do art. 60 da Constituição da República. Através da proposta de classificação oferecida, conjugada com a letra do dispositivo constitucional acima referido, a garantia absoluta não se estende a todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. De qualquer forma, convém enumerar outras classificações para que se possa tecer os comentários críticos devidos.

1.4. A classificação de J. H. Meirelles Teixeira

Este autor também não destoa substancialmente das classificações já estudadas. No seu *Curso de Direito Constitucional*, igualmente considera que o termo não auto-executável (not self-executing) é inapropriado para se referir a normas constitucionais, mesmo aquelas com eficácia limitada. Diz que assim é porque mesmo as normas ditas programáticas se revestem de um mínimo de eficácia, seja negativa, “ao se erigirem em limites ou barreiras à ação do legislador ordinário, condicionando-a a certos princípios ou

¹² DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, 1992, p. 98-103.

diretrizes”, seja por exercer influência na aplicação de outras normas, “através de sua eficácia interpretativa e integradora”¹³.

Isto posto, a seu ver as normas constitucionais podem ser de duas categorias distintas:

I - normas de eficácia plena;

II - normas de eficácia limitada, ou reduzida. Estas, em si consideradas, subdividem-se em duas outras: 1) normas programáticas; 2) normas de legislação¹⁴.

1.5. Outras classificações, do ponto de vista do cidadão

Importa ainda fazer referência ao estudo elaborado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que se propõe inovador, pois estabelece “uma sistematização das normas constitucionais a partir exatamente da consistência da posição jurídica dos cidadãos ante as normas constitucionais”¹⁵. Nesse mister, identifica as seguintes espécies de normas:

I - “normas constitucionais que atribuem ao cidadão um ‘poder jurídico’ ou ‘situação jurídica’ cuja fruição independe de qualquer ‘prestação alheia’, (e) como regra, ‘requerem uma abstenção, uma omissão, em

¹³ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*, 1991, p. 316.

¹⁴ TEIXEIRA, J. H. Meirelles, op. cit., p. 317 e 323.

¹⁵ GUEDES, Néviton O. B. *Para uma crítica à concretização das normas constitucionais a partir de José Joaquim Gomes Canotilho*, 1995, p. 80.

geral do Poder Público.”¹⁶ Podemos aqui inserir os direitos de liberdade, ou individuais.

II - “...normas constitucionais (...) que compõem em seu programa normativo (HESSE) ‘o necessário e suficiente para gerar, em prol do administrado, uma concreta utilidade, suscetível de fruição mediante desfrute positivo e que consiste em direito propriamente dito, isto é, bem jurídico cuja fruição depende de uma prestação alheia.”¹⁷

III - “...normas que prescrevem ‘apenas uma finalidade a ser obrigatoriamente cumprida pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfazem o bem jurídico consagrado na regra.”¹⁸

Estas últimas, ainda que os bens nelas previstos não sejam plenamente usufruíveis pelos cidadãos, operam efeitos no sentido de desautorizar juridicamente atos que lhes sejam contrários, bem como conformam a atividade jurisdicional, através do processo interpretativo.

Igualmente operando com um critério classificador fundado na “consistência jurídica dos indivíduos ante os preceitos constitucionais”, tem-se o trabalho de Luís Roberto BARROSO. Partindo de um conceito material de Constituição, que leva em conta os fins da comunidade política por ela organizada, assim se apresenta sua proposta de classificação:

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de *apud* GUEDES, Néviton O. B., *op. cit.*, p. 80.

¹⁷ MELLO, *op. cit.*, p. 81.

¹⁸ MELLO, *ibid.*, p. 82.

I - normas constitucionais de organização;

II - normas constitucionais definidoras de direito;

III - normas constitucionais programáticas.¹⁹

Afora o fato de aí constar expressamente a categoria das normas programáticas, deve-se considerar que Luís Roberto BARROSO prevê as normas constitucionais especificamente definidoras de direitos (têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos), dividindo-as em três grandes grupos: normas de direitos políticos, direitos individuais e direitos sociais. As normas destes últimos repartem-se em três subtipos: 1) normas que “geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção”; 2) normas que “ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado”, alguns deles adstritos à *reserva do possível*, já que sua verificação, pela complexidade que envolve, submete-os aos limites econômicos e políticos da realidade; 3) normas que “contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora”²⁰.

Em relação às normas do subtipo 2, deve-se argumentar não haver parâmetros teórico-jurídicos que obriguem os direitos sociais a fazerem parte da reserva do possível, a não ser motivos de política conjuntural de setores dirigentes. Ou seja, “os direitos sociais passam, no plano da realidade, pelo mesmo processo de concretização de qualquer dos outros direitos, não se resolvendo, é óbvio, apenas no plano normativo, pois a Constituição não cria o paraíso pelo simples fato de existir. As dificuldades que o Estado e a sociedade

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1996, p. 92.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 106-107.

enfrentam na realização desses direitos são da mesma estatura que as encaradas quando da efetivação de outros direitos”²¹.

1.6. Crítica às tradicionais classificações das normas constitucionais

O problema de todas as classificações até agora referidas, por certo ainda correntes na teoria constitucional, é estarem por demais presas à idéia de que o novο constitucionalismo social, que garante os direitos sociais, econômicos e culturais, além dos individuais e políticos, é programático. Mesmo as classificações de Celso Antônio Bandeira de Mello e Luís Roberto Barroso, a par de sua inovação ao considerarem o ponto de vista dos cidadãos, acabam por cindir as normas constitucionais entre umas que têm plena eficácia e aplicabilidade imediata, para usar a terminologia de José Afonso da SILVA, e, no lado oposto, outras que apenas indicam uma finalidade a ser observada, normalmente pela Administração. Invariavelmente, aos direitos de liberdade destina-se a classe das normas que têm aplicabilidade plena e imediata, enquanto que os direitos sociais, econômicos e culturais quedam-se “agasalhados” pelas normas, se não estritamente programáticas, pelo menos com uma forte característica de programa.

Como já se referiu antes, proceder dessa maneira leva à consagração jurídico-formal da cisão operada nas diferentes gerações de direitos fundamentais, por certa abordagem teórica. Considerando que se assumiu, desde o primeiro capítulo, uma fundamentação dos direitos fundamentais que os considera situados no mesmo nível de

²¹ GUEDES, Néviton O. B., *ibid.*, p. 100.

dignidade teórica e prática, não convém, para os fins deste trabalho, as propostas de classificação das normas constitucionais até aqui registradas.

Essa conclusão leva em conta, decerto, que nenhum dos autores mencionados, inclusive Rui BARBOSA, desconhece que toda e qualquer norma constitucional tem um mínimo de eficácia jurídica, geralmente descrito como a capacidade de invalidar atos incompatíveis com suas disposições, ou de conformar o processo interpretativo judicial. Além do que, as classificações normalmente são úteis para a teoria constitucional, notadamente por revelarem pormenores e elementos relevantes para a solução de questões jurídico-constitucionais. O problema cinge-se, repita-se, à idéia de escalonamento hierárquico das distintas gerações de direitos, menosprezando-se determinada categoria.

Mas não é só. Deve-se sempre enfatizar a rejeição à idéia de que determinadas normas constitucionais têm mero caráter de exortações, programas, promessas, apelos ou aforismos, desprovidos de vinculação jurídico-normativa. E, nesse sentido, a expressão “normas programáticas” ainda está muito vinculada a essas concepções. Se, portanto, considera-se que mesmo a mencionada norma programática tem valor jurídico-constitucional semelhante aos demais preceitos do texto constitucional, por ser igualmente vinculante, então se deve, junto com J. J. Gomes CANOTILHO, anunciar a “morte” da expressão “normas constitucionais programáticas”²², pois não mais lhes cabe essa denominação.

O direito constitucional é direito positivo, é lei (embora com características especiais) e, como tal, todas as suas normas têm força vinculante. Nesse sentido, J. J. Gomes CANOTILHO objetiva, ao falar na Constituição como norma (GARCIA DE ENTERRIA) e na forma normativa da Constituição (KONRAD HESSE), “afastar

qualquer ‘semântica constitucional’ que atribua a qualquer norma constitucional um sentido não normativo, daí sua recusa à expressão normas programáticas”²³.

Ademais, as tradicionais classificações das normas constitucionais não dão conta de toda a complexidade técnico-jurídica que envolve o estudo dos direitos fundamentais. Antes de tudo porque, se se consideram todos eles com igual dignidade jurídico-política, não poucas vezes assumirão um caráter antagônico, acarretando o que se convencionou chamar de *(colisão de direitos)*. Esse problema, para ser resolvido segundo critérios da própria teoria jurídica dos direitos fundamentais, deve buscar na estrutura das normas constitucionais o seu suporte necessário e suficiente. É dever reconhecer que as classificações até agora mencionadas sequer fazem referência a essa problemática.

Repetindo: se as normas constitucionais, notadamente aquelas definidoras de direitos fundamentais, são, sem exceção, normas jurídicas vinculantes, não há mais que se falar em “programas”, ou expressão que com esse termo tenha relação. Dessa forma, no âmbito da teoria constitucional, formulou-se uma nova classificação das normas constitucionais que leva em conta precipuamente os direitos fundamentais. Tal empresa teve muita repercussão no constitucionalismo em geral, com reflexos também em nível da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito²⁴. Trata-se da distinção das normas constitucionais em *(regras e princípios)*, que será examinada logo em seguida, juntamente com o conceito de norma de direito fundamental, diretamente vinculado à distinção mencionada.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 183-184.

²³ GUEDES, Néviton O. B., op. cit., p. 103.

²⁴ Cf., por exemplo, COMANDUCCI, Paolo. *Legal principles and the indeterminacy of law*, 1997, conferência proferida no XVIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Filosofia do Direito e de Filosofia Social, realizado nas cidades de La Plata e Buenos Aires, entre os dias 10 a 15 de agosto de 1997. No texto, o autor refere-se principalmente à maior indeterminação e vagueza trazida ao direito pelos *princípios* inseridos nos textos constitucionais.

2. O conceito de norma de direito fundamental

Importante trabalho era publicado na Alemanha, há pouco mais de dez anos, sob o título *Theorie der Grundrechte* (Teoria dos Direitos Fundamentais). Seu autor, Robert ALEXY, com o aludido trabalho, habilitava-se à cátedra da Faculdade de Direito da Universidade Georg August de Gotinga. Constitui-se obra de referência e estudo obrigatório, no âmbito da teoria jurídica dos direitos fundamentais.

(Robert ALEXY) parte da teoria dos princípios de (Ronald DWORKIN,) que em seu *Takin Rights Seriously*, de 1977, propõe uma nova teoria do direito baseada em princípios, qualitativamente diferentes das normas jurídicas, como forma de resolução dos *casos difíceis*²⁵. Para DWORKIN, os princípios são *standards* que devem ser observados por se constituírem numa exigência da justiça, da equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Diferentemente das normas (ou regras) jurídicas, que formam o único referencial do direito para o positivismo, os princípios portam uma dimensão de peso ou importância e, se entram em conflito, obrigam a considerar o peso relativo de cada um²⁶. Mas, para aprofundar essa questão sobre princípios e normas (ou princípio e regras), no âmbito dos direitos fundamentais, deve-se antes apresentar a definição de norma de direito fundamental.

Para ALEXY, normas de direito fundamental são as normas que regulam os direitos fundamentais²⁷. O conceito de norma em si, por sua vez, deve ser um conceito semântico, que leve em conta a distinção entre norma e *enunciado normativo*. Uma mesma norma pode ser veiculada através de diferentes enunciados normativos²⁸. Como se observa, o autor não se afasta da concepção do direito como um fenômeno positivado,

²⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, 1989, pp. 72 e ss.

²⁶ Cf. DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 77.

²⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, 1993, p. 48.

circunscrevendo sua análise nos marcos do Estado democrático de Direito, como se observará no transcorrer da exposição.

A norma é pois expressada privilegiadamente através de enunciados normativos, em suas modalidades deônticas. Assim, as normas de direito fundamental são expressadas por enunciados deônticos constantes na Constituição, que se referem aos direitos fundamentais. Dizendo de outra forma, nas palavras do autor, “normas de direito fundamental são só aquelas que são expressadas por enunciados da Lei Fundamental (disposições de direito fundamental)”²⁹.

Como corretamente observa José António ESTEVEZ ARAÚJO³⁰, essa definição funda-se num critério exclusivamente formal. ALEXY reconhece e defende esse caráter formal pois o considera mais conveniente do que critérios materiais ou estruturais. De sorte que são normas de direito fundamental todas aquelas que constam no capítulo próprio da Constituição intitulado “Direitos Fundamentais”.

Entretanto, considerando que essa definição deixa de fora inúmeras outras disposições que contêm normas de direito fundamental, deve-se reconhecer a estreiteza da formulação e buscar uma solução para considerar outras disposições como normas de direito fundamental. Essas outras disposições constitucionais que podem exprimir uma norma de direito fundamental, conquanto não localizadas na seção específica, passam a ser identificadas como as *disposições satélites correspondentes*³¹.

²⁸ Cf. ALEXY, Robert, op. cit., p. 50-51.

²⁹ ALEXY, ibid., p. 66.

³⁰ Cf. ESTEVEZ ARAÚJO, José Antonio. *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, 1994, p. 117.

³¹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 65. ESTEVEZ ARAÚJO, op. cit., p. 117, denomina tais disposições como normas de direito fundamental “anexas”: “Estas normas anexas especifican el contenido de las normas indeterminadas del texto constitucional y hacen posible la aplicación de las normas de derecho fundamental a los supuestos concretos.”

O impasse surge quando se indaga acerca do critério utilizado para identificar tais normas “anexas”, dentre as muitas disposições contidas em uma Constituição. Rejeitando para esse mister os critérios empírico e normativo³², ALEXY diz que uma norma é uma norma “satélite” de direito fundamental, quando ela pode ser diretamente referida a uma norma de direito fundamental expressamente estatuída, por ser possível lhe dar uma *fundamentação jusfundamental correta*³³. Trata-se de uma *relação de precisão*, através da qual uma disposição constitucional torna-se norma de direito fundamental por referir-se a outra norma de direito fundamental já expressamente estatuída. Quer dizer, outorga-se ao processo de argumentação jurídica a competência para definir, através de seus critérios, as normas de direito fundamental que sejam anexas. O resultado disso é a impossibilidade de indicar um único procedimento que em cada caso conduza a um e só um resultado.

Torna-se evidente que o principal critério para definir se uma norma constitucional é uma norma de direito fundamental não é o fato de esta se encontrar instituída sob um capítulo intitulado “Direitos Fundamentais”, mas se a ela torna-se possível oferecer uma *fundamentação jusfundamental correta*. É o que acaba por afirmar o próprio ALEXY,

³² Sobre as dimensões analítica, empírica e normativa da dogmática jurídica, cf. ALEXY, op. cit., p. 29 a 34.

³³ ALEXY, ibid., p. 71. Não cabe, nos limites desta investigação, discorrer sobre todos os aspectos do conceito de *fundamentação jusfundamental correta*. Pode-se dizer, no entanto, que ALEXY é um dos autores que desenvolve, atualmente, a *teoria da argumentação jurídica*, o estágio mais recente da teoria do direito. De acordo com a parte final da obra de ALEXY, que ora se estuda, o ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é que na fundamentação jurídica se cuida de questões práticas, ou seja, do que está ordenado, proibido e permitido. Para ele, o direito se constitui em um discurso, um caso especial do discurso prático geral, submetido a determinadas condições restritivas: sujeição à lei, ao precedente e à dogmática, que reduz consideravelmente a insegurança do resultado do discurso. O que caracteriza a *argumentação jusfundamental* é a sua não sujeição à lei ordinária, mas às *disposições jusfundamentais abstratas e abertas*. A base da *argumentação jusfundamental*, portanto, é a sua sujeição às normas constitucionais, ao precedente constitucional e à dogmática constitucional. Já o procedimento da *argumentação jusfundamental* se dá através do *discurso jusfundamental*, que é um procedimento argumentativo no qual se trata de conseguir resultados jusfundamentais corretos sobre a base apresentada. Como essa base determina de maneira incompleta a *argumentação jusfundamental*, pois as normas jusfundamentais apresentam características de princípios (o que propicia a abertura do sistema jurídico aos conceitos básicos de dignidade, liberdade e igualdade, ou seja, a conceitos básicos da filosofia prática geral), a insegurança final do discurso jusfundamental conduz à necessidade de uma decisão jusfundamental dotada de autoridade. Assim, o procedimento judicial constitucional não só argumenta, mas também decide, sendo razoável se satisfaz as exigências do discurso jusfundamental e da base que o determina. Por isso, sempre é possível mais de uma decisão, cuja racionalidade é dada pelo procedimento de ponderação, estudado mais adiante.

alertando, porém, que “para as normas de direito fundamental diretamente estatuídas basta para sua fundamentação jusfundamental correta, em geral, uma referência ao texto da Constituição”³⁴. De modo que se tem dois grupos de normas de direito fundamental: as diretamente estatuídas pela Constituição e as normas que a elas podem ser adscritas.

Interessante anotar que essa definição, justamente por ser formal, não se contrapõe às considerações de ordem moral, política e sociológica que se podem fazer sobre os direitos fundamentais, mormente aquelas efetuadas no capítulo anterior desta dissertação. Isso porque prioriza-se agora a face jurídico-formal dos direitos fundamentais, ante o caráter bifronte que a concepção dualista lhes outorga. Daí que se complementa o sentido total dos direitos fundamentais com o esclarecimento de sua complexa forma jurídico-normativa, tal qual se encontra escrita no texto constitucional.

Todavia, levando em conta a existência de direitos materiais decorrentes do regime, conforme previsão do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, o problema parece se tornar mais complexo. A questão assim se põe: de que forma considerar como realidades normativas os direitos fundamentais materiais não escritos no texto constitucional? Qual o critério que torna possível anexá-los aos dispositivos da Constituição, para que tenham validade jurídica? A essa indagação a única resposta que se consegue vislumbrar é que a própria existência do parágrafo mencionado representa o fundamento normativo-constitucional que permite levantar argumentos jusfundamentais em favor do direito não expressamente escrito. Se os direitos fundamentais já expressamente garantidos são justificáveis pela só referência ao texto constitucional que os estatui, os direitos materiais, ainda não formalizados, encontram no próprio § 2º do art. 5º da Constituição Federal a referência positiva básica, a partir da qual podem ser levantados argumentos em favor de sua

³⁴ ALEXY, *ibid.*, p. 73.

existência jurídica. Tentando formular de maneira mais precisa, ocorre a adscrição dos direitos materiais como normas de direito fundamental a partir de uma fundamentação jusfundamental correta que demonstra que eles atendem às exigências de dignidade, liberdade e igualdade e, ademais, que levam em conta as condições do disposto no § 2º, art. 5º da CF. Dessa forma, uma das exigências elementares no sentido do reconhecimento desses direitos não escritos, será sua não contrariedade com o regime e os princípios adotados pela Constituição.

No caso dos direitos decorrentes dos tratados internacionais, em que a República Federativa do Brasil seja parte, a questão é mais facilmente resolvida, muito embora com metodologia semelhante. Nos tratados já se encontram escritas as disposições que contêm as normas de direito fundamental. Dessa forma, pela regra do parágrafo acima mencionado, essas normas adquirem o status de normas constitucionais de direito fundamental “anexas”, pelo argumento jusfundamental baseado no referido dispositivo. Aqui, quase que automaticamente os tratados se anexam às normas da constituição, adquirindo igual valor.

Vencidas essas barreiras, deve-se observar que a contribuição mais relevante da obra de ALEXY, no entanto, é a distinção por ele efetuada, com base em DWORKIN, dos diferentes tipos de normas de direito fundamental. Todavia, se DWORKIN, distingue norma de princípio, ALEXY diferencia princípio de regra, considerando ambas normas jurídicas. É o que se verá a partir de agora.

3. Regras e princípios: duas espécies de normas

De um ponto de vista estrutural, ALEXY identifica dois tipos de normas de direito fundamental e, pois, de normas jurídicas: os *princípios* e as *regras*. São, portanto, duas espécies de normas (pois ambas dizem o que *deve ser*), cuja distinção é essencial no estudo da teoria jurídica dos direitos fundamentais.

Os *princípios* são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”, enquanto as *regras* são “normas que só podem ser cumpridas ou não”³⁵. Os princípios são chamados de *mandados de otimização*, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau, cuja medida de cumprimento é dependente das possibilidades reais e jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Ou seja, as consequências jurídicas determinadas por um princípio são cumpridas se ele, em virtude do conjunto de circunstâncias jurídicas e reais, adquire *precedência* frente a outros princípios e regras.

Por sua vez, *as regras* como normas que só podem ser cumpridas ou não, sendo *válidas* implicam na exata realização daquilo que elas exigem, nem mais nem menos. São normas que contêm *determinações* no âmbito do fático e juridicamente possível. Assim, diferenciam-se qualitativamente dos princípios. De modo que toda norma ou é uma regra ou um princípio.

Percebe-se que no cerne da distinção formulada está a consideração de que as *regras são válidas ou inválidas*, não existindo meio termo, pois o conceito de validade jurídica não é graduável. Se a regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela ordena, de

maneira definitiva. (Os princípios) por sua vez, ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. São, por assim dizer, mandados *prima facie*, à primeira vista, pois “do fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o quê o princípio exige para este caso valha como resultado definitivo”³⁶.

Todavia, diante dessas considerações não se pode desde já concluir, junto com DWORKIN, que as regras sempre e sempre apresentam um critério de aplicação à maneira do *tudo-ou-nada*, disjuntivamente, enquanto os princípios enunciam sempre e sempre uma razão que indica uma direção, sem no entanto levar necessariamente a uma determinada decisão³⁷. Isso porque, segundo ALEXY, pelo lado das regras torna-se possível introduzir uma cláusula de exceção que retira delas o seu caráter definitivo para o caso em questão, cujo fundamento pode mesmo ser um princípio³⁸.

É claro que DWORKIN menciona a possibilidade de à norma (segundo sua nomenclatura) serem apresentadas (exceções). Contudo, para ele o ato de enunciar uma norma deve vir acompanhado da enumeração de todas as suas possíveis exceções. Considera que esse procedimento, além de ser teoricamente possível, torna mais completa a enunciação da própria norma, livrando-a de não ser aplicada³⁹. A isso pode-se contrapor não ser possível, mesmo teoricamente, enumerar todas as cláusulas de exceção oponíveis às regras, mormente se tais exceções fundam-se em princípios. Cabe mencionar que nem sempre uma regra é aplicável a um caso, mesmo que válida e conexa ao problema apresentado, pois, algumas vezes, pode existir um princípio que determina solução contrária. Então numa colisão entre um princípio e uma regra prevalece o princípio? Por certo que essa hipótese pode ser melhor

³⁵ ALEXY, *ibid.*, p. 87.

³⁶ ALEXY, *ibid.*, p. 99.

³⁷ Cf., a esse respeito, DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 75 e 76.

³⁸ Cf. ALEXY, *op. cit.*, p. 99.

³⁹ Cf. DWORKIN, *op. cit.*, p. 75.

compreendida se se considera que na base da regra pode estar um princípio, configurando mais propriamente uma colisão entre princípios, como melhor se dirá logo abaixo.

Essas observações, se tornam mais complexa a caracterização de ambos os tipos de normas, muito além do critério de tudo-ou-nada, não os tornam equivalentes, pois ainda que não se possa enumerar todas as exceções oponíveis às regras (especialmente aquelas alicerçadas em princípios), também é verdade que sempre haverá, num ordenamento jurídico, “princípios formais” estabelecendo que devem ser observadas as regras impostas por autoridades legítimas. ALEXY introduz o conceito de “princípios formais”, que corresponde aos princípios de legalidade e de autoridade tradicionalmente conhecidos, para afirmar que “só se a tais princípios não se lhes dá já nenhum peso, o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto tais, as regras e os princípios teriam o mesmo caráter *prima facie*”⁴⁰. A partir do momento que isso não ocorre, ou seja, considerando que o “princípio formal” é particularmente relevante, principalmente num Estado de Direito, sempre se dará algum peso considerável a ele, razão pela qual mantêm as regras sua característica, embora de modo não absoluto, de valerem em definitivo.

De forma semelhante, não se pode afirmar, agora com relação aos princípios, que estes se equiparam às regras quando as razões que os amparam são suficientemente fortes e inarredáveis, dando margem, portanto, à hipótese de que princípio se tornar tão determinante quanto uma regra, com ela se confundindo. Isso não ocorre porque, em primeiro lugar, não se fica liberado de estabelecer as condições jurídicas e reais que dão precedência ao princípio e o tornam definitivo para o caso. Em segundo lugar, em razão de que uma situação apresentando circunstâncias tidas como irrecusáveis “tem só como

⁴⁰ ALEXY, op. cit., p. 100.

conseqüência que quando se dão razões igualmente boas ou em caso de dúvida, deve dar-se preferência a um princípio sobre o outro”⁴¹.

Considerando essas observações mais detalhadas sobre as diferenças entre princípios e regras, ESTEVEZ ARAÚJO chega a discordar parcialmente das definições iniciais de ALEXY, principalmente no que se refere aos princípios. Parece ser correto afirmar que também um princípio pode ou não ser cumprido, realizando-se ou não o objetivo na medida do possível, de modo disjuntivo, pois sua preferência frente a outro princípio, como resultado das possibilidades jurídicas e reais existentes, qualifica-o como a norma a ser aplicada ao caso. Fazendo essa observação, ESTEVEZ ARAÚJO conclui que a diferença entre os dois tipos de normas não estaria sedimentada em que o princípio pode ser cumprido mais ou menos, “senão no modo como configuram a conduta obrigada os princípios e as normas (talvez tenha querido dizer regras): no caso dos princípios só se pode determinar com precisão qual é a conduta exigida uma vez que se conheçam as circunstâncias concretas do caso”⁴².

Polêmicas a parte, é de considerável valia a observação de que as circunstâncias concretas do caso condicionam o processo de identificação das conseqüências determinadas por um princípio. No momento oportuno, será verificada a diferença entre essa estrutura aberta do princípio frente ao conceito de *âmbito normativo*, adotado por Friedrich MÜLLER, bem como as conseqüências para a teoria constitucional da abertura do sistema jurídico, protagonizada pelo caráter principiológico das normas constitucionais.

⁴¹ ALEXY, *ibid.*, p. 101.

⁴² ESTEVEZ ARAÚJO, José Antônio. *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, p. 114.

3.1. O duplo caráter das normas de direito fundamental

Identificadas as diferenças entre regras e princípios, convém mencionar que as disposições de direito fundamental têm um duplo caráter normativo. Conjugam em si, a um só tempo, regra e princípio. São princípios na medida em que podem ser contrabalançados com outros, na medida em que podem ser ponderados, ou seja, desde que se pode avaliar o peso relativo de cada um para decisão do caso⁴³.

As normas de direito fundamental têm caráter de regras porque estabelecem determinações frente a outras disposições de direito fundamental que a elas se contrapõem. ESTEVEZ ARAÚJO, aclarando esse pensamento, fala de uma espécie de definição prévia, pelo legislador constituinte, do peso e da hierarquia relativa de cada disposição de direito fundamental, no texto constitucional. Isso não se dá, porém, de modo absoluto, posto que mesmo uma regra (que dirá um princípio), se presentes circunstâncias suficientes e razoáveis, pode ceder espaço a um princípio⁴⁴, notadamente se se considera que na base da regra pode estar um princípio, ainda que um “princípio formal”.

Não obstante, o caráter de regra das disposições de direito fundamental torna-se evidente porque, “na medida em que (estas disposições) mostram tipos de garantias e cláusulas restritivas diferenciadas, contêm determinações com respeito às exigências de

⁴³ Cf. ALEXY, op. cit., p. 130. Acrescenta o autor: “al nivel de los principios pertenecen todos los principios relevantes para las decisiones iusfundamentales bajo la Ley Fundamental. Un principio es relevante para una decisión iusfundamental bajo la Ley fundamental si puede correctamente ser presentado a favor o en contra de una decisión iusfundamental.”

⁴⁴ Cf. ESTEVEZ ARAÚJO, op. cit., p. 118. Pelo fato de considerar, pois, que o componente de regra já é fruto de uma ponderação por parte do legislador constituinte, o autor afirma que o componente dominante das normas de direito fundamental seria, então, o que tem caráter de princípio.

princípios contrapostos”⁴⁵. De modo que, dado o duplo caráter das disposições de direito fundamental, torna-se difícil indicar o nível normativo que apresenta prioridade, se o nível de regra ou o de princípio. Tudo depende das razões apresentadas em nível de argumentação jurídica fundamental. Ainda assim, pode desde já se argumentar que o nível das regras parece ter precedência, pois os princípios não poucas apresentam determinações diferenciadas, servindo aquele nível justamente para resolver a questão, por apresentar um maior grau de possibilidade de decisão⁴⁶. Entretanto, contra essa aparente relevância podem ser levantados argumentos suficientemente fortes para a adoção de determinações tão-somente fundadas em princípios. E ainda que presente uma regra pertinente ao assunto, não se deve esquecer que, além dos princípios serem normas jurídicas positivas, essa regra pode estar fundada em um princípio. Ou seja, essa hipótese torna possível a não aplicação da regra, de acordo com as condições jurídicas e reais, se o princípio que a sustenta for considerado não preponderante. Nesse último raciocínio, se se apresenta como base da regra um “princípio formal”, mesmo assim a argumentação fundada nas circunstâncias do caso pode concluir pela precedência do princípio contraposto.

Importante observar que a adoção de um modelo de normas de direito fundamental que combina regra e princípio, vinculando os dois níveis normativos, é preferível a um modelo puro de princípios, ou um modelo puro de regras. Na verdade, um modelo puro de princípios tem o inconveniente de desconsiderar “as diferentes garantias de direitos fundamentais com regulações restritivas muito variadas”⁴⁷. Dizendo de outra forma: tal modelo passaria ao largo do texto da Constituição, da rigidez constitucional, que estatui

⁴⁵ ALEXY, op. cit., p. 133-134.

⁴⁶ Cf. ALEXY, *ibid.*, p. 134-135.

⁴⁷ ALEXY, *ibid.*, p. 117.

garantias diferentes para cada direito ou grupo de direitos fundamentais. A vinculação seria totalmente substituída pela ponderação, de acordo com o jogo de prós-e-contras.

No outro extremo, um modelo puro de regras, a par da segurança jurídica e da previsibilidade dele decorrentes, não é satisfatório ou competente para enfrentar o grau de complexidade que os direitos fundamentais apresentam, na sua dimensão jurídica. Essa complexidade refere-se principalmente às condições e circunstâncias presente no caso concreto que condicionam o grau de aplicabilidade da norma que veicula um direito fundamental. Somente considerando a norma de direito fundamental como princípio torna-se possível ponderar as circunstâncias reais e jurídicas (notadamente outros princípios veiculadores de direitos fundamentais contrapostos), aplicando-se a determinação daí resultante⁴⁸.

Pelo modelo assumido, consegue-se coordenar um certo grau de flexibilidade normativa, necessário para resolver o problema da ponderação dos direitos fundamentais, através do seu caráter de princípio, com uma medida necessária de segurança jurídica, garantida pelo componente de regra das disposições de direito fundamental, cuja manifestação é representada pela vinculação ao texto da Constituição.

3.2. A equivalência jurídica dos diversos direitos fundamentais

O modelo também resulta numa mais equilibrada coordenação jurídico-formal dos diversos tipos de direitos fundamentais. Havendo alcançado um mesmo patamar de

⁴⁸ Cf. ALEXY, *ibid.*, p. 118 e 129. A esse respeito, complementa o autor, na p. 126, apoiando-se no estudo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: "...los criterios libres de ponderación pueden abarcar

dignidade teórica, quando se assumiu, no primeiro capítulo, sua historicidade, através da vinculação às necessidades humanas moralmente legítimas, agora alcança-se a mesma dignidade normativa das diversas gerações de direitos fundamentais. Isso porque tanto os direitos de liberdade, como os direitos políticos, sociais, econômicos e culturais, podem ser expressados normativamente através de regras e princípios. Não se pode argumentar que os princípios referentes aos direitos de liberdade sejam princípios absolutos, subtraídos da ponderação frente a outros direitos fundamentais. Nem se quer com isso dizer que eles se tornam mais fracos. Ao contrário, são os demais direitos que adquirem importância equivalente⁴⁹. Essa conclusão torna-se plausível na medida em que se comprova que os princípios não são somente dirigidos aos direitos individuais, mas podem, inclusive, se referir a bens coletivos, aos direitos sociais⁵⁰ e, por que não dizer, aos (novos direitos.)

De outra sorte, se houvesse algum princípio absoluto no ordenamento jurídico, o próprio conceito de princípio deveria ser modificado ou eliminado, pois não haveria lugar para peso relativo e, por conseguinte, para ponderação. Ou seja, considerando que os princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a bens coletivos, “quando um princípio se refere a bens coletivos e é absoluto, as normas de direito fundamental não podem fixar-lhe nenhum limite jurídico. Portanto, até onde chega o princípio absoluto não pode haver direitos fundamentais. Quando o princípio absoluto se refere a direitos individuais, a falta de sua limitação jurídica conduz à conclusão de que, em caso de

correctamente hasta un cierto punto, los casos claros pero, a más tardar, en los casos dudosos, se ve claramente que estos criterios no son más que la expresión de determinadas relaciones de preferencia entre los principios.”

⁴⁹ De outra sorte, deve-se recordar que um argumento em favor dos direitos sociais pode mesmo ser um argumento em favor da liberdade. Se esta assume o caráter de bem fundamental da pessoa, e isso não se nega, tão-somente com determinadas condições fáticas satisfeitas pode-se falar em liberdade jurídica. De modo que os direitos sociais dirigem-se à concretização das condições que tornam possível o exercício da liberdade, exigindo dos poderes públicos atividades dirigidas a esse fim.

⁵⁰ Nesse sentido, cf. ALEXY, *ibid.*, p. 110 e 111. Na p. 110, o autor assim se expressa: “El hecho de que un principio se refiera a este tipo de bienes colectivos significa que ordena la creación o mantenimiento de

colisão, os direitos de todos os indivíduos fundamentados pelo princípio têm que ceder frente ao direito de cada indivíduo fundamentado pelo princípio, o que é contraditório”⁵¹. De modo que não há espaço, em definitivo, para princípios absolutos.

O que pode ocorrer é o fato de o próprio texto constitucional, expressamente, cercar de maiores garantias determinado direito fundamental ou bem coletivo. Tem-se aí não a configuração de um princípio absoluto, mas o reforço do caráter de regra dessa norma constitucional. Essa observação pode explicar, por exemplo, porque muitos autores operam uma classificação hierárquica dos princípios, denominando alguns de princípios estruturantes⁵². É lógico que com o reforço do caráter de regra se requer argumentos jusfundamentais muitos mais relevantes e mais extensos para que possa valer o princípio oposto. Isso é ainda particularmente dificultado se, ao princípio de base daquela regra, soma-se uma série de condições que o levam a ter um alto grau de certeza e, portanto, de precedência frente aos demais. ALEXY, nesses termos, faz um raciocínio com o princípio da dignidade da pessoa, estabelecido no artigo 1 da Lei Fundamental de Bonn, para dizer que nem mesmo esse princípio tem um caráter absoluto: “A impressão de seu caráter absoluto resulta do fato de que existem duas normas de dignidade da pessoa, ou seja, uma regra da dignidade da pessoa e um princípio da dignidade da pessoa, como também o fato de que existe uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade da pessoa, com um alto grau de certeza, precede a todos os demais princípios”⁵³.

Portanto, desde que presentes circunstâncias jusfundamentais plenamente demonstradas, torna-se possível ponderar qualquer princípio de direito

situaciones que satisfacen, en una medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales.”

⁵¹ ALEXY, *ibid.*, p. 106.

⁵² Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 1995, pp. 180 e ss.

⁵³ ALEXY, *op. cit.*, p. 109.

fundamental, resguardadas as dificuldades inerentes a cada direito fundamental expresso no texto constitucional, pois as normas que os consagram já têm um valor previamente definido pelo legislador constituinte. Dependendo de sua formalização constitucional, são exigidos argumentos e circunstâncias jusfundamentais mais extensos e relevantes que justifiquem sua não precedência. Só nesse ponto pode-se concordar que alguma norma tenha mais importância que outra. Trata-se de uma precedência inicial, que pode ser alterada em função das circunstâncias presentes no caso concreto.

No que toca ainda aos direitos sociais, que inegavelmente apresentam maiores problemas de tratamento jurídico, ALEXY considera que sua configuração no caso concreto também se faz por uma ponderação entre princípios. Por um lado, há sobretudo o princípio da liberdade fática que lhes fundamenta. O pleno desenvolvimento da pessoa implica o afastamento das circunstâncias fáticas que a impedem de exercer totalmente sua liberdade jurídica, dando, por assim dizer, origem aos direitos sociais, que se dirigem a remover tais condicionamentos. Um Estado obrigado a garantir as condições fáticas para a livre e autônoma atuação das pessoas, ao reconhecer juridicamente os direitos sociais, bem como o princípio da igualdade jurídica, (denomina-se Estado social de direito). Por outro lado, apresenta-se o princípio que outorga ao legislador a competência para desenvolver, em sede normativa, tais direitos, bem como aqueles princípios materiais contrários à liberdade fática do indivíduo⁵⁴. Dessa contraposição nasce uma ponderação que deve levar em conta as circunstâncias presentes no caso para indicação da regra que irá ser aplicada ao caso.

Essa última observação conduz a indagar sobre a possibilidade de justiciabilidade dos direitos sociais, comumente negada pela necessidade de desenvolvimento

⁵⁴ Cf. ALEXY, *ibid.*, p. 494. De qualquer forma, para o autor desde já se apresenta satisfatoriamente justificado o caso dos direitos sociais mínimos, que ele identifica, a título de exemplo, como o direito “a um mínimo vital, a

legislativo posterior, que lhes dê plena eficácia. Quanto a isso, primeiramente deve-se observar que os direitos de liberdade também muitas vezes precisam de desenvolvimento por parte do legislativo. Por outro lado, tanto quanto os direitos de liberdade, os direitos sociais têm sede normativa constitucional, estando expressamente estatuídos. Disso decorre duas conseqüências: em primeiro lugar, a vinculação de todos os poderes estatais, inclusive o judiciário, conforme se fez referência no final do capítulo anterior; depois, implica igualmente no fato de que a sua garantia e implementação não fica adstrita às decisões de uma simples maioria parlamentar, pois isso seria negar a decisão fundamental do poder constituinte. Como diz ALEXY, não se pode fazer um direito depender de sua plena justiciabilidade, mas, deve ocorrer justamente o contrário, ou seja, pelo fato de que um direito existe ele deve ser justiciável⁵⁵.

O caráter de princípio dos direitos sociais e, de resto, de todos os outros direitos, além de permitir que eles sejam ponderados quando entram em colisão entre si, permite ainda continuar afirmando de sua vinculação objetiva como deveres para o Estado. Através da (ponderação) em um caso concreto, pode-se chegar a adscrever uma regra que, sob determinadas circunstâncias, valerá como solução desse problema. Isso resolve o problema da justiciabilidade dos direitos sociais, que podem ser reclamados como direitos subjetivos, tais quais os individuais. Mas, além disso, eles continuam a valer objetivamente como mandados de otimização para os poderes públicos, que continuam obrigados a desenvolvê-los legislativamente. A justiciabilidade não desfaz a obrigação do Estado de continuar a buscar a melhor e mais completa satisfação de seus deveres decorrentes da caracterização como Estado social.

una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica” (p. 495).

⁵⁵ Cf. ALEXY, *ibid.*, p. 496.

A discussão levantada no decorrer da seção deve ser confrontada com a especificidade do sistema constitucional brasileiro. Já se mencionou que o art. 60, § 4º, da CF de 1988, outorga perenidade às normas veiculadoras dos direitos e garantias individuais, tornando-as cláusulas pétreas, já que retira a possibilidade do constituinte de segundo grau deliberar acerca de propostas de emendas tendentes à sua abolição. Trata-se de enfrentar a seguinte questão: em virtude desse dispositivo os direitos e garantias individuais adquirem proteção jurídico-constitucional absoluta, negada aos direitos sociais? Quer dizer, estes estariam, definitivamente, no sistema constitucional normativo brasileiro, relegados a um segundo nível de proteção, aquém do reservado aos direitos individuais? Rememore-se que, com base no dispositivo constitucional mencionado, Maria Helena DINIZ oferece, na sua classificação das normas constitucionais, uma categoria de normas com eficácia absoluta, pois contra elas não haveria nem mesmo o poder de emendar.

Antes de mais nada, é importante ressaltar que a resposta a essa questão não implica na descaracterização das cláusulas pétreas, ou seja, não se deve concluir que os comandos constitucionais presentes no § 4º do art. 60 da CF podem sofrer alterações no sentido de sua abolição. Isso porque a disposição constitucional é literalmente proibitiva. Portanto, resta indagar se os direitos sociais entram ou não naquela esfera de proteção absoluta. Se se levantam argumentos jusfundamentais, para utilizar a linguagem de ALEXY, verifica-se ser aceitável a idéia de uma garantia jurídico-constitucional equivalente. Mais que aceitável, necessária. Primeiramente, já se mencionou algo um pouco diferente que os direitos sociais levam adiante a concretização da idéia de liberdade, igualdade e dignidade do ser humano, operando uma superação, no sentido dialético, em relação à ideologia dos direitos de liberdade. Nesse sentido, caracterizando-se o Estado brasileiro como um Estado social e democrático de Direito, mais além do Estado de direito da paradigma liberal-burguês,

verifica-se, no preâmbulo da CF de 1988, que esse Estado destina-se a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais...” Ou seja, sobressai-se (e isso serve de argumento a favor) como um dos objetivos primordiais do Estado brasileiro, o de assegurar o exercício dos direitos sociais. Aduz-se a isso as disposições constitucionais do art. 3º, nos seus quatro incisos, elencando objetivos fundamentais que deixam explícita a opção do legislador constituinte originário no sentido de efetivamente garantir o exercício dos direitos sociais, indispensáveis para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Assim, sob pena de ser quebrada a própria definição jurídico-constitucional do Estado brasileiro, torna-se necessário estabelecer garantias absolutas também aos direitos sociais, mais além do que uma exegese literal do § 4º, art. 60, da CF, deixa transparecer. Raciocínio semelhante é formulado por Paulo BONAVIDES, para chegar a uma conclusão idêntica, acrescida de sua habitual clareza de pensamento. Em função dos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, argumenta que se faz mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60.

Ou seja, através de seus vínculos com os princípios fundamentais, diz que os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que faz legítima a sua inserção no mesmo âmbito conceptual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60, fruindo, por conseguinte, “uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico”. Não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e individuais, pois, em relação à liberdade, “ambas as modalidades são elementos de um bem maior já referido,

sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana”⁵⁶.

3.3. Conflito de regras e colisão de princípios

Durante a maior parte da exposição deste capítulo foi utilizada uma distinção fundamental entre regras e princípios, que convém agora referir de modo específico. Trata-se do diferente modo de resolver a oposição entre regras ou a oposição entre princípios. ALEXY chama as oposições de colisão de princípios e conflito de regras, alertando para o fato de que ambas têm em comum o fato de que “duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, ou seja, a dois juízos de dever ser jurídico contraditórios”⁵⁷. O conflito de regras resolve-se no âmbito da validade, pois não podem coexistir duas regras, no mesmo ordenamento jurídico, que conduzam a resultados diferentes, pelo simples fato de que elas são ou não aplicadas. Utiliza-se, nesse mister, todos os recursos já mencionados pela Teoria Geral do Direito, como os critérios da especialidade, anterioridade e hierarquia⁵⁸.

Já se mencionou que os princípios são mandados de otimização, que devem ser cumpridos na maior medida possível, dependendo das condições fáticas e jurídicas. Ou seja, eles portam uma dimensão de peso ou importância. Justamente nessa dimensão é que se encontra a forma de solução da colisão entre princípios. De início, somente entre princípios válidos é que pode haver colisão. Depois, se presente a oposição, configura-se a hipótese de

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 1997, p. 594-595.

⁵⁷ ALEXY, op. cit., p. 87.

⁵⁸ Sobre esses critérios, cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 1994, p. 92 e ss.

uma circunstância jurídica (que é um princípio) oposta a um outro princípio, que o limita na aplicação ao caso. Portanto, dependendo da ponderação entre seus pesos relativos, de acordo com as circunstâncias do caso, é indicado o princípio que vai ser aplicado na resolução do problema. Chama-se ponderação o processo de averiguar qual dos princípios, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso no caso concreto.

ALEXY desenvolve os argumentos necessários para aclarar o processo, elaborando os conceitos pertinentes. Assim, a solução de uma colisão estabelece, de acordo com as circunstâncias do caso, uma relação de precedência condicionada entre os princípios, que por se referir ao caso pode ser caracterizada como uma relação de precedência concreta ou relativa. A determinação da relação de precedência condicionada “consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede a outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente”⁵⁹.

As condições do caso que determinam a precedência de um princípio sobre outro servem também como pressuposto de um suposto de fato de uma norma, passando a ter, portanto, dupla função: a de determinar o princípio precedente e de servir como suposto de fato de uma norma. Essa última função se dá porque se as referidas condições implicam na priorização de um princípio, significa que este, como a norma a ser aplicada ao caso, vale quando se dão aquelas condições, passando a ter, nesse caso, o caráter de regra. Quer dizer, da ponderação advém uma norma com caráter de regra que é aplicada ao caso. Nesse sentido, “de um enunciado de preferência sobre uma relação de precedência condicionada se segue uma regra que prescreve a conseqüência jurídica do princípio que tem preferência quando se dão as condições de preferência”⁶⁰. A partir dessa observação é que se pode formular uma lei

⁵⁹ ALEXY, op. cit., p. 92.

⁶⁰ ALEXY, ibid., p. 94.

contendo a conexão das relações de precedência condicionadas com as regras. Denominada de lei de colisão, o seu conteúdo é expresso nos seguintes termos:

“As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente.”⁶¹

Raciocinando em cima desses conceitos, pode-se dizer que se sob determinadas circunstâncias presentes em um caso o princípio **P1** precede ao princípio **P2**, que com aquele colide, então daí deriva uma regra **R** proibitiva de aplicação de **P2** e que determina as consequências jurídicas da aplicação de **P1**. **R**, resultante da ponderação elaborada no caso, também pode ser chamada de norma de direito fundamental adscrita, pois a ela foi possível oferecer uma fundamentação jusfundamental correta. Por isso, “como resultado de toda ponderação jusfundamental correta, pode formular-se uma norma de direito fundamental adscrita com caráter de regra na qual pode ser subsumido o caso”⁶².

Essas últimas observações põem em destaque a força normativa dos princípios, conquanto deles se possa afirmar que não são nunca razões definitivas para um juízo concreto de dever ser, pois têm um caráter de mandados prima facie. Ocorre que, afora o fato de ser norma jurídica, o princípio, através do processo de ponderação, adquire precedência frente a outro e como a determinação de uma relação de precedência é, de acordo com a lei de colisão, o estabelecimento de uma regra, o mandado prima facie torna-se

⁶¹ ALEXY, *ibid.*, p. 94. Ainda segundo o autor, o enunciado assim descrito consegue refletir o caráter dos princípios como “mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables” (p. 95).

definitivo para o caso em questão. De modo que a regra resultante desse processo, conforme a definição própria das regras, é o juízo concreto de dever ser derivado do princípio que será aplicado ao caso.

Entretanto, pode-se argumentar que a ponderação leva ao subjetivismo e decisionismo judiciais, sendo, portanto, não racional. ALEXY trata de enfrentar esse argumento contra o modelo de ponderação por ele elaborado, formulando uma lei da ponderação, responsável pela racionalidade do procedimento. Inicialmente, o que se deve fundamentar racionalmente são os enunciados que estabelecem as preferências condicionadas entre os princípios. Ou seja, “uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente”⁶³. Nesse processo, que se refere à fundamentação de regras relativamente concretas que devem ser adscritas às disposições jusfundamentais, podem ser utilizados todos os argumentos possíveis da argumentação jurídica, inclusive os cânones da interpretação jurídica em geral, elementos dogmáticos, empíricos, político-constitucionais e valorativos, notadamente aqueles relativos aos valores da dignidade, liberdade e igualdade.

Por outro lado, ALEXY afirma haver argumentos específicos da ponderação que justificam a racionalidade do enunciado de preferência. Internamente, portanto, o enunciado de precedência se justifica na medida em que obedece a uma regra assim definida:

*“Quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.”*⁶⁴

⁶² ALEXY, *ibid.*, p. 98.

⁶³ ALEXY, *ibid.*, p. 159.

⁶⁴ ALEXY, *ibid.*, p. 161.

De modo que esta regra, a lei da ponderação, diz o que deve ser justificado racionalmente no processo de ponderação, ou seja, o grau de satisfação de um princípio (considerado precedente) e o grau de afetação do outro. O enunciado de preferência condicionado, a que se chega como resultado da ponderação, somente se justifica quando a afetação de um princípio ocorre na medida de satisfação do princípio precedente. A medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro.

Contra os que ainda levantam o argumento do decisionismo particular que esse processo pode acarretar, ALEXY diz que de fato as ponderações, na medida em que são decisões judiciais, realizam-se para solução de um caso particular. Nada a temer nesse sentido, pois até mesmo com Kelsen as decisões judiciais são consideradas normas individuais.

Por outro lado, de acordo com a lei de colisão, sobre a base da decisão de ponderação, sempre é possível formular uma regra, o que quer dizer que a ponderação no caso particular e a universalidade não são inconciliáveis⁶⁵. Isso porque as condições presentes no caso, que servem para determinar o princípio precedente, servem igualmente para definição da regra a ser aplicada. Essa regra, se presentes as mesmas circunstâncias, embora em outro caso, continua a valer. De modo que agora se entende perfeitamente o que ESTEVEZ

⁶⁵ ALEXY, *ibid.*, p. 167. Essa última observação tem a ver com a crítica de ALEXY a F. MÜLLER. Se o conceito de “âmbito normativo” quer trazer para dentro do conceito de norma jurídica argumentos empíricos que condicionariam a própria juridicidade das disposições do texto constitucional, também o processo de ponderação, “dentro del marco de la fundamentación de los enunciados sobre las intensidades de afectación y sobre la importancia del cumplimiento de los principios opuestos, se hacen valer plenamente argumentos empíricos que se refieren a las peculiaridades del objeto de la decisión y a las consecuencias de las posibles decisiones. Con respecto a los argumentos empíricos, para la fundamentación de las decisiones de ponderación vale lo mismo que para la argumentación jurídica en general” (p. 168). Quer dizer, isso permite considerar argumentos empíricos e sociológicos no trato dos direitos fundamentais, sem perder de vista o seu aspecto normativo, pois “sólo de enunciados empíricos no se infieren enunciados normativos” (169), na antiga lição de Hume.

ARAÚJO quis dizer quando se referiu aos princípios como mandados cuja conduta exigida somente se pode determinar uma vez que se conheçam as circunstâncias do caso concreto.

3.4. A relação entre princípios e valores

A teoria dos princípios possibilita entender os direitos fundamentais como valores. Os direitos constitucionalmente garantidos à pessoa humana têm como base ou aspecto comum o objetivo de resguardar os valores relativos à *dignidade, liberdade e igualdade*. Os direitos fundamentais são a tradução normativa desses valores. Nesse sentido, o termo *valores* não quer fazer referência a elementos imutáveis de uma hipotética natureza humana universal. Pelo contrário: se os direitos fundamentais são informados pelos valores da *dignidade, liberdade e igualdade*, constituem eles, conforme ensinamento de Rudolf SMEND, um sistema de valores concreto, “un sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição”⁶⁶.

O sentido dos direitos fundamentais como valores é um sentido sociológico, antes que metafísico, designando elementos jurídico-políticos vivenciados por uma determinada comunidade. O sentido da Constituição, ensina Hermann HELLER, está dialeticamente conexo com a realidade, pois seu conteúdo normativo, especialmente os direitos fundamentais, forma um conteúdo de significação da realidade social⁶⁷. Isso não implica no esquecimento da possibilidade de realizar abordagens filosóficas sobre os direitos, principalmente no âmbito da filosofia prática, particularmente da ética. Mas essas abordagens

⁶⁶ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*, 1985, p. 232.

⁶⁷ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*, 1968, p. 307.

são mais apropriadas para investigar a fundamentação dos direitos. Os direitos em si, depois de devidamente justificados, são compreendidos como valores concretamente vivenciados, no sentido *smendiano*.

Pois bem. Essa digressão tem o objetivo de propiciar a afirmação de que a teoria dos princípios, na forma estudada, apresenta estreita vinculação com a consideração dos direitos fundamentais como valores. Num duplo sentido: tal qual ocorre com os princípios, pode-se falar de colisão e ponderação de valores; por sua vez, o cumprimento gradual dos princípios tem seu equivalente na realização gradual dos valores. Diferem porque os princípios são mandados de otimização, pertencem ao âmbito deontológico; os valores têm que ser incluídos no nível axiológico⁶⁸. De modo que, na medida em que se torna possível avaliar, ou *valorar*, as condições de aplicação de uma norma jurídica (um princípio), a partir do que se indica a regra de direito a ser aplicada, vê-se a estreita relação entre princípio e valor. O caráter de princípio de uma norma de direito fundamental permite, mesmo no âmbito especificamente jurídico, considerá-la vinculada a critérios de valoração, ou seja, permite considerá-la como plasmadora de um valor, um valor de direito fundamental.

Se essa conclusão não leva completamente os rumos do trabalho para uma jurisprudência dos valores, pois o princípio não deixa de ser uma norma jurídica, pelo menos dá as condições para pensar o direito como um sistema principiológico, cuja fundamentalidade se encontra em determinados valores básicos, os quais vinculam objetivamente os níveis inferiores do ordenamento jurídico. Como se verá, esse ponto de vista

⁶⁸ Cf. ALEXY, op. cit., p. 138 e 141. A respeito da diferença entre os conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos, v. p. 139 e 140. Na p. 147, ALEXY afirma, ainda sobre a diferença entre princípios e valores: "Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los principios es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así, pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente."

implica numa interpretação do direito conforme seus valores básicos, cuja tradução normativa se encontra nos direitos fundamentais, veiculados através de princípios.

E, não obstante essa constatação, não se pode esquecer que, pelo fato de serem normas, os direitos fundamentais podem oferecer uma regra definitiva para um caso, mantendo, dessa forma, seu caráter de direitos subjetivos. Quer dizer, não constituem somente uma ordem objetiva de valores, mas também posições subjetivas das pessoas, justiciáveis a todo momento.

4. A Constituição como um sistema normativo aberto de regras e princípios

A teoria jurídica dos direitos fundamentais, na forma que se está estudando, tem repercussões profundas no próprio constitucionalismo contemporâneo, conforme já se havia antecipado. Se a Constituição é lei positiva, o é de uma maneira bastante peculiar. Sua especificidade, mais além de ser considerada a norma do mais alto escalão de um ordenamento jurídico, reside no fato de ela abrir-se à realidade da qual se originou e para a qual deve dirigir-se conformativamente. LASSALE a considerava mero reflexo das condições fáticas, destituída de qualquer poder jurídico, enquanto KELSEN a tomava como puro dever-ser, pressuposto lógico transcendental da ciência jurídica e norma da qual derivam todas as outras. Nem a um extremo, nem a outro. Ancorando-se principalmente na teoria dos princípios, J. J. Gomes CANOTILHO considera hoje a Constituição, como um sistema

normativo aberto⁶⁹, pois é um pacto com força normativa vinculante e dirigente, mas que dialoga com a realidade constitucional. De fato, Constituição e realidade constitucional não se acham separadas, como nos ensina Konrad HESSE, mas em uma situação de coordenação correlativa⁷⁰.

A divisão das normas constitucionais em princípios e regras é sumamente importante para caracterizar a abertura do sistema constitucional. Somente com a existência de mandados de otimização, abertos a ponderações que levam em conta as circunstâncias, compromissos e conflitos da realidade, é que se torna possível essa caracterização. A estrutura dialógica dos elementos normativos, algo que soa impossível para os legalistas-positivistas, tem como referência básica a existência dos princípios no sistema constitucional. Como afirma CANOTILHO, “um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional”⁷¹. Por outro lado, já se disse que um sistema constituído só de princípios não teria também capacidade de dar resposta a todos os problemas jurídico-normativos, mormente o da força normativa dos seus preceitos. Dessa forma, elabora-se um conceito adequado de Constituição

⁶⁹ Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 165. De modo que se entende a Constituição como um sistema normativo aberto de regras e princípios: é sistema porque se constitui num conjunto de elementos jurídicos em interação; aberto porque tem uma estrutura dialógica (“capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”); normativo porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas, sendo que tais normas podem revelar-se sob a forma de princípios e de regras.

⁷⁰ Cf. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, 1983, p. 67. Daí que se explica perfeitamente o pensamento do autor quando este fala de *vontade de constituição*, querendo com isso significar que se “la Constitución como todo orden jurídico precisa de su actualización por medio de la actividad humana, su fuerza normadora depende de la disposición para considerar como vinculantes sus contenidos y de la resolución de realizar estos contenidos incluso frente a resistencias” (p. 28).

⁷¹ CANOTILHO, op. cit., p. 169. Convém ressaltar que o constitucionalista português elabora uma distinção terminológica, precisando ser diferente a abertura das normas constitucionais da abertura da Constituição, pois seriam dois níveis diferentes de abertura. Dessa forma, a primeira seria a *abertura horizontal*, significando a “incompletude e o carácter ‘fragmentário’ e ‘não codificador’ de um texto constitucional”, enquanto a última seria a *abertura vertical*, ou seja, o “carácter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso mesmo, se ‘abrem’ à mediação legislativa concretizadora” (p. 188).

ela é considerada um sistema normativo aberto de regras e princípios. Essa perspectiva, além de oferecer as bases para resolver muitos dos problemas metódicos, como o é a própria colisão de direitos fundamentais, permite ainda “*respirar, legitimar enraizar e caminhar* o próprio sistema. A respiração obtém-se através da ‘textura aberta’ dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica; o enraizamento perscruta-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição”⁷².

CANOTILHO, seguindo de perto ALEXY e DWORKIN, fornece ainda os critérios que permitem diferenciar regras de princípios. E apesar de a matéria ter sido amplamente estudada, convém mencioná-la mais uma vez, de maneira sintética e didaticamente disposta. Antes de tudo, ressalta que os princípios são multifuncionais, podendo desempenhar uma função argumentativa ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo. São apesar disso verdadeiras normas jurídicas, qualitativamente distintas das regras nos seguintes aspectos: “(1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de DWORKIN: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (ZAGREBELSKI); a convivência de regras é antinómica. Os princípios coexistem; as regras antinómicas excluem-se; (2) conseqüentemente, os princípios, ao

⁷² CANOTILHO, *ibid.*, p. 170.

constituírem *exigências de otimização*, permitem o *balanceamento* de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu *peso* e a *ponderação* de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos; (3) em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de *ponderação*, de *harmonização*, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias; (4) os princípios suscitam problemas de *validade* e *peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas)”⁷³.

A *abertura* do sistema normativo constitucional decorre portanto do carácter de princípio de suas normas. Trata-se de um sistema aberto por causa da materialidade das normas de direitos fundamentais. Nesse sentido, o sistema jurídico é um sistema aberto à *moral*, principalmente se se observa que os conceitos jusfundamentais de dignidade, liberdade e igualdade, são, ao mesmo tempo, conceitos básicos da filosofia prática. Com eles se incorporou à Constituição e ao direito positivo os princípios mais importantes do direito racional moderno⁷⁴.

Essa *abertura* do sistema jurídico ao sistema da filosofia prática geral possibilita ao direito positivo dialogar, via princípios, com as ordens jurídicas informais que reivindicam posições fundadas na moral. A Constituição, como o principal instrumento de garantia da democracia representativa moderna, mantém relação com a realidade, através dos

⁷³ CANOTILHO, *ibid.*, p. 167 e 168.

⁷⁴ Cf. ALEXY, *op. cit.*, p. 525.

seus diversos grupos, organizações e movimentos, que atualmente reivindicam o princípio da comunidade e o ideal de democracia participativa. Essa oposição representa um movimento capaz de gerar novas formas de convivência democrática, como já se mencionou no primeiro capítulo. Ademais, ela é que torna juridicamente possível que uma sociedade participe da definição do sentido da Constituição, mais além do trabalho técnico-jurídico do aplicador da lei, conforme se verá no capítulo seguinte.

De qualquer forma, abertura do sistema constitucional não implica pobreza da força normativa da Constituição. Antes de tudo porque é possível derivar uma regra, com todas as características que essa espécie de norma contém, pelo processo de ponderação de princípios contrapostos, ainda que um deles sirva de fundamento a outra regra já expressa. Essa possibilidade deixa transparecer a vinculatividade dos princípios, que são normas jurídicas, mesmo que coordenados com as circunstâncias fáticas do caso. Longe de ser uma heresia teórica, essa interdependência entre disposição normativa de princípio e circunstâncias concretas é a que melhor expressa a “coordenação correlativa” da Constituição jurídica com a realidade constitucional. Ademais, se todos os princípios e regras da Constituição são normas juridicamente vinculantes; e se a Constituição representa um projeto que aponta para a emancipação do homem⁷⁵ (princípios da dignidade, liberdade e igualdade), de acordo com os direitos fundamentais nela consagrados, então desde já ela tem não uma carência de força normativa, mas uma dupla normatividade: uma normatividade jurídica, derivada do fato de ser constituída por normas jurídicas válidas, e uma normatividade pelo fato

⁷⁵ CANOTILHO, *ibid.*, p. 109, fala que a Constituição deve transportar uma “reserva de justiça”, querendo dizer que as normas e princípios constitucionais não se devem esgotar na sua positividade, mas devem aspirar a ser “direito justo” (LARENZ). Dado que a legitimidade da Constituição deve repousar também na necessidade de uma relação de coerência entre a constituição formal e a constituição real, aquela expressando um sentido normativo construído pela participação autônoma e democrática dos indivíduos, então “o projecto utópico das constituições permanece como projecto ou tentativa (refutável) da verdade e da justiça (por parte da humanidade, dos homens, das comunidades)” (p. 118).

de constituir um projeto, que, por sua essência, só pode estabelecer-se como elemento regulador, um dever-ser.

5. Os direitos fundamentais e o sistema jurídico

As normas de direitos fundamentais deixam transparecer toda sua fundamentalidade jurídica quando se verifica estarem elas na posição mais alta do sistema jurídico, principalmente se são consideradas princípios. Desde que os direitos fundamentais erigem-se na fundamentação mesma do Estado que os declara, conforme se verificou no primeiro capítulo, nada mais lógico considerar que o ordenamento jurídico desse Estado deve ter como fundamentalidade jurídica mais importante os próprios direitos fundamentais.

O conceito de sistema jurídico, a seu turno, parece ser daqueles no direito que mais apresenta variações⁷⁶. Deve-se adotar um que atenda às intenções específicas deste trabalho, teoricamente consistente. Até porque o que interessa, depois de precisar o que seja sistema jurídico, é verificar a posição, função e influência dos direitos fundamentais em dito sistema.

O conceito de sistema prende-se à ordenação de elementos constitutivos de uma totalidade que, em vista dessa ordenação, perfazem uma unidade sistemática. Sobressaem aí duas características elementares da noção de sistema: a da ordenação e a da

⁷⁶ A esse respeito, BOBBIO já anotou que “o termo ‘sistema’ é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências”. Cf. BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 76.

*unidade*⁷⁷. Segundo Claus-Wilhelm CANARIS, a ordenação se reporta a exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. Por sua vez, a unidade, modificando já o resultado obtido através da ordenação, impede a dispersão da totalidade constituída em singularidades desconexas⁷⁸. De modo que há um sistema dos objetos do conhecimento e o sistema lógico ou teórico que o apreende, devendo este último corresponder, tanto quanto possível, àquele primeiro.

Desde que determinado ordenamento jurídico-positivo tem como referência última de validade uma norma fundamental, que é justamente a Constituição⁷⁹, e ainda levando em conta que esta porta um *sentido de justiça*, representado pelo conjunto dos direitos fundamentais que traduzem normativamente os valores da dignidade, liberdade e igualdade, então o conceito de sistema permite adequar a unidade desse ordenamento em função dos mencionados valores⁸⁰. Mais além da idéia de um sistema simplesmente dinâmico ou procedimental⁸¹, adota-se a perspectiva do ordenamento jurídico como um sistema também estático⁸² ou axiológico.

Nesta última acepção, o ordenamento jurídico de um Estado, que tem como fundamento maior a garantia dos direitos fundamentais, deve sistematizar-se com a finalidade de realizar tais direitos, que podem ser entendidos também como valores. Isso leva

⁷⁷ Cf. BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, 1994, p. 71; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 1989, p. 12. Algo diferente afirma NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, 1988, pp. 16 e ss.

⁷⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm, op. cit., p. 12 e 13.

⁷⁹ Cf. CANOTILHO, op. cit., p. 46-47; BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 49; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1994, pp. 215 e ss. e p. 246 e KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, 1992, pp. 119 e ss. Em Kelsen, a Constituição é a norma fundamental positiva, do ponto de vista do ordenamento jurídico de um determinado Estado. Para além disso, do ponto de vista da ciência do direito, a norma fundamental é tão-somente pressuposta.

⁸⁰ Formulação construída com inspiração em CANARIS, que fala que o papel do conceito do sistema é, pois, o de “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”. In CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 23.

⁸¹ Sobre a idéia de sistema dinâmico, cf. KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 215 e ss.

⁸² Sobre a noção de sistema estático, cf. KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 121 e ss.

a afirmar ser o sistema uma ordenação axiológica ou teleológica, pois visa a desenvolver determinados valores, os direitos fundamentais, a partir de valores maiores e mais genéricos que fundamentam os próprios direitos. Não se trata pois da idéia de sistema puramente formal, mas vinculada aos valores jusfundamentais, que são os princípios corporificadores da noção de justiça que um ordenamento jurídico pode aspirar⁸³.

Deve-se mencionar ainda o fato de que o sistema jurídico é hierárquico⁸⁴. A unidade do sistema reporta-se ao escalonamento hierárquico dos seus elementos, a partir de uma norma superior que fornece os princípios e valores fundamentais. Por isso, pode-se definir o sistema jurídico como ordenação axiológica e hierarquizada de princípios, regras e valores jurídicos, cujo fim é o de realizar concretamente o significado jurídico dos fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito, ou seja, os valores fundamentais da dignidade, liberdade e igualdade e os direitos deles decorrentes⁸⁵. Esse

⁸³ Mais uma vez as afirmações são inspiradas diretamente em CANARIS, *pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 989, pp. 66-67. CANARIS, entretanto, fala dos elementos constitutivos que tornam perceptíveis a unidade interna e a adequação da ordem jurídica como sendo os seus valores fundamentais (p. 76). Até aí nenhum reparo. No entanto, um pouco diferente do que se afirma no texto, CANARIS identifica esses valores como os *princípios gerais* de uma ordem jurídica, a *ratio iuris* determinante que se encontra por detrás da lei, ou seja, os princípios gerais do Direito (p. 77). Quer dizer, durante todo o texto se identifica os princípios, junto com ALEXY, como autênticas normas jurídicas (CANARIS afirma que os princípios não são normas - p. 96), aliás, umas de suas espécies, com características especiais. Mais além de genéricos princípios do Direito, a identificação dos princípios constitucionais que condensam os valores fundamentais de um Estado de Direito serve como amparo mais firme e juridicamente mais adequado na formulação do sistema axiologicamente ordenado. Reconheça-se, todavia, não ser de monta a diferença na posição firmada, pois além de se fundar em princípios (embora redefinidos), os considera relacionados com os valores.

⁸⁴ Sobre a construção escalonada do ordenamento jurídico, ver BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 48 e ss.; KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 246 e ss.; KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, p. 129 e ss.; NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p. 27 e ss.

⁸⁵ Definição, como se pode ver, inspirada em CANARIS, mas que contém elementos, igualmente, de Juarez FREITAS, que em seu *A interpretação sistemática do direito*, 1995, p. 40, assim define sistema jurídico: "uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição". Distancia-se do autor no que se refere à nomenclatura (para ele, princípios e normas)

entendimento eleva ao patamar mais superior da ordem jurídica os valores da dignidade, liberdade e igualdade, coerentemente com o que foi dito no transcorrer de toda a pesquisa⁸⁶.

Em relação ao sistema jurídico brasileiro, esses valores constam expressamente na Constituição Federal, como se percebe numa rápida olhada no seu *preâmbulo* e nos seus arts. 1º, III; 3º, I; 5º, *caput*; 170, *caput*. Assim, eles são os valores últimos do sistema jurídico brasileiro.

Por outro lado, pode-se falar de fundamentalidade material e formal dos direitos fundamentais, no sistema jurídico. Esta última (a fundamentalidade formal) deriva do fato de as normas jusfundamentais estarem na posição mais alta do ordenamento jurídico, vinculando, dessa forma, tanto a legislação, quanto o poder executivo e o judiciário. A fundamentalidade material corresponde ao fato de que através das normas jusfundamentais se tomam decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.

Com relação especificamente à fundamentalidade formal das normas jusfundamentais, há que se diferenciar o modelo constitucional puramente procedimental do modelo constitucional puramente material, para afirmar que uma Lei Fundamental como Constituição Federal de 1988, tem um caráter misto, isto é, material-procedimental. Isso porque ela não contém tão-somente normas de organização e procedimento, o que levaria à nulidade da importância material e força vinculante dos direitos fundamentais, nem contém, por outro lado, normas exclusivamente materiais, o que tornaria despidendo o desenvolvimento legislativo de muitas matérias da vida social, bem como da própria noção de lei comum, algo impensável no mundo de hoje.

⁸⁶ Nesse sentido, cf. COELHO, Edihermes Marques. *Apontamentos para uma idéia de sistema constitucional (a partir do pensamento sistemático de Claus-Wilhelm Canaris)*, 1995, p. 40. O autor elenca ainda expressamente o *direito à vida*. Ao fazer referência aos outros três valores, deve-se reconhecer estar implícita a noção de que eles querem dar a entender uma *vida digna, uma vida livre, uma vida igual*, enfim, uma *vida justa*. De qualquer

De modo que, sendo a Constituição um modelo misto, entre seus elementos materiais está a determinação dos fins do Estado, enquanto o núcleo de sua parte procedimental é constituído por normas de procedimento legislativo. Por isso tudo, a par dos conteúdos do ordenamento jurídico que, sob o ponto de vista da Constituição, são meramente *possíveis*, existem conteúdos que são constitucionalmente *necessários* e outros que são *impossíveis*. “O fato de que as normas jusfundamentais determinem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis, constitui o núcleo de sua fundamentalidade formal”⁸⁷.

Por outro lado, a definição de sistema e a fundamentalidade das normas jusfundamentais trazem à consideração a influência dos direitos fundamentais em toda a escala normativa, inclusive naquela específica do direito privado, que consubstancia a regulamentação da autonomia privada dos indivíduos. Como decorrência daqueles aspectos, pode-se afirmar que os direitos fundamentais influem em tal relação, ou seja, na relação cidadão-cidadão, mais além da relação Estado-cidadão⁸⁸. Diferentemente da posição liberal, que adscrive uma esfera de liberdade natural preservada pelos indivíduos que vivem em sociedade, observa-se hoje tanto na filosofia quanto na teoria jurídica dos direitos fundamentais uma eficácia destes na relação entre os particulares, de certa forma sendo isso mais uma comprovação da relativização da rígida separação entre esfera pública e esfera privada⁸⁹.

forma, parece não ser exagerado referir-se expressamente a um direito à vida. Mas, ainda assim, continuar-se-á mencionando aqueles três direitos, deixando anotado que neles se insere, obviamente, o direito à vida.

⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 505.

⁸⁸ As expressões são de ALEXY, op. cit., p. 507.

⁸⁹ A esse respeito, cf. PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales* 1994, p. 205. PRIETO SANCHIS chega a afirmar que é no âmbito privado e não no público onde pela primeira vez se ouve falar de direitos (p. 206), deixando transparecer acertadamente que a origem dos direitos fundamentais, enquanto reivindicações e invenções dos indivíduos em sociedade, dá-se na esfera das relações que se estabelecem frente às circunstâncias concretas de convivência, como já se mencionou no capítulo anterior. Sua articulação em linguagem pública normativa, através da inscrição no instrumento jurídico-político mais importante do Estado

Sobre o alcance dos direitos fundamentais na esfera da relação cidadão-cidadão, ALEXY afirma haver três teorias explicativas. Uma abordagem inicial já pode se basear no fato de que os direitos fundamentais constituem uma ordem objetiva de valores, normativamente veiculada através dos princípios. Mediante a definição de sistema jurídico, vê-se que, enquanto uma ordenação dos valores fundamentais de um Estado, os princípios jusfundamentais podem ser entendidos como posições jurídicas subjetivas, mas também como uma ordem objetiva que invariavelmente irradia seus valores para a totalidade daquele sistema, proporcionando “diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a justiça”⁹⁰.

Esse efeito dos direitos fundamentais em todas as esferas do ordenamento jurídico, entendido como sistema, inclusive na esfera do direito privado, pode ser chamada de *efeito em terceiros* ou *efeito horizontal*. As teorias que explicam tal efeito são as teorias do efeito mediato em terceiros, a do efeito imediato e a do efeito produzido através de direitos frente ao Estado.

Pela primeira teoria, os direitos fundamentais, na medida em que se constituem princípios objetivos, plasmadores de valores fundamentais, acabam por influir na interpretação do direito privado. Assim, o efeito da irradiação, no momento da interpretação judicial, deve fundamentar a obrigatoriedade de se levar em conta a influência jusfundamental nas normas de direito privado.

Por sua vez, a teoria do efeito imediato afirma que os princípios jusfundamentais objetivos afetam a relação cidadão-cidadão não através da influência na interpretação das normas de direito privado, mas sim porque deles fluem diretamente também direitos privados subjetivos do indivíduo.

representa, por assim dizer, e aproveitando a nomenclatura *gramsciana*, o momento ético-político de afirmação da cidadania, superando o estreito caráter privado, ou egoístico-passional, de interesses particulares.

⁹⁰ ALEXY, op. cit., p. 507, citando jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

A última teoria defende a tese de que os efeitos na relação horizontal dos cidadãos são conseqüências da sujeição do Estado aos direitos fundamentais, considerados como direitos subjetivos.

Trata-se então de elaborar um modelo que condense o sentido de cada teoria em particular. De fato, pela teoria do efeito mediato, tem-se um alcance mais limitado, posto que só vincula o juiz, assim como propriamente a do efeito imediato, que vale principalmente para a atividade judicial. A construção que afirma haver efeito em terceiros através de direitos frente ao Estado tem o condão de vincular tanto legislador quanto juiz. O modelo integrado seria articulado em três níveis, não hierárquicos, mas em relação recíproca, assim entendidos: “o dos deveres do Estado, o dos direitos frente ao Estado e o das relações jurídicas entre sujeitos do direito privado”⁹¹.

A teoria do efeito mediato, por exemplo, está situada no nível dos deveres do Estado, posto que as normas jusfundamentais, como uma ordem objetiva de valores que vincula todos os âmbitos do direito, “implica que o Estado está obrigado a tomá-las em conta tanto na legislação como na jurisprudência civil”⁹².

O nível dos direitos frente ao Estado, como decorrência de uma ordem objetiva de valores, é pressuposto para que, na relação com o primeiro nível, possa afirmar-se que um tribunal civil lesiona o direito fundamental de um indivíduo quando não o leva em conta (o direito fundamental, logicamente) na tomada de uma decisão. Essa afirmação torna-se mais clara quando “se aceita um direito do cidadão frente à justiça civil no sentido de que esta tome em conta o princípio jusfundamental que fala em favor da posição que faz valer o cidadão”, de modo que se

⁹¹ ALEXY, op. cit., p. 516.

⁹² ALEXY, *ibid.*, p. 516.

o direito é lesionado, “se lesiona o direito fundamental ao qual pertence o respectivo princípio jusfundamental”⁹³.

Entretanto, com relação aos dois primeiros níveis, se por uma parte o juízo civil tem que tomar em conta os princípios jusfundamentais que apóiam as posições reclamadas pelas partes, por outra tem que aplicar o direito privado sempre que isso não seja incompatível com uma interpretação dos princípios jusfundamentais. Não são poucos os casos em que, na hipótese de efeito horizontal, jogam papel importante não só os princípios jusfundamentais, mas também as normas de direito privado, especialmente nos casos que admitem várias soluções igualmente fundadas nos valores fundamentais, entre os quais se encontram os princípios da legalidade e da autoridade, que dão validade às normas de direito privado elaboradas pelo legislador democrático. Essas observações esclarecem satisfatoriamente a teoria do direito frente ao juízo civil, exigindo que os princípios jusfundamentais sejam tomados em conta na devida medida⁹⁴. Exigência que pretende evitar que o juiz caia numa subjetivização injustificável, com relação aos seus deveres.

Quanto ao terceiro nível, deve ser mencionado o fato de que os direitos fundamentais consubstanciam posições jurídico-políticas oriundas da eticização de interesses privados, vivenciados no espaço concreto da relação conflituosa do meio social, que adquirem, através de sua publicização, o status de elementos jurídico-políticos mais importantes do mundo contemporâneo. Esse nível, o dos efeitos jusfundamentais nas relações jurídicas entre os sujeitos privados, deriva da existência na Constituição de princípios jurídicos que instituem normativamente direitos e deveres, liberdades e vantagens que sem estes princípios não existiriam⁹⁵.

⁹³ ALEXY, *ibid.*, p. 519.

⁹⁴ ALEXY, *ibid.*, p. 520.

⁹⁵ ALEXY, *ibid.*, p. 521. Na mesma página, o autor complementa: “...los principios iusfundamentales conducen a derechos y deberes en relaciones entre iguales que, debido a la vigencia de estos principios relativa a la Constitución, son necesarios pero que, sin su vigencia no lo serían. Este es un efecto inmediato en tercero”. Da

Essas últimas observações permitem vislumbrar a autonomia jurídica dos indivíduos não mais como um direito preservado desde o estado de natureza, na velha lição liberal. Trata-se agora de reconhecer que “a própria autonomia privada, não só sua limitação, é objeto de garantias jusfundamentais e, portanto, do efeito em terceiros”⁹⁶ dos principais elementos que definem o status jurídico básico do cidadão: os direitos fundamentais.

Por outro lado, se se levanta o argumento de que um efeito imediato em terceiros torna definitivamente supérfluo o próprio direito civil, há que se fazer um reparo, pois esta objeção não toma em conta que os princípios jusfundamentais de modo algum estabelecem uma só solução para cada caso. Nos casos de direito civil em que é possível mais de uma solução jusfundamental, as normas de direito civil têm relevância constitutiva. Por outro lado, as decisões do direito privado devem levar em conta as normas do seu âmbito jurídico, já que são estabelecidas em conformidade com os princípios formais da legalidade e da autoridade, a fim de satisfazer os postulados de segurança e igualdade de tratamento. Por isso, “o juiz civil está sujeito *prima facie* ao direito civil vigente, tal como se apresenta sob a forma de leis, precedentes e dogmática consensuada. Se, sobre a base de princípios jusfundamentais, quer apartar-se disso tem que assumir a carga da prova”⁹⁷.

De acordo com essas descobertas, pode-se concluir que o modelo unitário, que condensa os argumentos das três teorias explicativas do efeito horizontal dos direitos fundamentais, dá-se pela articulação de três níveis diferentes de enfrentamento da questão. Tais níveis não se excluem, mas são coexistentes. Todos eles se reportam expressamente ao momento

força normativa da Constituição, pois, deriva o efeito imediato dos direitos fundamentais entre cidadãos, na esfera privada. Talvez essa assertiva explique, por exemplo, o processo de constitucionalização do direito civil, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro (verificar as disposições, na CF de 1988, que tratam do direito de propriedade - art. 5º, incisos XXII e XXIII - e do direito de família - arts. 226 a 230-, e que modificaram substancialmente o tratamento jurídico dispensado a esses institutos, antes de caráter marcadamente privatístico).

⁹⁶ ALEXY, *ibid.*, p. 522.

⁹⁷ ALEXY, *ibid.*, p. 523.

da interpretação do ordenamento jurídico, quando da decisão de um caso, possibilitando compreendê-lo (o ordenamento jurídico) a partir do efeito incidente dos direitos fundamentais. A idéia de sistema jurídico, portanto, é totalmente conexa com a noção dos direitos fundamentais, como uma ordem objetiva de valores, que são os elementos fundamentadores do Estado social e democrático de Direito e, portanto, os elementos que estão na cúspide do ordenamento jurídico.

É correto afirmar que esse raciocínio conduz a uma idéia de interpretação judicial conformada pelo efeito irradiante dos direitos fundamentais, sem empobrecimento do caráter individual que estes portam, pois, relembre-se, do caráter de princípio de uma norma de direito fundamental pode advir tanto a sua consideração como um valor, como a adscrição de uma regra definitiva para solução do caso concreto, nos termos da lei de colisão.

A fundamentalidade jurídica dos direitos fundamentais, no que se refere à sua posição no sistema jurídico, é um dos elementos a implicar na adoção de uma interpretação conforme os direitos fundamentais. A interpretação sistemática do direito, portanto, estruturada a partir dos valores jusfundamentais expressos na Constituição é um dos exemplos da necessidade de adequar o ordenamento jurídico aos seus valores fundamentais. Essas posições serão analisadas como argumentos em favor da interpretação conforme os direitos fundamentais, como forma de vinculação do direito positivo aos valores da justiça. Decerto, a existência dos princípios jusfundamentais no direito positivo conduz aos problemas da justiça, pois a irradiação das normas de direitos fundamentais inclui uma irradiação da idéia de justiça em todos os âmbitos do direito.

Antes, porém, deve-se previamente estudar a teoria da interpretação jurídica, da interpretação da Constituição, passando pelos conceitos e princípios que compõem essas temas, pois a interpretação dos direitos fundamentais não deixa de ser uma faceta deles.

Capítulo III

UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Fundamentos de hermenêutica filosófica e jurídica: considerações sobre a compreensão, a interpretação e a aplicação

O problema central da hermenêutica filosófica é o da compreensão. Esta implica, por sua vez, em uma atividade de reflexão chamada interpretação. Interpretar é buscar o sentido de um fenômeno humano.

Considerando que os elementos que compõem o arsenal cultural humano portam sentidos ou significados, a atividade interpretativa objetiva revelá-los. A hermenêutica trata, pois, das condições (pressupostos, modalidades e princípios) da interpretação e da compreensão. Nesse sentido, pode-se afirmar que o seu campo de investigação é o “esclarecimento do procedimento interpretativo mesmo, vale dizer, o esclarecimento de como é (e como deve ser) realizada a interpretação dos fenômenos humanos nos casos concretos”¹. Como reação à pretensão positivista de naturalizar todo o conhecimento (em especial as ciências sociais), a hermenêutica dirá que a própria abordagem científico-natural, quando se quer portadora do método perfeito para alcançar a verdade

(objetividade), desconhece os momentos de interpretação e compreensão que dela fazem parte. Assim, as fórmulas devem ser interpretadas, os cientistas devem poder compreender-se reciprocamente, dentre outros exemplos². Além disso, a atividade humana submetida à interpretação, sejam as palavras, ações ou obras, pode não ter um sentido único, apreensível plena e racionalmente através de métodos e testes objetivos. Ou seja, os fenômenos humanos sequer são objetiváveis, “porque não podem ser reduzidos a entidades domináveis; porque são portadores de um sentido que é mister compreender e, principalmente, porque interessam na sua singularidade”³

Mas para que a hermenêutica não se veja reduzida a uma técnica, ou mesmo um conhecimento que instrumentaliza a atividade de interpretação, deve-se assumir que compreender é algo inerente ao ser humano. A partir dos esforços de Hans-Georg GADAMER, especialmente sua obra *Verdade e Método*, a *compreensão* passa a ser entendida como uma experiência suscitada no profundo do ser humano, uma forma definidora do *Dasein*⁴.

Seguindo a esteira fenomenológica de Heidegger, GADAMER diz que o compreender, antes de ser um conceito metódico, significa o “caráter ôntico original da própria vida humana”⁵, na medida em que o Ser-aí se preocupa em projetar sentidos. Todo compreender é, na verdade, um compreender-se, pois, se o Ser age dessa maneira, está sempre extraindo novas conclusões e detectando novas relações que antes não tinha. “Aquele que

¹ CUPANI, Alberto. *A hermenêutica ante o positivismo*, 1986, p. 85.

² CUPANI, op. cit., p. 78.

³ CUPANI, *ibid.*, p. 83.

⁴ DASEIN: verbo alemão substantivado, cujo sentido vernacular corresponde a “estar-aí”. Designa em Heidegger o caráter específico da existência humana, a sua “presença intencional”.

⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, 1997, p. 393.

compreende se compreende, projeta-se a si mesmo rumo a possibilidades de si mesmo”⁶, adquirindo um novo estado de liberdade espiritual.

A definição do compreender como manifestação ôntica do existente, na forma mencionada, leva Antônio Osuna FERNÁNDES-LARGO a considerar a hermenêutica não como uma atividade parcial do Ser ou um terreno de livre exercício da razão, mas como uma ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais⁷. Dessa forma, supera-se a separação entre compreensão, interpretação e aplicação, produzida pela hermenêutica romântica. A raiz ôntica comum determina que a nova hermenêutica filosófica deve considerar estes três momentos como indissociáveis no acesso a determinado texto.

Essa lição é sintomaticamente extraída por GADAMER de sua análise do caráter paradigmático da hermenêutica jurídica. A aplicação diz respeito ao contexto da hermenêutica, e é um momento seu tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação. De fato, compreende-se uma norma jurídica para que ela possa sempre ser aplicada, concretizada. “O conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário”⁸. Nessa perspectiva, a compreensão não se prende com exatidão ao sentido originário do texto normativo, reproduzindo-o no presente. Não há a sujeição do jurista à intenção originária dos autores da lei, e o procedimento de se reportar ao momento inicial da produção da norma contribui apenas para ajudar na determinação do seu conteúdo. O que ocorre é a tarefa do jurista de adequar a lei transmitida às necessidades do presente, resolvendo uma tarefa prática, ou seja, concretizando a lei em cada caso. E, dessa forma, construindo o sentido atual do direito.

⁶ GADAMER, op. cit., p. 394.

⁷ Cf. FERNÁNDES-LARGO, Antônio Osuna. *A hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, 1992, p. 49.

⁸ GADAMER, op. cit., p. 463.

Portando essas características, a hermenêutica jurídica demonstra a coexistência da aplicação na compreensão. Isso porque a complementação do sentido do texto, atividade própria do jurista, tem lugar em qualquer forma de compreensão. “A aplicação não quer dizer aplicação ulterior de algo comum dado, compreendida primeiro em si mesma, a um caso concreto, mas é, antes, a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito”⁹.

As últimas observações têm a ver com aquilo que GADAMER denomina de “a condição histórica do compreender”. O compreender é histórico porque histórico é o existente humano e o seu mundo circundante. FERNÁNDEZ-LARGO¹⁰ explica que essa condição implica que o tempo mesmo é um existenciário de toda compreensão e a historicidade é mediação iniludível da compreensão. Trata-se de mostrar a essencial temporalidade e finitude do histórico e propugnar que a compreensão só se verifica como “tradição presencializada”.

Se a compreensão de determinado texto pressupõe a elaboração prévia de expectativas por parte de quem vai lê-lo, essa perspectiva inicial é construída com base na tradição, ou seja, através do sentido de pertença a uma comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores. GADAMER parte da afirmação de que “elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas ‘nas coisas’, tal é a tarefa constante da compreensão”¹¹. Somente assim o sentido

⁹ GADAMER, *ibid.*, p. 505.

¹⁰ FERNÁNDEZ-LARGO, *op. cit.*, p. 52 e seguintes. GADAMER, *op. cit.*, p. 415: “A idéia de uma razão absoluta não é uma possibilidade da humanidade histórica. Para nós a razão somente existe como real e histórica, isto significa simplesmente: a razão não é dona de si mesma, pois está sempre referida ao dado no qual se exerce.”

¹¹ GADAMER, *op. cit.*, p. 402. Por sua vez, Paul RICOEUR denomina de *conjectura* o princípio da compreensão, o seu primeiro ato. Cf. RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*, 1995, 120.

do texto se manifestaria. Na constatação de que os preconceitos de um indivíduo constituem, mais que seus juízos, a realidade histórica do ser, é que se funda o conceito de círculo hermenêutico do compreender. Na compreensão há um círculo que vai da pré-compreensão à coisa, efetuando assim um contraste com as coisas mesmas, sem que a interpretação se afigure a uma opinião feita. Pode-se afirmar que a pré-compreensão é a primeira de todas as condições hermenêuticas¹². Nesse processo, como se afirmou, os preconceitos realizam o sentido de pertença a determinada tradição, ou seja, manifestam a patente condição histórica do ser. E a questão epistemológica fundamental de uma hermenêutica assim condicionada é a de saber em que se pode basear a legitimidade dos preconceitos.

O autor do texto ou seu primeiro intérprete está em situação diferente do intérprete atual. A tradição continuada até o presente oferece, em princípio, as condições para que o objeto seja interpretado melhor. Ou, pelo menos, diferente. De modo que a compreensão é um comportamento sempre produtivo e o sentido do texto igualmente supera sempre o seu autor. Através do conceito da distância temporal afirma-se, então, a situação ótima que permite a própria compreensão. Reconhecendo a distância no tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender, GADAMER afirma ainda que “a distância é a única que permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que há numa coisa”¹³. Essa distância é que torna possível enfrentar a questão epistemológica fundamental acima mencionada, ou seja, distinguir os verdadeiros preconceitos dos falsos preconceitos; estes últimos são aqueles que produzem os mal-entendidos e cujo aparecimento é estimulado pelo encontro com a tradição.

¹² GADAMER, op. cit., p. 441.

¹³ GADAMER, ibid., p. 446. E continua: “Mas esse verdadeiro sentido não se esgota ao chegar a um determinado ponto, pois é um processo infinito. [...] Constantemente, surgem novas fontes de compreensão que tornam patentes relações de sentido insuspeitadas.” Também RICOEUR, op. cit., p. 136, é claro ao afirmar que a distanciamento, a atemporalização é o pressuposto fundamental para o alargamento do horizonte do texto.

Esse entendimento permite afirmar o aspecto construtivista da história.

No campo da hermenêutica filosófica, tal aspecto é identificado através do princípio da história efetual, que reconhece os efeitos na história dos fenômenos históricos e das obras transmitidas. “Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos sempre sob os efeitos dessa história efetual”¹⁴, afirma GADAMER. A sedimentação dos fatos no fundo da história constitui um momento estrutural da própria compreensão e é captada pelo intérprete como a tradição continuada até o presente. O intérprete do texto não pode, assim, investigar o primeiro significado do texto, ou a intenção do seu autor, porque seu próprio trabalho não é mais que “um traço dessa história efetual e a compreensão por ele alcançada se adicionará, como um elo a mais, à larga cadeia de efetividade histórica a que deu origem o documento”¹⁵.

A consciência da história efetual é a consciência da situação hermenêutica. E esta implica em uma posição que limita as possibilidades de ver. Pode-se, então, denominar de *horizonte* esse âmbito de visão. A compreensão derivada do princípio da história efetual vem a ser um ultrapassar o horizonte histórico limitado, pondo em constante questionamento a legitimidade dos preconceitos. Para ver melhor. O horizonte do presente é, pois, o ponto a partir do qual se pode questionar corretamente todos os preconceitos, continuamente. Mas o horizonte do presente não se forma à margem do passado e da compreensão da tradição da qual se emerge o próprio presente. Como diz GADAMER, “nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, compreender é sempre o processo de *fusão* desses

¹⁴ GADAMER, *ibid.*, p. 449.

¹⁵ FERNÁNDES-LARGO, *op. cit.*, p.

horizontes presumivelmente dados por si mesmos”¹⁶. A *fusão de horizontes* ocorre através de uma estrutura dialógica entre o intérprete e o texto, cuja mediação se dá pela distância temporal. A virtual verdade implícita no objeto, no texto, é recuperada na compreensão. A verdade do objeto. Intérprete e interpretado mesclam seus horizontes, mantendo um diálogo tenso entre texto e presente. E, nesse processo, o início da interpretação advém de uma pergunta que o texto coloca ao intérprete, pois “uma conversação que queira chegar a explicar alguma coisa precisa romper essa coisa através de um pergunta”¹⁷.

Entretanto, as exigências da tradição para que se possa ter acesso ao texto, especialmente na sua significação de uma comunidade de preconceitos, levam inevitavelmente a mencionar a crítica efetuada por HABERMAS à hermenêutica gadameriana. O principal reparo que faz o filósofo de Frankfurt é que, se a compreensão só é possível no domínio da tradição, o intérprete poderia quedar-se manietado pelas exigências que ela impõe. Há, nesse caso, a possibilidade do projeto gadameriano vir a ser conservador, pois a linguagem que serve de veículo para comunicação dentro de uma tradição pode ser um meio de domínio e de poder social. Frente a essa possível comunicação encobridora de relações de domínio, HABERMAS reivindica uma hermenêutica criticamente ilustrada, que seja capaz de distinguir o conhecimento do emascaramento. Só a crítica da ideologia consegue discernir sobre a exigência dogmática de uma linguagem deformada de determinada tradição¹⁸.

¹⁶ GADAMER, op. cit., p. 457. RICOUER, op.cit., p. 136, também afirma que o horizonte do mundo do leitor funde-se com o horizonte do mundo do escritor. Mas se a mediação do diálogo em GADAMER é proporcionada pela distância temporal, em RICOUER a *idealidade do texto escrito* é o vínculo mediador do processo de fusão de horizontes.

¹⁷ GADAMER, op. cit., p. 535.

1.1. O paradigma hermenêutico-crítico do direito: a guinada interpretativa na teoria jurídica de Ronald Dworkin

Ronald DWORKIN faz uma aplicação original da filosofia hermenêutica de GADAMER, no âmbito da teoria do direito. Trata-se de uma guinada interpretativa, que se constitui na condição epistemológica para um direito que quer ir mais além dos velhos juspositivismo e jusnaturalismo, sem se afastar do horizonte da modernidade¹⁹.

Partindo de sua tese dos direitos, DWORKIN afirma que os indivíduos podem ter direitos que não são só aqueles positivamente outorgados pela legislação, costume ou prática judicial. São direitos advindos de uma decisão complexa, específica, diante de um caso difícil, um hard case²⁰, ou seja, um determinado litígio que não se pode subsumir claramente em uma norma jurídica. Para construção da decisão de um caso difícil, o sucessor de H. L. A. HART em Oxford propõe a tese da resposta certa, significando que “a toda pretensão jurídica corresponde uma resposta original, assentada na idéia de direitos, cujos princípios as regras jurídicas positivas agasalham, não havendo espaço para a sua criação, para o ato discricionário do juiz”²¹. Essa é a sua teoria da adjudicação, baseada na noção de princípio²². A prática judicial constrói argumentativamente a resposta correta para o caso

¹⁸ A respeito da crítica de HABERMAS a GADAMER, conferir PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 1994, p. 265, e FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do direito*, 1995, p. 130-132.

¹⁹ Sobre a *interpretatif turn* dworkiana, bem como uma introdução à extensão do seu pensamento, cf. a excelente monografia de VERA KARAM de Chueiri, *A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin*, mimeo, s.d., 42 p.

²⁰ A respeito dos *casos difíceis*, cf. Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, 1989, p. 146-208.

²¹ VERA KARAM, op. cit., p. 02.

²² Cf. DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 148: “Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algun derecho, individual o del grupo.” Princípio para DWORKIN, conforme se viu no capítulo anterior, é uma disposição que aponta para uma exigência da justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

difícil, através de juízos interpretativos que entendem a prática legal contemporânea como uma narrativa política em desenvolvimento²³. Uma tradição jurídica continuada até o presente, para lembrar GADAMER. Toda vez que se decide sem se fazer referência às decisões políticas passadas frustra-se o princípio da coerência, fundamental na obra de DWORKIN e que permite pensar a unidade da tradição.

DWORKIN demonstra sua formulação da teoria da adjudicação através de uma analogia da prática jurídica com o exercício literário. A interpretação literária funda-se no estabelecimento de uma cumplicidade entre o autor da obra de arte e o seu leitor, o crítico. “Enquanto o artista não cria sem interpretar (como ele cria), o crítico só cria enquanto interpreta.”²⁴ Muito embora a atitude do crítico se diferencia da do artista, na medida em que a interpretação, para aquele, precede à criação. De qualquer modo, há uma unidade entre o ato de criar e interpretar, especialmente na prática jurídica, na qual a distância entre autor e intérprete é mais uma questão de distintos aspectos do mesmo processo. Assim, os juízes são autores tanto quanto os críticos. E um juiz que decide determinado caso aumenta a tradição que interpreta, bem como os futuros juízes confrontam uma nova tradição que inclui o que ele há feito²⁵. As interpretações dos juízes se sedimentam no fundo da história jurídica e constituem o meio que possibilita a compreensão atual do direito.

A analogia oferecida é com o ato de criação de um romance em cadeia. Um grupo de escritores se reúne para escrever um romance em série. Cada qual escreve o seu capítulo interpretando e dando continuidade ao que se escreveu antes, sucessivamente. A tarefa de cada um é escrever seu capítulo com a finalidade de construir o romance da melhor maneira possível, construir a melhor obra de arte possível. O juiz, por sua vez, deve agir de

²³ Cf. DWORKIN, Ronald. *El império de la justicia*, 1988, p. 164 e seguintes.

²⁴ VERA KARAM, op. cit., p. 19.

²⁵ DWORKIN, *El império de la justicia*, p. 166 e 167.

maneira semelhante. Deve considerar suas decisões como parte de uma larga história que deve interpretar e, portanto, continuar, segundo seu próprio juízo acerca de como fazer da história em desenvolvimento a melhor possível²⁶, do ponto de vista da moralidade política. Sua atividade passa a ter uma função crítico-criativa na forma de interpretação construtiva do direito.

A essa teoria do direito como interpretação construtiva da prática jurídica DWORKIN denomina de o direito como integridade. O ideal de integridade se agrega aos princípios da justiça, equidade e devido processo na construção de uma estrutura política justa, significando, como ideal político, a exigência de que o Estado atue sobre uma base de princípios coerentes e únicos, ou, na linguagem comum, que os casos parecidos devem ser tratados de forma parecida²⁷. Como se percebe, seu sentido remonta ao princípio da igualdade. A integridade pode dividir-se em dois princípios mais práticos. A integridade na legislação pede àqueles que criam leis que as mantenham coerentes em princípio. O princípio da integridade na adjudicação pede aos responsáveis de decidir o que é a lei que a entendam e a façam cumprir como coerente na adjudicação. Este último implica na consideração especial do passado, da tradição, no âmbito das decisões judiciais, bem como na concepção do direito como uma totalidade. Requer tratar a lei como se esta respeitasse e representasse um grupo coerente de princípios e, com esse fim, que os juízes interpretem as normas para achar normas implícitas entre e debaixo das explícitas²⁸.

²⁶ DWORKIN, *El império de la justicia*, p. 173. VERA KARAM, op. cit., p. 20, acrescenta: “Cada juiz funcionará como um parceiro na *corrente*, interpretando o que já fora escrito, pois a cada um cabe fazer avançar esta história, a qual remonta a inumeráveis decisões, convenções, estruturas e práticas”.

²⁷ DWORKIN, *El império de la justicia*, p. 124-125. Acrescenta, na p. 140: “... una sociedad política que acepta la integridad como una virtud política se convierte en una comunidad especial, especial en el sentido de que promueve su autoridad moral para asumir y desplegar un monopolio de fuerza coercitiva”.

²⁸ DWORKIN, *El império de la justicia*, p. 159. E complementa, na p. 160: “En principio, (os litigantes) tienen derecho a que sus actos y asuntos sean juzgados según la mejor interpretación de aquello que las normas legales de la comunidad requerían o permitían en el momento de sus actos, y la integridad exige que estas normas sean consideradas coherentes, como si el Estado tuviera una sola voz”.

Outrossim, a integridade não significa coerência no sentido de repetição dos termos das decisões anteriores com a maior fidelidade possível. Implica ver que as normas jurídicas expressam um só esquema coerente de princípios de equidade e justiça. A repetição pura e simples de decisões anteriores teria o significado de “congelar” a compreensão no momento histórico da primeira produção de sentido das normas. A integridade como construção interpretativa do direito, ficaria vinculada, nesse caso, à concepção romântica da hermenêutica. Ou seja, seria voltada para a descoberta do sentido jurídico originário, quer dado pelo autor das normas, quer dado pelos seus primeiros leitores. Já se ressaltou os limites dessa concepção.

Em virtude disso é que o direito como integridade de DWORKIN toma os legítimos preconceitos, aqueles que tornam possível a compreensão, como uma questão de princípios. A tradição continuada até o presente, no terreno da teoria jurídica, ocorre na manutenção da integridade dos princípios da equidade, justiça e devido processo. Assim, essa teoria requer que os juízes assumam, até onde seja possível, que “o direito está estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, equidade e devido processo e que os façam cumprir nos novos casos que se lhes apresentem, de modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”²⁹. Somente assim pode ser pensada, politicamente, uma *[comunidade de princípio]* Uma comunidade em que as pessoas aceitam que as governam princípios comuns e não só regras estabelecidas por um compromisso

²⁹ DWORKIN, *El império de la justicia*, p. 175-176. E oferece um resumo, na p. 183-184: “Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad”.

político³⁰. E considerando que a comunidade historicamente adotou tal esquema de princípios, os direitos e deveres dele derivados não precisam ter anuência de cada cidadão.

2. A interpretação da Constituição

Percorrido todo esse caminho de fundamentação teórica, pode-se afirmar que a hermenêutica jurídica é a disciplina teórica que trata das condições da interpretação do direito, formulando, estudando e sistematizando seus princípios e regras³¹. É também um modo de compreender o direito, vivenciando-o na prática. Isso porque através da interpretação jurídica estabelece-se o sentido objetivamente válido das regras de direito. A interpretação diz respeito, portanto, diretamente ao conteúdo normativo, ao sentido explícito e muitas vezes implícito das normas que compõem um ordenamento jurídico vigente. Através dela determinados agentes políticos constroem o significado contemporâneo do direito, a fim de que sejam resolvidos os casos concretos que lhes são apresentados. Por isso, a hermenêutica jurídica pode ser denominada de a *ciência do direito como teoria da interpretação*³².

³⁰ DWORKIN, *El império de la justicia*, p. 155: “Los miembros de una sociedad de principio aceptan que sus derechos y deberes políticos no están agotados por decisiones que han tomado sus instituciones políticas, sino que en una forma más general, dependen del esquema de principios que esas decisiones presuponen y hacen cumplir. De manera que cada miembro acepta que los otros tengan derechos y que él tenga deberes que surgen de dicho esquema, a pesar de que éstos nunca hayan sido identificados o declarados formalmente”.

³¹ Nesse sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 1996, p. 97; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 1992, p.1-5.

³² Cf., nesse sentido, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 1996, p. 255-308.

Interpretar é, pois, estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito, em função de um caso concreto a ser decidido. E interpretar a Constituição é atribuir um significado às suas disposições lingüísticas a fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada³³. Antes da identificação do seu sentido, as expressões lingüísticas normativo-constitucionais são denominadas de enunciados (disposições, formulações) de norma, cujo conjunto forma um determinado texto constitucional. Entretanto, para a decisão do caso não basta apenas identificar o sentido de uma disposição normativa. No processo também se fazem presentes dados empíricos, valorativos e normativos que estão implicados no conflito a decidir. Por tudo isso, uma decisão não é a simples subsunção de um caso à norma jurídica, mas o resultado do processo interpretativo. Este revela a verdade da norma, ou, melhor dizendo, a norma verdadeira.

A etapa final da atividade interpretativa da Constituição é a aplicação da norma constitucional a um caso. Não que a aplicação possa ser entendida como um momento separado do ato de compreender a regra de direito constitucional, seguindo aqui os pressupostos teóricos inicialmente levantados. Somente com a aplicação da norma constitucional pode-se dizer que ela foi efetiva e completamente interpretada e, por isso, captada em seu sentido; vivenciada na sua atualidade.

Ainda coerente com os postulados descobertos anteriormente, o termo construção, comumente mencionado quando se trata de estudar a interpretação constitucional, pode ser entendido de modo diferente do tradicional. Diz-se que a construção deriva do fato de a Constituição conter predominantemente normas de princípio ou esquema, com grande caráter de abstração. Significa, pois, tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto, recorrendo a considerações extrínsecas, enquanto a

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 1995, p. 202.

interpretação é limitada à exploração do texto³⁴. Se se recorda que a atividade do intérprete não é mais que um elo na cadeia da efetividade histórica a que deu origem determinado texto constitucional, um traço na história constitucional por este inaugurada, então deve-se afirmar que essa é a razão principal para o aspecto construtivo fazer parte da interpretação constitucional. E que não é exclusivo da interpretação do texto constitucional, mas se estende a de todas as normas de direito. O que pode ser afirmado é que a Constituição requer uma atividade construtiva mais intensa por parte do intérprete, dado o caráter principiológico de muitas de suas disposições.

Portanto, uma interpretação jurídica é sempre *original*, pois constitui o *sentido atual do direito* encontrado pelo intérprete na resolução de um caso, a *melhor resposta* para decidi-lo. Uma resposta correta é o resultado de uma construção argumentativa que dá continuidade, da melhor maneira possível, aos princípios fundamentais de uma comunidade “criada” pela Constituição³⁵, em função do caso a ser resolvido. Com relação a uma Constituição que alberga os [princípios da dignidade,] liberdade e igualdade como sustentáculos dos direitos fundamentais, uma resposta correta deve sempre apresentá-los como os fundamentos principais da decisão que resolve o problema.

Pelas mesmas razões, a interpretação é uma atividade necessária, pois acompanha todo ato de aplicação e realização do direito. E é de fundamental importância ante o [caráter aberto da Constituição,] que exige definição objetiva dos seus preceitos para decisão do caso constitucional, garantindo a [certeza e previsibilidade jurídicas.] Não cabe a idéia de

³⁴ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 98.

³⁵ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 264-265: “El intérprete de la Constitución actúa como mediador entre su texto normativo promulgado en el pasado y las exigencias de una situación presente. El intérprete de la norma constitucional realiza, por tanto, una actividad práctico-normativa por la que establece una continuidad entre el momento pasado de la promulgación de las normas y el presente de su aplicación. La concretización de la norma constitucional no puede aislarse de la ‘precomprensión’ del intérprete, condicionada por sus exigencias, conocimientos y prejuicios fruto de su circunstancia histórica.”

que lei clara não carece de interpretação: *(in claris cessat interpretatio)*. Sobre esse brocardo, Carlos MAXIMILIANO já alertou que a própria verificação da clareza implica o uso preliminar da exegese, nem que seja para certificação do sentido da letra do texto³⁶. Ademais, o caráter histórico do compreender requer o processo interpretativo, a fim de que o sentido da Constituição seja atualizado, em confronto com a tradição jurídico-constitucional continuada até o presente.

Tampouco subsistem outros argumentos da teoria tradicional da interpretação. Esta tem por finalidade revelar a vontade (objetiva) da norma ou a vontade (subjéctiva) do legislador. Surgem então duas escolas: a dos subjetivistas e a dos objetivistas. A primeira tem como traço marcante o voluntarismo, na determinação do sentido da norma, seja do legislador, seja do juiz. A segunda gira ao redor do texto, da palavra que se fez vontade. Criticando os limites dessa teoria tradicional, Konrad HESSE alerta para o fato de que identificar como objetivo da interpretação constitucional o descobrimento da prévia vontade objetiva da Constituição ou do constituinte é querer dar cumprimento a algo que não existe realmente. Isso porque as questões que exigem a interpretação constitucional, exigem-na em função de a Constituição e o constituinte não terem tomado uma decisão inequívoca a seu respeito, mas apenas estabelecido uma série numerosa, embora limitada, de pontos de apoio³⁷. Levando a extremos esse raciocínio, HESSE chega mesmo a afirmar que há realizações de normas constitucionais que dispensam a interpretação, pois aonde não se suscitam dúvidas não se interpreta. Nesse ponto, há que se discordar de sua conclusão, conforme argumentação já desenvolvida. Apesar disso, aquela crítica do professor alemão serve para demonstrar mais

³⁶ MAXIMILIANO, op. cit., p. 38. Cf. também, sobre a necessidade da interpretação das normas, PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 256; BARROSO, Luís, op. cit., p. 99-100.

³⁷ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, 1983, p. 39-40.

uma vez os limites da teoria tradicional da interpretação, que pretende revelar a vontade do autor da obra constitucional, ou a sua verdade originária.

Os métodos da interpretação na teoria tradicional também são insuficientes, se tomados isoladamente. Os métodos (meios ou instrumentos) clássicos de interpretação são, conforme formulação de Savigny, no seu *Sistema*, de 1840: o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico³⁸. Na interpretação da Constituição esses métodos são utilizados em conjunto, para que, possibilitando o acesso ao texto (interpretação gramatical), no qual as disposições devem ser consideradas coerentes e dotadas de unidade (interpretação sistemática), sejam encontradas as soluções dos problemas jurídico-políticos atuais de uma comunidade de direito e de justiça, cuja instituição e manutenção constituem a finalidade da norma constitucional (interpretação teleológica). Nesse processo, têm papel informativo, por assim dizer, as circunstâncias em que a norma foi produzida (interpretação histórica). Ainda assim, pode-se dizer que os elementos aqui referidos são limitados, pois não contemplam todas as especificidades da interpretação da Constituição, melhor delineadas em novos princípios descobertos pela doutrina mais recente. Além disso, sequer fazem referência aos termos da atualização do sentido da norma, que são as circunstâncias contemporâneas, construídas através da história, que condicionam o intérprete na execução atual de sua atividade. O que deles se pode afirmar de positivo é que auxiliam na tarefa construtiva da interpretação, especialmente quando se realiza a compreensão da disposição normativa, ou seja, dos enunciados lingüísticos que compõem um texto constitucional³⁹.

³⁸ Sobre o sentido de cada método em particular, cf. BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 117-132.

³⁹ Cf. HESSE, op. cit., p. 46.

2.1. Princípios da interpretação da Constituição

Existem determinados princípios que orientam o processo de interpretação da Constituição. São diretrizes ou pautas que têm a missão de orientar a atividade do intérprete, fornecendo a racionalidade possível da decisão e configurando o processo como algo controlável, ao menos parcialmente. HESSE faz particular estudo de tais princípios⁴⁰, começando pelo princípio da *unidade* da Constituição. Ele implica no postulado de que os diversos elementos da Constituição formam um conjunto sistemático e coerente, uma totalidade. Suas normas devem ser compreendidas como relacionadas e interdependentes, sem contradições. Cada norma constitucional é parte de um sistema maior que lhes dá origem.

Um outro princípio, que tem íntima relação com o anterior, é o da *concordância prática*. Para HESSE, essa diretriz tem o sentido de determinar que os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados na solução dos problemas de maneira que cada qual conserve sua identidade⁴¹. Trata-se de uma otimização de ambos os bens, até os limites de cada um, sem sacrifício deste à custa do outro. É uma coordenação proporcional de bens constitucionalmente protegidos em colisão, que devem ser limitados só até o ponto necessário para sua concordância. Nesse sentido, *proporcionalidade* significa “uma relação entre duas magnitudes variáveis, concretamente aquela que melhor responda a dita tarefa de otimização”⁴².

Esses dois primeiros princípios têm estreita relação com o do *efeito integrador*, corolário da *teoria da integração* formulada por Rudolf Smend. Através dele,

⁴⁰ Cf. HESSE, op. cit., p. 48-51. Cf. também PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 276-278.

⁴¹ HESSE, op. cit., p. 48; PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 277.

⁴² HESSE, op. cit., p. 49. PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 277.

afirma-se que a interpretação da Constituição deve dirigir-se a potencializar as soluções que reforcem a unidade política que ela institui e mantém.

Em seguida, apresenta-se o princípio da correção funcional, pelo qual o intérprete fica obrigado a respeitar o marco de distribuição das funções estatais estabelecido pela Constituição⁴³.

Outra importante diretriz é a da força normativa da Constituição, que ordena dar preferência, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, aos pontos de vista que ajudem as normas constitucionais a obter a máxima eficácia possível, de acordo com as circunstâncias do caso⁴⁴. A atualização do sentido da norma constitucional leva em conta, assim, as circunstâncias históricas, políticas e sociais que fazem continuar, da melhor maneira possível, a eficácia da Constituição. É, em suma, uma necessidade do intérprete considerar seus preceitos continuamente vinculantes, apresentando a vontade expressa de realizar o seu conteúdo. “A interpretação correta será aquela que, sob as condições concretas da situação dada, realize de forma ótima o sentido da regulação normativa”⁴⁵.

3. O caráter tópico-retórico da interpretação da Constituição

A afirmação de que a norma constitucional somente é aplicada com o auxílio de dados empíricos, valorativos e normativos, leva ao entendimento da interpretação

⁴³ HESSE, op. cit., p. 50; PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 277.

⁴⁴ HESSE, op. cit., p. 50-51.

⁴⁵ HESSE, ibid., p. 74.

constitucional como concretização. (Concretizar) é aplicar (e, portanto, interpretar) a Constituição, complementando o conteúdo de suas disposições normativas com ajuda daqueles dados, especialmente com referência à realidade de cuja ordenação se trata⁴⁶. De modo que a interpretação das normas constitucionais não se configura uma simples execução de algo preexistente. O processo de concretização constitui, na verdade, uma decorrência da estrutura geralmente aberta e principiológica da norma constitucional e, igualmente, do caráter histórico do compreender. Decerto, considerando que a realidade constitucional é elemento determinante da atividade interpretativa, essa realidade fornece pontos de vista que deverão ser dilucidados e comprovados pelo intérprete por via da inventio e submetidos ao jogo das opiniões divergentes, para fundamentar a decisão da maneira mais convincente possível⁴⁷. Ou seja, sobressai-se, no processo de concretização constitucional a dimensão tópica da atividade interpretativa, que revela, no fundo, a primeira das condições hermenêuticas: a pré-compreensão.

A retomada do pensamento tópico, na seara jurídica, deve-se aos trabalhos de Theodor VIEHWEG, especialmente sua obra intitulada Tópica e Jurisprudência, publicada em 1953. De acordo com o jusfilósofo alemão, o método tópico de raciocínio é uma técnica do pensamento problemático, uma técnica do pensamento que se orienta desde o problema⁴⁸. Sustenta-se no primado do problema sobre a norma jurídica e sobre o sistema, sendo o ordenamento jurídico apenas um dos argumentos a mais, um dos topoi que se deve levar em conta na solução dos casos. Os topoi ou loci são, portanto, pontos retóricos de partida para a argumentação sobre determinado problema. No nível específico da

⁴⁶ HESSE, *ibid.*, p. 43.

⁴⁷ HESSE, *ibid.*, p. 46; PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 262.

⁴⁸ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, 1986, p. 53-53.

interpretação constitucional, além dos *topoi* clássicos da argumentação analógica, devem ser considerados aqueles princípios referidos no tópico 2.1⁴⁹.

Comumente é mencionado o fato de que o método de pensamento problemático representa uma resposta à crise do positivismo legalista e sua fórmula de subsunção dos casos às premissas genéricas do ordenamento jurídico. Resposta que de maneira nenhuma implica no retorno ao interminável debate jusfilosófico do Ocidente. Decerto, a tópica não se reveste de características jusnaturalistas ontológicas, já que representa uma completa abertura, compatível com todas as direções do pensamento jusfilosófico.

A seu favor existe ainda o caráter de compromisso das Constituições contemporâneas, construídas por sociedades pluralistas e heterogêneas. Elas passam a exigir, em razão disso, métodos interpretativos mais dinâmicos na investigação da realidade constitucional. São documentos abertos que portam, através de seus valores pluralistas, um certo grau de indeterminação, tornando-se o lugar ideal para aplicação do método tópico.

De maneira que cabe afirmar ser a leitura tópica método que apresenta CO F uma concepção mais democrática do direito e da sociedade. Boaventura de Sousa SANTOS, analisando o caráter tópico-retórico do discurso e do raciocínio jurídicos, expressamente reconhece esse significado⁵⁰. No âmbito da retórica, o sociólogo português lembra os importantes trabalhos de Chaïm Perelman, jurista belga co-autor da obra *Tratado da Argumentação: a nova retórica* e de diversas contribuições no domínio da filosofia jurídica, algumas das quais já vertidas para o vernáculo⁵¹.

⁴⁹ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 262, afirma que, no âmbito da interpretação dos direitos fundamentais, deve ser considerado relevante, ademais, o princípio *in dubio pro libertate*.

⁵⁰ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, 1988, p. 5-9.

⁵¹ Cf. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, 1996; PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, 1996. Cf. ainda ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1989.

De acordo com a reflexão de Boaventura de Sousa SANTOS, através da concepção tópico-retórica é atribuída ao discurso jurídico uma natureza argumentativa, visando uma deliberação dominada pela lógica do razoável face às circunstâncias concretas do problema. A decisão de modo algum fica reduzida à dedução lógica fundada em enunciados normativos gerais, pois o processo para alcançá-la recorre a provas dialético-retóricas, ou seja, à argumentação e deliberação a partir de opiniões ou pontos de vista geralmente aceitos. De modo que o discurso jurídico em geral e o discurso judicial em particular torna-se um discurso pluralístico, que não deixa de ser dialógico e horizontal. Assim, a verdade a que aspira é sempre relativa, e as suas condições de validade nunca transcendem o circunstancialismo histórico-concreto do auditório⁵², o qual adere, em cada caso, ao que considera plausível e razoável.

Os pontos de vista argumentativos são a tradução, na atividade interpretativa, das circunstâncias históricas que condicionam o labor do intérprete. Eles vinculam a interpretação da norma constitucional aos aspectos do problema, pois através deste tornam-se presentes, plasmando e conformando os hábitos mentais do intérprete, condicionando seus conhecimentos e pré-juízos⁵³. Constituem-se, no fundo, nas circunstâncias que funcionam como o momento de pré-compreensão de uma interpretação constitucional.

Entretanto, apesar de funcionarem como expectativas que possibilitam elaboração do primeiro projeto, da conjectura, para utilizar o conceito de Paul RICOEUR, os pontos de vista acabam por se vincular ao objeto da interpretação. Isso quer dizer que os topoi, na interpretação constitucional, são orientados e limitados pelo texto da norma a ser

⁵² Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., p. 8.

⁵³ Cf. HESSE, op. cit., p. 44.

interpretada. As circunstâncias do caso em questão relacionam-se com o texto normativo de caráter principiológico, disso resultando a norma individual a ser aplicada.

Essa vinculação ao objeto da interpretação, que é a Constituição, responde a um imperativo muito importante: evitar que os princípios e regras constitucionais sofram um enfraquecimento normativo, um golpe na sua juridicidade. O pensamento tópico-retórico, desse modo, não é exercido de maneira totalmente livre, pois o discurso jurídico tem como referência principal o conjunto dos textos normativos e princípios jurídicos, que adquirem o status de normas de aplicação ao final do jogo de opiniões a favor e contra fornecidas pela realidade.

Dada a existência desse procedimento construtivo, em que disposições normativas se relacionam com argumentos tópicos oriundos do domínio normativo, Konrad HESSE observa que a concretização das normas constitucionais é realizada através de uma atuação tópica orientada e limitada pela norma, o que quer dizer vinculada pela norma. Melhor entender a vinculação em relação ao texto normativo, pois em seguida o constitucionalista alemão afirma que a *constitutio scripta* é o limite infranqueável da interpretação constitucional⁵⁴. Trata-se de afirmação que mantém coerência com um dos postulados da interpretação constitucional, justamente o da força normativa da Constituição. Ao mesmo tempo, não se estabelece a existência de um sistema normativo fechado, dado de antemão e pronto para execução, pois a definição da norma individual a ser aplicada somente é alcançada após a realização do processo tópico-retórico que fundamenta a decisão da maneira mais convincente possível.

Por outro lado, o aspecto democrático da assunção do pensamento tópico-retórico na interpretação constitucional leva a indagar sobre o problema dos seus

(participantes) já que os *topoi* que compõem o momento pré-compreensivo do intérprete são fornecidos pela estrutura histórico-existencial em que se encontra. Dessa forma, é válido afirmar que a interpretação da Constituição é um procedimento que exige a participação da sociedade mesma. Os elementos culturais desta representam as condições sob as quais a atividade interpretativa é realizada, traduzindo-se nos pontos de vista considerados pelo intérprete. São fornecidos por todos os integrantes de uma determinada comunidade, como será visto em seguida.

4. A interpretação aberta da Constituição

O (método concretista da Constituição) aberta foi teorizado pelo professor alemão Peter HÄBERLE. Parte do pressuposto, por várias vezes mencionado nesta investigação, de que uma teoria constitucional deve encarar seriamente o aspecto da relação entre Constituição e realidade constitucional. Se esta é tão importante ao ponto de determinar, em relação com a *constitutio scripta*, o sentido da norma a ser aplicada ao caso, então o problema de se perguntar sobre os seus agentes conformadores torna-se relevante e de abordagem obrigatória.

Propõe, então, a seguinte tese: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado

⁵⁴ Cf. HESSE, *ibid.*, p. 52.

ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”⁵⁵. Essa proposição decorre de uma concepção aberta da sociedade e toma a interpretação constitucional como um elemento formador da própria sociedade. De modo que cabe repensar o conceito de interpretação, alargando-o. Viver a norma é interpretá-la e toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, pelo menos, uma co-interpretação antecipada⁵⁶.

O conceito mais amplo de hermenêutica constitucional implica na consideração de que os cidadãos, grupos, órgãos estatais e a opinião pública em geral representam forças produtivas de interpretação. Essa descoberta encontra apoio no próprio conceito de compreensão elaborado pela nova hermenêutica filosófica. Conforme se viu, o Ser-aí se preocupa em projetar sentidos a partir da estrutura histórico-social em que se encontra. Um dos componentes principais dessa realidade é o existir de uma comunidade política institucionalizada através da Constituição, que estrutura não apenas o Estado, mas dispõe sobre a organização da sociedade como um todo, inclusive sobre setores da vida privada. Procurando compreender-se na sua realidade constitucional, já que vive no contexto regulado por uma norma fundamental, o Ser acaba por construir novos sentidos da Constituição, tendo inegável acesso à atividade de interpretação constitucional. Assim, extrapola-se o estreito círculo de intérpretes jurídicos da Constituição.

A interpretação aberta e pluralista da Constituição também encontra sustentáculo na teoria da democracia. A renovação desta passa, sem dúvida, pela articulação entre democracia representativa e democracia participativa, através de uma tensão que

⁵⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, 1997, p. 13.

⁵⁶ HÄBERLE, op. cit., p. 13-14.

possibilita à representação encontrar suporte na participação e vice-versa⁵⁷. É um direito de cidadania ativa a competência para interpretar a Constituição, participando da construção do seu sentido, pois a democracia do cidadão desenvolve-se na forma de participação nos processos públicos de decisão política. “A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato”⁵⁸, desencadeando conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e interesses. O jurista, através do seu trabalho metódico, elabora a mediação da pluralidade da esfera pública e da realidade. Para isso, os princípios e métodos da interpretação constitucional exercem uma função de filtragem da força normatizadora da publicidade, disciplinando e canalizando as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo.

Peter HÄBERLE sugere, então, um catálogo provisório dos participantes da interpretação, em função dessa nova concepção de Constituição aberta⁵⁹: 1) em primeiro lugar, devem continuar a ser consideradas as funções estatais, notadamente uma Corte especial (geralmente a Corte Constitucional) e os demais órgãos de justiça, órgão legislativo e órgão executivo; 2) depois, todos os sujeitos que participam em processos judiciais, administrativos e legislativos, nos quais são discutidos assuntos de ordem constitucional, tais como autor e réu, requerentes, pareceristas, parlamentares, partidos políticos, grupos de pressão, associações; 3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político, através de instrumentos como os meios de comunicação, iniciativa de cidadãos, associações, partidos políticos, igrejas, teatros, editoras, escolas da comunidade e, pode-se acrescentar, os novos movimentos sociais; 4) a doutrina constitucional.

⁵⁷ Nesse sentido, cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 1996, p. 270-271, e FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 1995, p. 947-948.

⁵⁸ HÄBERLE, op. cit., p. 40.

⁵⁹ HÄBERLE, *ibid.*, p. 20-23.

A objeção mais comum em relação a essa proposta diz respeito à possível dissolução do princípio da unidade da Constituição, em uma multiplicidade de sentidos normativos diversos. No entanto, do ponto de vista da teoria do direito, mesmo da teoria pura de Kelsen, a interpretação sempre foi considerada um processo aberto, ou seja, que conhece possibilidades e alternativas diversas⁶⁰. A ampliação do círculo de intérpretes, portanto, é apenas consequência da integração da realidade no processo de interpretação. A interpretação da norma é co-constituída pela realidade constitucional, cuja *factum* são as forças ativas da sociedade. Disso resulta uma *law in public action*.

Além disso, o juiz sempre interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade, ainda que vinculado à lei. As influências do espaço público não podem ser entendidas somente como uma ameaça à independência funcional do juiz, pois contêm uma parte de legitimação e evitam uma possível tirania ou arbitrariedade de sua interpretação. O espaço do juiz é limitado com base em argumentos de índole técnica que levam em contra as regras e princípios de interpretação. Estes, por sua vez, referem-se ao concerto resultante da conjugação dos diferentes intérpretes da Constituição. De modo que a unidade da Constituição “surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes”⁶¹, sendo o juiz nesse processo somente um mediador.

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1994, p. 390 e ss., reconhece que a interpretação jurídica não conduz necessariamente a uma única solução como sendo a correta, mas possivelmente a várias soluções.

⁶¹ HÄBERLE, op. cit., p. 32-33.

5. A interpretação dos direitos fundamentais

Várias são as teorias sobre a interpretação dos direitos fundamentais.

Friedrich MÜLLER diz que apesar disso as duas concepções tradicionais, a autoritária e a liberal, ainda continuam servindo de pano de fundo⁶², influenciando e misturando-se com novos enfoques.

Segundo Friedrich MÜLLER, a teoria do estado autoritário concebe os direitos do homem como simples falhas no monopólio estatal, brechas no muro da fortaleza do aparelho de estado. Por essa concepção, os direitos fundamentais são o equivalente das licenças discricionárias existentes no direito administrativo, perdendo o seu significado de garantias materiais definidoras do conceito de cidadão.

A seu turno, a teoria institucional dos direitos do homem afirma que a liberdade individual somente se pode efetivar em papéis sociais previamente dados e em instituições juridicamente estruturadas. Nesse caso, “o direito fundamental não atuaria diretamente, mas tão-somente através de um complexo ‘configurador’ de normas, embora este estivesse hierarquicamente situado abaixo da constituição”⁶³. Portanto, além de inverter a hierarquia normativa, cujo fundamentalidade do texto constitucional é ponto nuclear do moderno Estado de Direito, essa teoria perverte os direitos subjetivos de liberdade em privilégios vinculados a instituições.

Uma variante dessa última concepção, criticada por PÉREZ-LUÑO, é a teoria institucional funcionalista sustentada por Niklas Luhmann, que projeta a teoria dos sistemas e seu método funcionalista-estruturalista ao estudo dos direitos fundamentais.

⁶² Cf. MÜLLER, Friedrich. *Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem*, 1995, p. 535-545.

⁶³ MÜLLER, op. cit., p. 536.

Segundo Luhmann, os direitos devem ser considerados como subsistemas encaminhados a cumprir determinadas funções, permitindo, de um lado, a diferenciação dos papéis sociais e, de outro, garantindo o desenvolvimento da atividade estatal⁶⁴. Por essa definição, a dimensão emancipatória e libertária dos direitos fundamentais fica perdida, já que os direitos fundamentais seriam relegados à condição de meros subsistemas, cuja função prioritária é possibilitar a conservação e estabilidade do sistema social.

MÜLLER critica ainda a concepção liberal e a teoria do Estado social. De acordo com aquela, conforme se viu no primeiro capítulo, os direitos fundamentais seriam absolutos e se reportariam a um momento pré-estatal. Tais postulados são falsos, tanto quanto é verdadeiro afirmar que “levar os direitos humanos positivos a sério significa respeitá-los, aperfeiçoá-los e implementá-los enquanto direito positivo”⁶⁵. Por sua vez, a teoria do Estado social sustenta que os direitos fundamentais oferecem também sempre pretensões de prestações por parte do Estado. Ao estabelecer esse postulado, ela faz com que a vigência das garantias dos direitos do homem “dependa do orçamento do estado - uma conclusão absurda. (Além disso), as garantias perdem nessa função a sua força de pretensões cobráveis em juízo. Elas são então apenas tarefas constitucionais ‘objetivas’, que se dirigem unicamente aos poderes legislativo e executivo. Assim o projeto do *welfare state*, de assegurar a liberdade dos direitos fundamentais, se converteu inesperadamente na desapropriação dessa liberdade”⁶⁶.

Finalmente, MÜLLER avalia criticamente a posição da filosofia do valor, a linha axio-sistêmica da interpretação dos direitos fundamentais, que dá continuidade à doutrina weimariana de Rudolf Smend dos anos 20. De acordo com essa concepção, o catálogo dos direitos fundamentais é concebido como uma ordem axiológica objetiva. A

⁶⁴ Cf. PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 301.

⁶⁵ MÜLLER, op. cit., p. 538.

⁶⁶ MÜLLER, *ibid.*, p. 539.

crítica reporta-se à irracionalidade dessa posição, principalmente porque pode dar margem a um comportamento decisionista dos juízes, com base em representações valorativas privativas suas. PÉREZ-LUÑO menciona, nesse sentido, que o método científico-espiritual da teoria material dos valores redundou, em várias ocasiões, em pura intuição arbitrária e decisionista, encerrando o perigo de degenerar em uma autêntica tirania dos valores⁶⁷. De modo que MÜLLER faz uma dura advertência a quem concebe os direitos fundamentais como valores, que vale transcrever:

“Os direitos humanos não são ‘valores’, mas normas. Atrás deles estão representações de valores da dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres dotados de semblante humano. Mas tão logo a constituição os positiviza, eles são direito vigente. A partir de então nós juristas temos o dever de interpretá-los como normas. Quem pretende estampar as normas dos direitos humanos em ‘valores’, procede justamente por essa razão à sua desvalorização.”⁶⁸

Para MÜLLER, então, uma teoria adequada sobre a interpretação dos direitos fundamentais deve partir, desde o início, das experiências da própria disciplina e praxis jurídicas. Não se trata, portanto, de adotar posições teóricas externas aos direitos fundamentais para fundamentá-los, e sim desenvolver seus estudos através da teoria da norma jurídica, passando pela dogmática jurídica, pela metodologia jurídica até a teoria constitucional. Nessa direção, o publicista alemão oferece os conceitos que compõem sua

⁶⁷ Cf. PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 299.

⁶⁸ MÜLLER, op. cit., p. 537.

Teoria Estrutural do Direito, que pretende superar o positivismo jurídico, advogando a tese da não identidade entre norma e texto normativo.

De acordo com a teoria estrutural, os direitos fundamentais são normas positivas. No entanto, eles não estão contidos completamente nos textos legais, quicá no texto constitucional. Isso porque o texto da norma é apenas a forma prévia da norma jurídica, o ponto de partida do processo de concretização. Para compreensão do texto da norma são utilizados todos os recursos da hermenêutica jurídica, mais os modernos princípios de interpretação da Constituição. O resultado desse primeiro processo é chamado de programa da norma, que é ainda a primeira parte integrante da norma jurídica. Ocorre que também são relevantes, na definição da norma de direito fundamental, os dados reais (âmbito normativo) que são coletados pelo juiz enquanto “área material” do direito em questão. “À medida que esses fatos são (a) relevantes para questão de direito em epígrafe e (b) compatíveis com o programa da norma elaborado, eles constituem a segunda parte integrante da norma jurídica, a área da norma”⁶⁹. Assim, a norma jurídica de direito fundamental é o resultado do programa da norma e da área da norma. De modo que constitutio scripta e realidade constitucional tornam-se perfeitamente relacionáveis, na teoria estrutural. Trata-se de encarar a teoria da norma e a teoria da aplicação do direito como as duas faces de uma mesma moeda.

O publicista alemão acrescenta que essa concepção teórica sobre a interpretação dos direitos fundamentais reforça a sua positividade, materialidade e racionalidade. Primeiro, porque se o direito fundamental está normatizado na Constituição, ele é direito positivo e, como tal, pode sempre ser concretizado na forma mencionada. Depois, o reforço de sua materialidade é evidente quando se recorre ao espaço das áreas materiais para perfeita identificação da norma jurídica. Isso leva a afirmação de que “os direitos

fundamentais são, de qualquer maneira, posições materiais - o fato de que eles precisaram ser conquistados em cada caso histórico - e precisam continuar sendo conquistados - prova isso de maneira eloqüente”⁷⁰. No que toca à racionalidade adicional, esta torna-se patente na medida em que os próprios direitos fundamentais a prestações podem ser exigidos com fundamentação no instrumental metódico do Estado do Direito, ou seja, desde que constem em programa normativo-constitucional, a partir do qual, para cada caso, são acrescentados os dados reais do problema. No final, tem-se uma norma jurídica de direito fundamental perfeitamente justificável.

Não obstante a engenhosidade da teoria proposta, a interpretação dos direitos fundamentais aqui adotada deve considerá-los como a tradução jurídico-normativa dos valores da dignidade, liberdade e igualdade, para manter-se coerente com as descobertas dos capítulos anteriores desta investigação. Para esse fim, deve-se levar em conta que a teoria que mantém estreita relação com a concepção dos direitos fundamentais como valores, ainda que mantendo sua fundamentação especificamente na seara jurídica, é a teoria dos princípios. Essa teoria, ao mesmo tempo que vai mais além do positivismo jurídico, pois é fundada em uma teoria da argumentação, não implica na desvalorização das normas de direito fundamental, já que as concebe semanticamente como objetos lingüísticos identificados de acordo com determinados critérios de validez, ou seja, dentro dos marcos próprios de uma teoria jurídica. Apesar disso, reconhece a estreita relação dos princípios com os valores, nos termos referidos no capítulo anterior, especialmente pela possibilidade dos princípios serem ponderados e cumpridos gradualmente, processo que é o equivalente jurídico-normativo da ponderação e cumprimento gradual dos valores. Como diz Robert ALEXY, enunciados sobre

⁶⁹ MÜLLER, *ibid.*, p. 541.

⁷⁰ MÜLLER, *ibid.*, p. 542.

valores podem ser reformulados em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios ou máximas em enunciados sobre valores, sem perda alguma de conteúdo⁷¹.

Essa relação não leva a uma irracionalidade decisionista dos juízes, pois a ponderação dos princípios (que se reportam a valores) obedece à lei da ponderação, responsável pela racionalidade interna do enunciado de preferência, o qual dá origem à regra aplicável ao caso. Relembrando, a lei da ponderação enuncia que a medida permitida de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro. Se em outro caso se fazem presentes circunstâncias semelhantes às que serviram para determinar o princípio precedente, a mesma regra será aplicável, em respeito à universalidade das prescrições jurídicas válidas.

Além disso, o argumento principal de MÜLLER, o de que são decisivos para a tomada de decisão os dados reais (âmbito normativo), está exposto a objeções, como aquelas apresentadas pelo próprio ALEXY⁷². Primeiramente, não é verdade que um conceito semântico de norma implica na fundamentação de decisões jurídicas exclusivamente com a ajuda de argumentos semânticos, pois nas fundamentações jurídicas não se utiliza somente aquilo que pertence à norma, mas também elementos não diretamente referidos a ela (elementos dogmáticos, técnicos, teóricos, jurídico-políticos).

Depois, é necessário indicar uma distinção entre o conceito de norma, o de relevância normativa e o de fundamento de uma norma, em função da estrutura do Estado democrático de Direito. Normativamente relevante é tudo aquilo que pode ser apresentado como argumento a favor ou contra uma decisão jurídica, especialmente as normas jurídicas válidas. Mas não só. Antes de tudo, porque é possível distinguir entre a norma como um

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p. 138-139.

⁷² Cf. ALEXY, op. cit., p. 77-80.

objeto semântico e os argumentos valorativos, empíricos, prejudiciais, dogmáticos que se aduzem para a fundamentação de determinada interpretação. Dessa forma, sob pena de não se obter um quadro claro de fundamentação jurídica, torna-se necessário estabelecer a distinção entre a norma, a proposta de interpretação e os argumentos que a apóiam. Além disso, “para o ideal do Estado de direito há de ser mais útil uma clara separação entre aquilo que um legislador impôs como norma e aquilo que um intérprete apresenta como razões para uma determinada interpretação”⁷³, do que a fidelidade a uma lei criada através da definição de um conceito de norma, na qual estão incluídas todos os argumentos de uma interpretação. Nesse último caso, ao definir a norma com a inclusão de argumentos interpretativos o jurista poderia causar confusão na apresentação das razões fundamentadoras da decisão jurídica, dificultando o controle pelos interessados.

Isso tudo não significa a minimização da importância dos dados reais referidos por MÜLLER, pois sua análise pode ser inclusive decisiva. Somente se argumenta contra sua inclusão no conceito de norma. De fato, os dados empíricos se fazem valer plenamente no processo de ponderação, especialmente na verificação das peculiaridades do objeto da decisão e das conseqüências das possíveis decisões. Isso permite considerar argumentos empíricos, inclusive de ordem sociológica, no trato dos direitos fundamentais, sem perder de vista o seu aspecto normativo, pois “só de enunciados empíricos não se inferem enunciados normativos”⁷⁴, na antiga lição de Hume.

Parece, no entanto, haver certa semelhança entre o conceito de norma de MÜLLER e a norma de direito fundamental adscrita apresentada por ALEXY. Isso porque uma norma de direito fundamental adscrita, como já se viu no capítulo anterior, é aquela para

⁷³ ALEXY, *ibid.*, p. 78.

⁷⁴ ALEXY, *ibid.*, p. 169.

cujas adscrição a uma disposição de direito fundamental é possível uma fundamentação jusfundamental correta. Portanto, parece haver uma vinculação entre norma e argumentação à maneira de MÜLLER. Entretanto, mesmo aqui torna-se possível e necessário distinguir entre a norma como um objeto semântico e as razões que a apoiam, já que “o fato de que seja possível uma fundamentação jusfundamental correta para a adscrição a uma disposição de direito fundamental é o *critério* que permite dizer que a norma em questão é uma norma de direito fundamental”⁷⁵, e o critério não se confunde com o objeto que o satisfaz.

Outras razões podem ser aduzidas para aceitação da teoria dos princípios como a melhor teoria de interpretação dos direitos fundamentais. Por exemplo, é uma teoria compatível com a do Estado social e democrático de Direito que reconhece a satisfação dos direitos sociais, econômicos e culturais e de solidariedade, como meio de garantir a plena liberdade dos cidadãos. E essa compatibilidade não acarreta a deterioração de sua justiciabilidade, mesmo que se mantenha a concepção de que os direitos sociais constituem pretensões de prestações por parte do Estado. Ou seja, a garantia dos direitos do homem não ficam na dependência exclusiva do orçamento do Estado, como se referiu MÜLLER. Isso porque através da ponderação de princípios pode-se chegar a adscrição de uma regra que, sob determinadas circunstâncias, valerá como a norma de decisão de um determinado caso que envolva questões de direitos sociais, tornando-os, portanto, tão justiciáveis quanto os direitos individuais. E eles continuam, como princípios, a valer objetivamente como mandados de otimização para os poderes públicos, especialmente o legislativo. Como já se falou no capítulo anterior, a justiciabilidade não desfaz a obrigação do Estado de continuar a buscar a melhor e mais completa satisfação dos deveres decorrentes de sua caracterização como Estado social.

⁷⁵ ALEXY, *ibid.*, p. 80.

A teoria dos princípios ainda resolve muito melhor o problema da adscrição de normas de direitos fundamentais materiais, quer dizer, dos direitos fundamentais não expressamente escritos no texto constitucional, mas referidos no § 2º, art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Como já se sabe, existe a possibilidade de adscrição de normas satélites de direito fundamental, através de uma relação de precisão processada por uma fundamentação jusfundamental correta. Utilizando analogamente esse critério, torna-se possível identificar normas de direitos fundamentais materiais. Assim fazendo, pode-se afirmar que a adscrição dos direitos materiais como normas de direito fundamental ocorre a partir de uma fundamentação jusfundamental correta que demonstra serem eles construções decorrentes dos princípios da dignidade, liberdade e igualdade, e cuja existência não atenta contra as exigências do próprio dispositivo constitucional mencionado: a não contrariedade com o regime e os princípios adotados pela Constituição. Portanto, torna-se possível, no processo de interpretação dos direitos fundamentais, levar em consideração os direitos materiais. Estes se fazem tão presentes quanto os direitos já formalmente reconhecidos.

Resolvendo corretamente a dificuldade de reconhecer normatividade jurídica aos direitos fundamentais materiais, a teoria dos princípios revela estar conectada com a teoria das necessidades como fundamentação dos direitos do homem. Ficou dito anteriormente que o suporte antropológico das necessidades humanas moralmente legítimas constitui o substrato material dos direitos fundamentais. Adscriver normas de direito fundamental a partir da reivindicação pública de satisfação de necessidades torna-se possível desde que estas tenham como referência os valores da dignidade, liberdade e igualdade, cuja tradução normativa constituem os direitos do homem. A exigência de eliminar o sentimento de que falta algo, no terreno sócio-político, dá origem a um direito fundamental se a falta tem alguma relação com aqueles valores.

A definição das normas de direito fundamental como princípios, ante o caráter bifronte dos direitos do homem, permite ancorar sua teoria jurídica com a teoria geral, pois as definições formais (normas = princípios + regras) são preenchidas pelos conceitos antropológicos materiais (necessidades humanas moralmente legítimas), sem contradição. De modo que à concepção da interpretação dos direitos fundamentais como princípios vincula-se uma teoria dos direitos fundamentais sustentada no conceito de necessidades.

As últimas observações, na verdade, deixam transparecer uma determinada concepção ideológica da Constituição e do Estado e, conseqüentemente, da sociedade e da cidadania, posto haver um entrelaçamento entre essas esferas, na certa observação de Paulo BONAVIDES⁷⁶. É a ideologia do Estado social e democrático de Direito, garantidor dos valores que corporificam um sentido de justiça e que combina a arquitetura jurídica-legal da sua constituição com as atividades relativas à satisfação de pretensões sociais. E isso é resultado da constatação de que a filosofia jurídico-política que fundamenta os direitos do homem acaba refletindo na sua própria interpretação⁷⁷.

Não é gracioso afirmar também que a teoria dos direitos fundamentais como princípios respeita outra exigência da metodologia constitucional: manter em situação de coordenação correlativa a *constitutio scripta* (respeitando-a como limite infranqueável da interpretação constitucional) e a realidade constitucional. A ponderação de princípios contrapostos leva em conta as circunstâncias do caso, pois significa justamente o processo que verifica qual dos princípios, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso no caso concreto. (A ponderação é, pois, o momento de abertura do sistema jurídico aos argumentos tópico-retóricos fornecidos pela realidade constitucional na construção da resposta adequada,

⁷⁶ Cf. Paulo BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, 1997, p. 534.

⁷⁷ Nesse sentido, cf. PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 296.

que evita, por outro lado, a introdução arbitrária dos dados reais no próprio conceito de norma. Os dados reais não são parte da norma, mas representam o que é normativamente relevante, tão importante quanto as normas para fundamentação jurídica de uma decisão, mas que com elas não se confundem. Assim, a teoria dos princípios combina o respeito à força normativa da *constitutio scripta* com a concepção mais democrática do direito e da sociedade, advinda do caráter tópico-retórico do discurso e do raciocínio jurídicos preconizado pela teoria da argumentação. Nesse sentido, ela se torna compatível inclusive com o método da interpretação aberta da Constituição, ou seja, com o pluralismo jurídico-hermenêutico.)

Em suma, a interpretação dos direitos fundamentais deve considerá-los como princípios, como normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais. São mandados de otimização que dão origem a regras de decisão, na medida em que se conhecem as circunstâncias concretas do caso, suas possibilidades reais. E, ainda, na medida em que se conhecem suas possibilidades jurídicas, quer dizer, desde que sejam ponderados com princípios e regras opostos. Mas não são quaisquer tipos de princípios jurídicos. São os princípios fundamentais de determinada comunidade, pois significam a representação jurídica dos elementos definidores de uma convivência justa, dos elementos que compõem o conceito de cidadão e, portanto, de uma ordem que se quer democrática. São a tradução jurídico-normativa dos valores da dignidade, liberdade e igualdade, a partir do momento em que se reivindica a satisfação de necessidades relacionadas com ditos valores. As necessidades humanas moralmente legítimas são o seu suporte material, conectando os direitos fundamentais com a política, com a práxis contínua na construção da liberdade e na emancipação de qualquer forma de opressão.

Resumindo: na interpretação dos direitos fundamentais como princípios são utilizados os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica, especialmente no acesso ao

texto normativo constitucional que contém suas disposições. Se o direito fundamental não se encontra expresso no texto, oferece-se uma argumentação jusfundamental correta que o adscrive a uma norma já existente, especialmente a norma constitucional que prevê a existência de direitos fundamentais materiais. Além disso, estão presentes no processo os princípios específicos da interpretação constitucional, especialmente o da concordância prática, que aqui é desenvolvido sob a forma da ponderação de princípios contrapostos, já amplamente estudada no capítulo anterior. No final, tem-se a regra de direito fundamental adscrita que será aplicada ao caso. Como a aplicação é parte integrante da própria compreensão de algo, o resultado do processo é um comportamento produtivo que condiciona a interpretação posterior, muito embora sejam mantidos os valores que estão na base dos direitos fundamentais. Esses valores são, assim, a autêntica tradição continuada até o presente, criticamente emancipatória, cuja sedimentação na história dá-se através da construção de novos direitos na prática jurídica e na práxis política.

6. A interpretação conforme os direitos fundamentais

A Constituição, *locus* de reconhecimento público-normativo dos direitos fundamentais, é a primeira das normas de um ordenamento jurídico, (a norma superior.) Por várias razões, na lição de Eduardo GARCIA DE ENTERRIA. Primeiro, porque é a Constituição que define o sistema de fontes formais do Direito, sendo a primeira das normas de produção. Segundo, porque se a Constituição é fruto de uma intenção fundacional,

constituente do poder legítimo e de todo o sistema que nela se baseia, tem uma pretensão de permanência ou duração, o que lhe assegura uma superioridade sobre as normas ordinárias “carentes de uma intenção total tão relevante e limitada a objetivos muito mais concretos, todos singulares dentro do marco globalizador e estrutural que a Constituição estabeleceu”⁷⁸. Distingue-se, portanto, o poder constituinte, que dá origem à Constituição, dos poderes constituídos, dos quais surgem as normas ordinárias.

Dessas observações é deduzida a rigidez da norma constitucional, que assegura uma superlegalidade formal determinante de procedimentos especiais para modificação da Constituição. Igualmente se fala do reconhecimento de uma superlegalidade material, que assegura à Constituição uma preeminência hierárquica sobre todas as demais normas do ordenamento, as quais só serão válidas se não contradizem, principalmente, o quadro de valores expressados na própria Constituição.

De modo que a supremacia da Constituição sobre todas as normas do ordenamento, bem como seu caráter central na construção e validade de dito ordenamento, obriga a interpretar este, em qualquer momento de sua aplicação por parte dos poderes públicos, no sentido que resulta dos princípios e regras constitucionais⁷⁹. Trata-se de princípio derivado do caráter normativo da Constituição e de sua posição suprema, ou preeminência normativa, cuja formulação foi elaborada pela jurisprudência dos países com justiça constitucional o princípio da interpretação conforme a Constituição, significando que “toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que não se conformem com ela”⁸⁰.

⁷⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Constituição como norma*, 1986, p. 11.

⁷⁹ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hermenéutica e supremacia constitucional: el principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento*, 1986, p. 33.

⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*, 1991, p. 45.

Sua origem está no processo de controle de constitucionalidade das leis.

Uma lei não será declarada nula quando pode ser interpretada em concordância com a Constituição⁸¹. Disso decorre uma verdadeira presunção de constitucionalidade das leis, que implica, na lição de GARCIA DE ENTERRÍA, o seguinte: primeiro, uma confiança de que o legislativo observa e interpreta corretamente os princípios constitucionais; segundo, que uma lei só pode ser declarada inconstitucional quando exista “dúvida razoável” sobre sua contradição com a Constituição; terceiro, que uma lei cujo texto é por demais aberto, permitindo compreendê-la inclusive em contradição com a Constituição, deve ser aplicada, se for “razoavelmente possível”, através de uma interpretação que a mantenha dentro dos limites constitucionais⁸².

Se a origem da interpretação conforme remonta ao processo de verificação de constitucionalidade das leis, seu fundamento será, então, o princípio da unidade do ordenamento jurídico. A estrutura hierárquica deste, bem como a situação superior que nessa estrutura corresponde à Constituição, é o que dá a primazia necessária a esta na interpretação e aplicação de todo o ordenamento. PÉREZ-LUÑO aduz ainda a relação com o postulado da seguridade jurídica, na medida em que se conecta com os princípios básicos de unidade e coerência. Estes exigem uma interpretação coordenada de todo o sistema normativo e a conseqüente necessidade de reduzir as antinomias que possam ser produzidas nos preceitos que o integram⁸³, mantendo o dogma da plenitude e estabilidade do ordenamento jurídico.

Assim, cabe afirmar que o princípio da interpretação conforme a Constituição não se resume a apenas uma presunção de constitucionalidade da conduta do legislador, servindo para não declarar nula uma lei aparentemente inconstitucional, mas que se

⁸¹ HESSE, op. cit., 1983, p. 53-54; GARCIA DE ENTERRÍA, *Hermenéutica e supremacia constitucional*, p. 33; PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 279-280.

⁸² GARCIA DE ENTERRÍA, *Hermenéutica e supremacia constitucional*, p. 34.

conforma razoavelmente aos preceitos constitucionais. Se o princípio tivesse somente esse significado de conservar o direito legal, ele conduziria, na lição de CANOTILHO, “a uma contínua e positivística indiferença perante o conteúdo constitucional a favor da ‘vontade’ e da ‘confiança do legislador’”. Tendencialmente, o princípio da interpretação conforme a constituição transforma-se em alavanca metódica da legalização da lei fundamental”⁸⁴. Afirma, assim, o constitucionalista português que o sentido que deve ser adotado é aquele que considera as normas hierarquicamente superiores da Constituição como elemento fundamental na determinação do conteúdo das normas infraconstitucionais. O princípio deixa de ser um princípio de conservação, passando a ser considerado um “princípio de prevalência normativo-vertical e de integração hierárquico-normativa”, e também um “princípio de interpretação crítica da concretização constitucional, legislativamente operada”⁸⁵.

Trata-se de verdadeiramente eliminar as normas que não se conformem com a Constituição, pois esta atua como parâmetro da validade do conteúdo daquelas. Nesse sentido, CANOTILHO e VITAL MOREIRA lecionam que a preeminência normativa da Constituição implica ainda em que “as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são *inválidas*, não podendo ser aplicadas pelos tribunais” e que “as normas constitucionais *aplicam-se diretamente*, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela”⁸⁶.

Sem dúvida, já se falou que a interpretação judicial implica no aproveitamento dos significados da lei que sejam válidos em relação às normas constitucionais. Se a contradição for insanável, é dever declarar a invalidade constitucional.

⁸³ PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 282.

⁸⁴ CANOTILHO, J. J. GOMES. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 1994, p. 405.

⁸⁵ CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, p. 406.

⁸⁶ CANOTILHO & VITAL MOREIRA, op. cit., p. 45-46.

Estabelece-se assim “não uma sujeição à lei de tipo acrítico e incondicional, mas sim sujeição, antes de mais, à Constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis válidas por meio da sua reinterpretação em sentido constitucional ou a sua denúncia por inconstitucionalidade”⁸⁷.

Por certo, a possibilidade de em um determinado sistema jurídico existir o controle judicial de constitucionalidade das leis não é nada mais do que decorrência daquilo que fundamenta a própria interpretação conforme a Constituição: a *garantia de uma superior legalidade*, nas palavras de Mauro CAPPELLETTI⁸⁸. Garantia que é considerada necessária para o perfeito coroamento do Estado de direito. Trata-se do instrumento que procura conciliar a contraposição entre a justiça e o direito, através de uma interpretação acentuadamente discricionária, pois “o controle judicial de constitucionalidade das leis sempre é destinado, por sua própria natureza, a ter também uma coloração ‘política’ mais ou menos evidente, mais ou menos acentuada, vale dizer, a comportar uma ativa, criativa intervenção das Cortes”⁸⁹.

O princípio do *judicial review*, criação do constitucionalismo norte-americano, reconhece o poder dos Tribunais de declararem nulas, e conseqüentemente inaplicáveis, as leis que contradizem a Constituição⁹⁰. Esse controle judicial modernamente se realiza através de dois grandes tipos de sistemas: o sistema difuso, ou americano, no qual “o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência”; o sistema concentrado, ou austríaco-kelseniano, “em que o poder de controle se concentra, ao

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*, 1997, p. 101.

⁸⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 1992, p. 129.

⁸⁹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 114.

⁹⁰ Cf. GARCIA DE ENTERRÍA, *Constituição como norma*, p. 14.

contrário, em um único órgão judiciário”⁹¹, geralmente uma Corte Constitucional, que o exerce por via principal.

No sistema brasileiro de controle judicial de constitucionalidade os dois tipos de sistemas se combinam, sendo o (controle concentrado) de competência do Supremo Tribunal Federal, cujo exercício se dá através da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, conforme previsto no art. 102, I, a, da CF. Já o sistema difuso é exercido por via de exceção, significando que “qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo”⁹².

De modo que nos sistemas constitucionais de controle difuso o (princípio da interpretação conforme a Constituição) abrange a atuação de quaisquer juízos ou tribunais, dada a ampla distribuição do poder de denunciar a lei por inconstitucionalidade. GARCIA DE ENTERRÍA afirma que mesmo no sistema constitucional que prevê a existência de um Tribunal Constitucional, o referido princípio tem aplicação universal, afetando, além dos Tribunais, todos os operadores jurídicos públicos e privados, em qualquer aplicação do ordenamento ou de seus elementos⁹³. Isso porque ele se revela um verdadeiro princípio geral do ordenamento, na medida em que resulta do princípio da unidade do ordenamento, sua estrutura hierárquica, e a preeminência nesta da Constituição. Se assim é nos sistemas constitucionais de (controle concentrado), tanto mais se encontra justificado a aplicação da interpretação conforme a Constituição naqueles sistemas constitucionais que prevêm o

⁹¹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 67.

⁹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 1993, p. 52.

⁹³ CF. GARCIA DE ENTERRÍA, *Hermenéutica e supremacia constitucional*, p. 34. Na p. 37, reafirma: “...la Constitución constituye el ‘contexto’ necesario de todas y cada una de las Leyes y Reglamentos y normas del ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación.”

judicial review difuso,) como é o brasileiro, dada a outorga do poder de denunciar a inconstitucionalidade das leis a qualquer juiz ou tribunal.

Pois bem. O princípio da interpretação conforme a Constituição, cuja fundamentação acabou de ser mostrada, pode ser apropriadamente entendido como o princípio da interpretação conforme os direitos fundamentais. Na verdade, o processo de verificação da compatibilidade das leis com a Constituição não se refere só a aspectos formais, mas se estende à verificação da conformidade *substancial*. Trata-se de aspecto que, na observação de CAPPELLETTI, é essencial em todo moderno e efetivo sistema de controle judicial da legitimidade constitucional das leis⁹⁴.

Ora, a substância principal de uma Constituição é uma ordem de valores materiais relativos aos direitos fundamentais, quer dizer, são o conjunto de princípios e regras constitucionais que traduzem normativamente os valores da dignidade, liberdade e igualdade, proclamados pelo constituinte como primordiais e básicos de toda a vida coletiva. Assim, “nenhuma norma subordinada - e todas o são para a Constituição - poderá desconhecer esse quadro de valores básicos e todas deverão ser interpretadas no sentido de fazer possível com sua aplicação o serviço, precisamente, de ditos valores”⁹⁵. São eles que determinam o sentido próprio de todo o ordenamento jurídico, presidindo, portanto, toda sua interpretação e aplicação.

Já se falou anteriormente que os direitos fundamentais constituem o setor mais importante das normas materiais, o setor mais importante da Constituição como fonte do Direito. Se assim é, o princípio da interpretação conforme nunca poderia ficar destinado a ser só um “mero banco de prova da adequação formal das leis”, mas deve ser

⁹⁴ Cf. CAPPELLETTI, op. cit., p. 127.

⁹⁵ GARCIA DE ENTERRÍA, *Hermenéutica e supremacia constitucional*, p. 35.

considerado, sobretudo, como um “critério material” que enjuíza o conteúdo das normas e sua conformidade com o conteúdo da Constituição em seu conjunto, ou seja, com o sistema de valores, princípios e normas que devem informar todo o ordenamento jurídico⁹⁶. Os direitos do homem positivados passam a constituir parâmetros da validade do conteúdo das restantes normas do ordenamento jurídico, cuja verificação se dá através de uma interpretação conforme os direitos fundamentais.

Se uma lei vulnera algum direito fundamental, ou o conjunto de valores que lhe dá sustentação, a interpretação conforme deve considerá-la inconstitucional, resolvendo o problema de outra maneira, inclusive com a aplicação direta da norma constitucional que o agasalha. Decerto, inclusive na esfera da jurisdição privada, CANOTILHO afirma ser devido a aplicação da lei em conformidade com a Constituição, ou a desaplicação da lei violadora dos direitos subjetivos ou dos bens constitucionalmente garantidos pelas normas consagradoras de direitos fundamentais⁹⁷, nesse último caso por ser inconstitucional. Passa-se, assim, de uma interpretação conforme a Constituição a uma interpretação verdadeiramente conforme os direitos fundamentais, na medida em que não se pode desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias como elementos de eficácia conformadora imediata de todo o direito, inclusive do direito privado.

Trata-se de desenvolver, na verdade, um conceito de inconstitucionalidade material, que não se desvincula dos princípios superiores de justiça, igualdade e dignidade da pessoa humana, como bem lembra Paulo BONAVIDES. Afirma o jurista brasileiro que os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. Em função disso, sua violação através de atos executivos, judiciais e legislativos constitui a pior das

⁹⁶ PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 282-283.

⁹⁷ CF. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 1995, p. 598.

inconstitucionalidades, que é a inconstitucionalidade material. Vale transcrever a seguinte passagem, que resume a importância que o autor reconhece, acertadamente, aos direitos do homem: “Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça”⁹⁸.

Ademais, a eficácia conformadora dos direitos fundamentais inclusive no âmbito do direito privado decorre de sua consideração como princípios, os quais se reportam a valores. A consideração dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, sob uma perspectiva sociológica, permite-se encará-los como os elementos fundadores do Estado Social e Democrático de Direito.⁹⁹ Extraindo a máxima potencialidade normativa dessa caracterização, os direitos fundamentais passam a possuir força vinculante erga omnes, ou seja, apresentam eficácia ante terceiros, ou eficácia horizontal, já referida anteriormente. Através da teoria do efeito mediato, uma das que tenta explicar essa eficácia horizontal, exige-se a “prévia atuação dos poderes públicos ao cumprir o mandado constitucional de configurar a situação jurídica dos particulares de acordo com os direitos fundamentais”, que se conecta diretamente à “necessidade dos tribunais de interpretar todas as normas de acordo com a Constituição e os direitos fundamentais nela enunciados”⁹⁹. Quer dizer, a interpretação conforme os direitos fundamentais decorre também do efeito horizontal que eles possuem, conforme estudado no final do segundo capítulo.

Contudo, advogar uma interpretação conforme os direitos fundamentais não significa desde já indicar qual é a interpretação correta para resolução do caso, na feliz

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 1997, p. 553-554.

⁹⁹ PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 313.

advertência de Maria Luisa BALAGUER CALLEJON¹⁰⁰, pois as normas constitucionais têm nítido caráter principiológico, constatação que já foi reconhecida e adotada neste trabalho. Podem caber então várias interpretações conformes, inclusive contraditórias. É preciso afirmar, pois, que o problema de saber qual interpretação conforme os direitos fundamentais está correta é subsequente à aplicação do princípio da interpretação conforme. E esse problema é resolvido justamente pela teoria dos direitos fundamentais como princípios, que prevê o processo de ponderação e a relação de precedência condicionada para indicação de qual princípio, em vista das condições do caso, precede ao outro. Ou seja, a solução de um caso que exige a aplicação do princípio da interpretação conforme naturalmente depende da interpretação dos próprios direitos fundamentais. E a melhor teoria de sua interpretação, como ficou reconhecido antes, é a teoria dos princípios, que apresenta soluções capazes de enfrentar os problemas mais difíceis, especialmente o da colisão de direitos e o de seu efeito horizontal.)

Trata-se, dessa forma, de advogar um procedimento de duas etapas: em primeiro lugar, estabelece-se a necessidade de interpretar e aplicar o ordenamento jurídico conforme os direitos fundamentais, tendo em vista os argumentos levantados até agora; depois, para saber qual a interpretação conforme os direitos fundamentais é adequada, utiliza-se o processo de ponderação elaborado pela teoria dos princípios, estudado no capítulo anterior.

¹⁰⁰ Cf. BALAGUER CALLEJON, Maria Luisa. *La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria*, 1990, p. 144.

6.1. A interpretação sistemática do direito

O método da interpretação conforme os direitos fundamentais ganha outro argumento a favor, se se interpreta os direitos fundamentais como princípios. Como os princípios jusfundamentais são as normas nucleares de determinado sistema jurídico, eles prontamente vinculam a atividade de interpretação e aplicação judicial de todo o ordenamento, em respeito ao princípio da unidade deste, através da interpretação sistemática do direito.

Originalmente elaborado por Savigny, o método da interpretação sistemática ganha nova dimensão atualmente. Sendo fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico, a interpretação sistemática afirma que o intérprete deve situar o dispositivo a ser interpretado “dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas”¹⁰¹. O método parte do pressuposto, portanto, na lição de PÉREZ-LUÑO, de que o ordenamento jurídico em seu conjunto “deve ser considerado como um sistema caracterizado pela coerência do conteúdo das diversas normas que o integram e dotado de uma unidade orgânica e finalista”¹⁰². Mesmo interpretar normas singulares é interpretar todo o sistema jurídico, cuja base remonta aos princípios jusfundamentais inscritos no texto constitucional. Isso porque toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração, nas palavras de Karl LARENZ, “a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulação em causa”¹⁰³, a fim de que o intérprete descubra as conexões de sentido em que as normas e

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 1996, p. 127.

¹⁰² PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 274-275.

¹⁰³ LARENZ, Karl *apud* COELHO, Edihermes Marques. *Apontamentos para uma idéia de sistema constitucional (a partir do pensamento sistemático de Claus-Wilhelm Canaris)*, 1995, p. 88-89.

regulações particulares se encontram entre si e com os princípios diretivos do ordenamento jurídico, possibilitando a visão de conjunto, na forma de um sistema.

Não se trata de uma exigência puramente formal, pois os imperativos de unidade e coerência se referem também aos interesses divergentes da realidade social, os quais têm vinculação com a interpretação, de acordo com o método concretista da Constituição aberta. Sistematizar é justamente conjugar as diferentes forças produtivas de interpretação, que não devem e nem podem ser ignoradas pelo intérprete, na medida em que se referem ao conteúdo das próprias normas e fornecem os *topoi* formadores do momento pré-compreensivo. A unidade da Constituição e do ordenamento jurídico surge desse processo de conjugação.

O aspecto material da interpretação sistemática do direito, cuja caracterização está no papel nela desempenhado pelos argumentos empíricos, na forma de *topoi*, é claramente adotado na concepção formulada por Juarez FREITAS. No seu *A Interpretação Sistemática do Direito*, o autor advoga uma interpretação sistemática fundada nos princípios, valores e objetivos do Estado Democrático de Direito, tais quais se encontram, expressa ou implicitamente na Constituição, concebendo o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos. De modo que a interpretação sistemática pode ser definida como “uma operação que consiste em coppretender atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios e normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da adequação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”¹⁰⁴. Por essa definição, aplicar uma norma é sempre aplicar o sistema inteiro,

¹⁰⁴ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, 1995, p. 54.

permitindo afirmar, por exemplo, que os direitos fundamentais se encontram no sistema como um todo, e não apenas num dado ponto normativo.

Juarez FREITAS argumenta ainda que a formulação proposta oferece vantagens adicionais, se comparada a uma concepção puramente formal e fechada de sistema jurídico. No que interessa ao presente trabalho, é importante anotar que essa noção teleológica e de sistema evidencia haver uma hierarquia entre os princípios, que impõe uma interpretação conforme a Constituição e sempre subordina a matéria examinada aos princípios superiores da igualdade e da justiça, bem como da liberdade e da dignidade. Ademais, “aviva a noção de que os valores fundamentais, especialmente os elevados à condição de supremos por força normativa da Constituição, têm de servir como critério de permanente avaliação, estando à base da aplicação judicial, fundamentando-a sempre, consciente ou inconscientemente”¹⁰⁵. Esses aspectos, logicamente, são decorrentes da estrutura marcadamente hierarquizada do sistema jurídico. O autor fala, inclusive, de um metacritério para ordenar a hierarquia do sistema jurídico, evitando as antinomias e contradições deste e adequando-o à unidade sintética dos múltiplos comandos da Constituição. Trata-se do metacritério ou princípio da hierarquização axiológica¹⁰⁶.

Dado que o sistema se baseia nos princípios fundamentais previstos no texto constitucional, pode-se afirmar que se funda, igualmente, nos valores fundamentais do Estado democrático e social de Direito que estão contidos naqueles princípios. Nisso se diverge do autor, pois aqui se entende que a Constituição expressa regras e princípios, e não valores, princípios e normas. Ambos (regras e princípios) são espécies de normas, como já se viu. E os valores estão contidos nos princípios, ou com eles se relacionam.

¹⁰⁵ FREITAS, Juarez, op. cit., p. 55.

¹⁰⁶ FREITAS, Juarez, ibid., p. 81

A materialidade do sistema é ainda especificada pelo seu caráter aberto. A abertura do sistema é resultado da inexistência de uma delimitação rígida e axiomática dos seus conteúdos¹⁰⁷, ou, para aclarar melhor, pela existência de normas principiológicas no interior do sistema, especialmente no nível hierárquico mais elevado. Os princípios assumem, assim, a feição de proposições dialéticas. Se a interpretação sistemática pressupõe ordenar o sistema em função de um caso, o intérprete haverá de enfrentar a dialeticidade dos princípios, a sua abertura, elegendo os *topoi* que possibilitarão a função individualizadora do sistema. Ou seja, a interpretação sistemática é, ao mesmo tempo, tópica, pois o sistema “somente ganha contornos definitivos justamente por força da intervenção do intérprete na sua atuação eletiva entre os sentidos necessariamente múltiplos”¹⁰⁸.

Por tudo isso, a interpretação sistemática pode ser considerada como uma maneira diferente de interpretar conforme a Constituição e seus princípios materiais, consagradores dos direitos fundamentais, revelando, mais uma vez, esses métodos interpretativos, facetas do controle judicial de constitucionalidade das leis, de âmbito material.

6.2. A interpretação construtiva do direito e os princípios jusfundamentais

Mas isso não é tudo. Entendendo os direitos do homem como a tradução normativa dos princípios fundamentais de uma determinada comunidade, cuja estruturação pressupõe uma Constituição, é possível estabelecer um paralelo entre a teoria dos princípios dworkiana e a interpretação conforme os direitos fundamentais.

¹⁰⁷ FREITAS, Juarez, *ibid.*, p. 121.

¹⁰⁸ FREITAS, Juarez, *ibid.*, p. 120.

A comunidade jurídica instituída por uma Constituição tem nos direitos fundamentais seus elementos principais de legitimação. Como eles são derivações normativas, dos princípios de dignidade, liberdade e igualdade, então essa comunidade tem nesses três princípios os seus elementos estruturadores. Trata-se do conjunto de princípios do qual derivam os direitos e deveres dos cidadãos. Assim, a sociedade criada por uma Constituição garantidora dos direitos fundamentais é uma sociedade governada por princípios comuns. Isso força uma interpretação construtiva do direito, a fim de que se respeite e se dê continuidade ao esquema de princípios assumido pela comunidade.

Uma interpretação judicial, portanto, deve ser sempre uma interpretação conforme os direitos fundamentais, pois a aplicação do direito deve sempre expressar o esquema de princípios fundamentais adotados pela comunidade. Ou seja, as decisões judiciais dependem dos direitos fundamentais, os quais pressupõem e fazem cumprir o conjunto de princípios fundamentais.

Portanto, quando se argumenta a favor de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, o que se quer afirmar é que uma decisão judicial deve sempre respeitar os valores fundamentais de determinada comunidade e os direitos deles decorrentes, pois a existência desses princípios conduz aos problemas da justiça, que se irradia por todos os âmbitos do direito. Outrossim, a produção das normas ordinárias, cuja incumbência é de um legislador representante da comunidade, pode violentar completamente esses valores. No dizer de FERRAJOLLI, há um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior, como problema estrutural de um Estado de Direito Constitucional que incorporou ao seu ordenamento jurídico positivo, via Constituição,

condições de (justiça substancial,) representadas pelos direitos fundamentais¹⁰⁹. Já se mencionou anteriormente que a Constituição deve transportar essa “reserva de justiça”, seus princípios e regras devem aspirar a ser “direito justo”, pois, na magnífica lição de CAPPELLETTI, ela (a norma constitucional), na concepção moderna, “outra coisa não é senão a tentativa - talvez impossível, talvez ‘faustiana’, mas profundamente humana - de transformar em direito escrito os supremos valores, a tentativa de recolher, de ‘definir’, em suma, em uma norma positiva, o que, por sua natureza, não se pode recolher, não se pode definir - o *Absoluto*”¹¹⁰. Essa reserva de justiça positivada, essa tentativa de definir o indefinível, encontra-se, sem dúvida, nos valores jusfundamentais e nos direitos deles decorrentes, cuja inscrição normativa é realizada pelos princípios e regras constitucionais. Interpretar e aplicar o direito conforme os direitos fundamentais é, portanto, interpretar e aplicar o direito conforme essa reserva de justiça.)

Trata-se de uma perspectiva não ontológica e, portanto, não jusnaturalista. Considerar que uma comunidade assumiu um determinado conjunto de princípios fundamentais que dá origem e sustentação ao ordenamento jurídico é encarar o direito sob uma ótica próxima a das ciências sociais. Com Rudolf SMEND se constata que os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores concretamente vivenciados, num sentido sociológico. E com Hermann HELLER se aprende que o sentido emancipador da Constituição, representado pelo conjunto de direitos fundamentais e os valores que os sustentam, é dialeticamente conexo com a realidade. Isso significa dizer que o sistema de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos representa um conteúdo de significação da realidade social autonomamente construído. É o próprio conjunto de atores, grupos,

¹⁰⁹ Cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 867.

¹¹⁰ CAPPELLETTI, op. cit., p. 130.

movimentos e classes sociais que formula a Constituição, com sua tábua de direitos, no momento da Assembléia Constituinte, e que interpreta, vivencia e enuncia novos direitos, fornecendo os *topoi* indispensáveis para a construção de uma decisão judicial, na perspectiva democrática do discurso jurídico preconizada pela teoria da argumentação. Interpretar o direito conforme os direitos fundamentais é, pois, decidir conforme a significação jurídica construída pela própria sociedade, conjugando as diferentes forças desta, a fim de manter a unidade do ordenamento.

7. Objeções contra uma interpretação conforme os direitos fundamentais

É preciso enfrentar algumas objeções que podem ser levantadas contra a interpretação conforme os direitos fundamentais, inclusive como forma de continuar a ressaltar sua validade e necessidade.

Alguém pode desde já argumentar que o método proposto não apresenta novidade alguma e, portanto, não justifica a elaboração de todo um trabalho que tenta demonstrar sua necessidade. Isso porque, como já mostrou, com absoluto acerto, Eugenio Raúl ZAFFARONI, no estado atual do saber jurídico, “é quase impossível que, seja pela via explícita ou bem implicitamente, o juiz não leve a cabo um controle constitucional das leis,

sempre que, naturalmente, opere conforme essas regras do saber jurídico”¹¹¹, a menos que o juiz padeça de uma completa ignorância jurídica.)

Analisando as funções do judiciário nas democracias contemporâneas, o conhecido autor argentino identifica como seu papel fundamental o controle do poder. Para isso, é de suma importância observar a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, a fim de que o Estado respeite os limites impostos à sua atuação, pelas normas constitucionais, especialmente aqueles impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana¹¹².

Ora, a tarefa de interpretação das leis para a decisão de conflitos está mutuamente implicada com a do controle de constitucionalidade, mesmo que não se reconheça expressamente essa relação, pois interpretar a lei na hora de aplicar o direito exige tomar cada texto “como inserido em uma rede sistemática de normas jurídicas de distinta hierarquia, na qual as de nível inferior não podem violar as de nível superior”¹¹³. ZAFFARONI chega, inclusive, a afirmar que as sentenças do famoso e “bom” juiz Magnaud, na França do final do século XIX, longe de serem uma manifestação do “direito livre”, eram autênticas interpretações contextuais das leis de seu tempo.

Toda e qualquer interpretação judicial das leis é necessariamente contextual, importando, assim, um tácito controle difuso de sua constitucionalidade, na medida em que interpretar a lei é absolutamente imprescindível à resolução do conflito. Trata-se de perceber, inclusive, que a usual interpretação da lei sob o pressuposto de seu marco

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*, 1995, p. 55.

¹¹² ZAFFARONI, op. cit., p. 37. E acrescenta, na p. 49, citando Otto Bachof: “Embora a colocação pareça muito simplista, a questão reduz-se à opção se os direitos fundamentais valem apenas no âmbito das leis ou se as leis valem apenas no âmbito dos direitos fundamentais”.

¹¹³ ZAFFARONI, ibid., p. 56.

constitucional talvez seja a mais importante função de controle de constitucionalidade, porque cotidiana¹¹⁴.

Mas esse argumento, antes de significar algo contra a interpretação conforme os direitos fundamentais é, na verdade, a indicação de que a proposta oferecida neste trabalho se baseia em constatações plausíveis, ou seja, tem uma fundamentação teórico-jurídica inquestionável. Se a adequação da aplicação do direito às normas jusfundamentais da Constituição é, pelo menos, implicitamente recorrente, o que se pretende é tornar explícita e fundamentada a contrastação efetuada no momento da interpretação judicial.

Por outro lado, também é verdade que, pelo menos no caso brasileiro, poucas vezes o judiciário tem posto como fundamento central de suas decisões os direitos fundamentais, arrolados no sistema constitucional de maneira extensa, clara e taxativa, como argutamente observa Carmem Lúcia Antunes ROCHA¹¹⁵. Nem sempre ocorre a verificação difusa da constitucionalidade das leis, talvez pela ignorância jurídica mencionada por ZAFFARONI, talvez por outro motivo mais complicado, o dos limites funcionais do judiciário frente ao princípio da separação dos poderes, que se analisará mais adiante. O certo é que a constatação de que o processo de adequação das decisões judiciais aos direitos fundamentais poucas vezes tem sido utilizado, apesar das observações de ZAFFARONI, impõe a elaboração de uma proposta que fundamente a necessidade desse procedimento.

Além disso, costuma-se objetar contra a possibilidade de um controle difuso de constitucionalidade, e, portanto, contra uma possível interpretação conforme as normas constitucionais de direitos fundamentais, o fato de que pode provocar um alto grau de insegurança jurídica, já que cada tribunal ou juiz aplicará a lei de uma maneira diferente dos

¹¹⁴ ZAFFARONI, *ibid.*, p. 76.

¹¹⁵ Cf. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *A reforma do poder judiciário*, 1998, p. 169.

outros, ainda que frente a um caso idêntico. Ademais, “observa-se que, embora um órgão supremo já se tenha pronunciado e ainda que haja unanimidade entre todos os tribunais, como a lei não perde vigência, as autoridades e os órgãos administrativos podem continuar atrelados à lei inconstitucional, o que obrigaria os cidadãos a impetrarem medidas judiciais em cada caso”¹¹⁶.

Leciona CAPPELLETTI que no sistema norte-americano tais dificuldades estão relativamente mitigadas, em função do princípio do *stare decisis*, pelo qual os tribunais devem seguir os seus próprios precedentes, assim como aqueles das cortes superiores e, notadamente, da Suprema Corte¹¹⁷. De modo que uma decisão da Suprema Corte a respeito de determinada argüição de inconstitucionalidade torna-se vinculante para todo o sistema judicial, racionalizando-o.

No sistema brasileiro igualmente há um mecanismo apto a fazer frente à objeção de insegurança jurídica provocada pela possível multiplicidade de decisões diferenciadas, em virtude do controle difuso de constitucionalidade. Trata-se do instituto do recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal, cujas hipóteses de cabimento estão elencadas no inciso III, art. 102, da Constituição Federal. Se há uma parte contrariada com a decisão proferida por juiz ou tribunal inferior, na qual se declarou a inconstitucionalidade de determinada lei, através da utilização do princípio da interpretação conforme os direitos fundamentais, ela pode, em último caso, apresentar o mencionado recurso, com base na alínea *b* daquele dispositivo. Esse procedimento, além de possibilitar a revisão da própria decisão concreta a favor do interessado, permite ainda promover a suspensão da execução da norma, se ela for declarada inconstitucional pelo STF.

¹¹⁶ ZAFFARONI, op. cit., p. 63.

¹¹⁷ Sobre o princípio do *stare decisis*, Cf. CAPPELLETTI, op. cit., p. 80-81.

De fato, “se a decisão chegar ao STF em razão de recurso, aquela Corte pode e deve remeter eventual declaração de inconstitucionalidade, derivada da apreciação do caso concreto, ao Senado Federal para que este suspenda a execução da lei, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal”¹¹⁸, como certamente resume Michel TEMER. Oferece-se, dessa forma, nos sistema de controle difuso, mecanismos destinados a evitar a aludida insegurança jurídica provocada pelo acesso de todos os juízes e tribunais ao controle de constitucionalidade, estabelecendo uma instância judicial última, responsável pela racionalização do sistema. Isso porque a própria Constituição Federal, no *caput* do art. 102, outorga ao Supremo Tribunal Federal a competência para sua guarda. Assim, a própria norma tida como inconstitucional pode ter sua execução suspensa, evitando que os tribunais e juízes continuem vinculados a ela.

Por outro lado, nos sistemas de controle concentrado ocorre previsão inversa, ou seja, normalmente se faculta aos juízes dispor acerca da suspensão de uma lei tida como inconstitucional, até o pronunciamento do tribunal constitucional. Dessa forma, observa-se que “o controle centralizado alemão, por exemplo, não exclui o controle difuso, senão que os outros tribunais são uma espécie de peneira do tribunal constitucional e, em certo sentido, seus interlocutores mais importantes”¹¹⁹. Ou pode ocorrer ainda a combinação dos modelos difuso e concentrado do controle judicial de constitucionalidade das leis, como acontece no caso brasileiro. Isso demonstra que os dois modelos não são necessariamente excludentes, apesar de diversos.

No entanto, a mais forte crítica contra uma interpretação conforme os direitos fundamentais ainda provém daqueles que negam ao judiciário a qualidade de

¹¹⁸ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, 1996, p. 43-44.

¹¹⁹ ZAFFARONI, op. cit., p. 62.

funcionar como instância de crítica ao ordenamento jurídico-legal, em razão do princípio da separação dos poderes. A partir de uma perspectiva formalista, costuma-se alegar que a famosa sistematização de Montesquieu implica em uma aplicação judicial do direito tal qual escrito nos textos legais, pois o poder legitimado para desenvolver normativamente as relações sociais e, portanto, a Constituição, é o legislativo, representante da maioria e corolário do princípio da soberania popular. Dessa forma, ficaria subtraído ao judiciário o poder de controlar a constitucionalidade das leis, ou de adequá-las ao sentido expresso pelo texto constitucional, pois isso seria uma intromissão do judiciário no legislativo.

Inicialmente cumpre enfrentar o argumento de que o judiciário não tem legitimidade democrática para exercer o controle da constitucionalidade das leis e, portanto, da atividade do legislativo. Antes de tudo, deve-se dizer que há uma necessidade de que o legislativo seja fiscalizado, ou controlado. Na lição de ZAFFARONI, estabelecer que apenas a maioria não encontra limites ao exercício de seu poder, ou melhor, pretender que ela reconheça limites constitucionais apenas como um ato de boa vontade, corresponde a uma “idéia orgânica do Estado, pela qual a minoria deve submeter-se à vontade irrestrita da maioria. Isto importa na legitimação de uma ditadura da maioria”¹²⁰. A supremacia da Constituição impõe um controle que a mantenha, sob pena de contradição com a própria idéia de Constituição. Nesse sentido, opera-se uma disjuntiva em relação ao princípio da vontade da maioria, necessário para que o controle não seja, na verdade, um autocontrole, o que é absolutamente nada.

Por outro lado, deve-se reconhecer a origem não democrática da magistratura, ou sua origem não plenamente democrática, especialmente porque a escolha de seus membros muitas vezes depende da capacidade técnica e conhecimento jurídico. Porém,

desde já se pode retrucar que a forma de recrutamento dos juízes obedece a uma prescrição constitucional e, dessa forma, foi estabelecida pelo poder supremo de uma comunidade política, que é o poder constituinte.

No entanto, o mais importante é observar que uma instituição não é democrática unicamente porque não provém de eleição popular. Ainda na lição de ZAFFARONI, “uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o judiciário. Quando se diz que o poder judiciário tem legitimidade constitucional, mas não legitimidade democrática, se ignora sua funcionalidade democrática”¹²⁰. Não se quer ficar indiferente à forma de seleção dos membros da magistratura, pois isso importa. Mas, na medida em que a Assembléia Constituinte decide pela regra do concurso, a questão da legitimidade desloca seu foco para a efetiva funcionalidade do poder judiciário na construção e aprofundamento da democracia. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ¹²² reconhece nesse aparente paradoxo a maior virtualidade da instância judicial, que se torna um relevante fator de democracia através do regular desempenho de sua missão constitucional.

Ora, a principal missão constitucional do poder judiciário nas democracias contemporâneas é o seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. No fundo, a função de resolver conflitos, aplicando o direito, é uma faceta dessa missão maior, pois resolve-se um conflito em virtude de alguém considerar que seu direito foi lesado ou está sendo ameaçado de lesão. A resolução do conflito, com força de definitividade, ocorre então para garantia do direito daquele que se acha

¹²⁰ ZAFFARONI, *ibid.*, p. 38.

¹²¹ ZAFFARONI, *ibid.*, p. 43.

¹²² Cf. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Introducción a corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, 1996, p. 13.

prejudicado, especialmente para garantia dos direitos fundamentais, elementos estruturadores de uma ordem de convivência democrática.

A sujeição do juiz à Constituição e o seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos torna-se o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do poder judiciário. Como diz Luigi FERRAJOLI, “precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado”¹²³. O fundamento da legitimidade é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais, baseando-se, pois, nos elementos definidores da democracia substancial indo mais além da exigência de uma origem eletiva, que não deixa de ser, na verdade, uma exigência formal.

Miguel Ángel GARCÍA HERRERA¹²⁴, analisando a função do poder judicial no Estado Social, igualmente parte da afirmação de que dito poder, além de estar submetido à lei e ao direito, também está vinculado à Constituição. Impõe-se a tarefa, portanto, de elaborar uma visão funcional que permita indicar qual o significado atribuído a esse poder na fórmula constitucional do Estado Social. A compreensão dessa função permite encontrar o fundamento que legitima a atuação do judiciário hoje.

Compreender a função judicial é levar em conta sua conexão com os princípios que inspiram a Constituição, bem como sua evolução. Dado que a Constituição de um Estado Social garante e orienta a consecução de uma ordem material identificada com a

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*, 1997, p. 101.

¹²⁴ Cf. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel. *Poder judicial y estado social: legalidad y resistencia constitucional*, 1996.

igualdade substancial, que sintetiza a efetividade dos direitos atribuídos aos indivíduos e grupos, a função judicial deve impregnar-se desse fim institucional¹²⁵. Portanto, as funções atribuídas à magistratura por um ordenamento caracterizado pelo componente finalístico assim definido são: 1) defesa dos direitos fundamentais em sua dupla vertente a) *individual* e b) *política*; 2) defesa dos direitos sociais da cidadania e suas repercussões políticas; 3) reconhecer o campo aberto pelos novos direitos que respondem a novas demandas sociais e que recebem um tratamento normativo desigual; 4) desafio da construção da cidadania universal; 5) contribuição à moralização da política e correspondência com as pautas fixadas no ordenamento jurídico.

Essas funções, indicadas por GARCÍA HERRERA, ante a divergência ou divórcio entre lei e Constituição, “impõem a apelação à Constituição no sentido de sua aplicação às controvérsias que se suscitem como parâmetro de resolução nos distintos âmbitos”¹²⁶ mencionados. Trata-se de reconhecer uma função de resistência constitucional outorgada ao judiciário, como política capaz de salvaguardar a vigência do projeto consagrado no texto constitucional. É uma missão de duplo objetivo: 1) suprir as carências materiais da lei, apelando, em última instância, aos conteúdos consagrados constitucionalmente; 2) salvaguardar a vocação transformadora consubstancializada na Constituição, que estabelece uma estrutura de projeto ideal que deve presidir a resolução do conflito, sobretudo naqueles temas referidos aos direitos sociais, abertura do sistema e integração de novas demandas.

A resistência constitucional encontra um outro motivo de sustentação, que é o problema da crise do Estado Social. Uma crise de três estágios, já que se pode falar que o modelo de Estado Social deriva do próprio temor das classes sociais às experiências do

¹²⁵ Cf. GARCÍA HERRERA, op. cit., p. 65.

¹²⁶ GARCÍA HERRERA, ibid., p. 82.

início do século. Ou seja, é um modelo baseado em um consenso que procura instituir a possibilidade de alternância do exercício do poder político entre os próprios conflitantes. Depois, questiona-se o próprio modelo, frente à burocratização e alegada ingovernabilidade de um Estado regulado por uma Constituição social. Finalmente, tem-se a proposta de supressão do modelo mesmo, favorecida por diversos fatores: crise econômica, quebra do paradigma keynesiano, inovação tecnológica, transnacionalização da economia, debilidade das alianças políticas de esquerda, complexidade das relações de classe, liberação do poder financeiro etc.

De modo que a apelação à Constituição se assenta na contradição entre os valores constitucionais e as propostas que apontam para uma supressão do modelo de Estado Social, como resposta à sua crise, e em virtude da “perda de substantividade da Lei que deixa umas margens de decisão que devem ser preenchidas com e desde a Constituição, desde seus direitos e decisões fundamentais”¹²⁷, pois propugnar a resistência constitucional também significa detectar o “conflito entre princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores que entram em contradição com aqueles: solidariedade frente a individualismo, programação frente a competitividade, igualdade substancial frente a mercado, direção pública frente a procedimentos pluralistas”¹²⁸. O significado último dessas posições é tomar a Constituição como fundamento último do ordenamento jurídico, como expressão de uma ordem de convivência baseada em um conjunto de conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade, através da integração de novas necessidades e resolução dos conflitos em conformidade com os princípios e critérios de compensação constitucionais.

¹²⁷ GARCÍA HERRERA, *ibid.*, p. 83.

¹²⁸ GARCÍA HERRERA, *ibid.*, p. 82.

José Eduardo FARIA também tece profícua análise sobre a necessidade do judiciário assumir uma postura funcional de acordo com os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais. O conhecido jurista brasileiro parte da constatação de que a aplicação da justiça viola constantemente muitos dos mais fundamentais direitos humanos, com o judiciário brasileiro mostrando-se incapaz de universalizar sua aplicação¹²⁹. Identifica as causas para essa realidade na mentalidade dogmática dos integrantes do judiciário brasileiro, especialmente de sua cúpula, que tendem a considerar a aplicação dos direitos sociais como uma distorção das funções judiciais, uma ameaça à “certeza jurídica” e uma perversão da “segurança do processo”¹³⁰. Trata-se de dar continuidade a técnicas interpretativas de caráter exegético, de rigor lógico-formal imposto pelo normativismo positivista, denunciadas como flagrantemente insuficientes para dar conta de uma ordem jurídica repleta de conceitos tópicos, indeterminados e programáticos, ou principiológicos.

Em uma sociedade na qual o poder judicial adota uma postura conservadora assim definida, os direitos fundamentais e sociais acabam tendo apenas uma função tópica, retórica e ideológica, no sentido de possibilitar uma assimilação acrítica da ordem jurídica, exercendo o papel de instrumento ideológico de controle das expectativas sociais. Isso se agrava ainda mais com a concepção geralmente defendida de que os direitos fundamentais e sociais consagrados nos textos constitucionais dependem de uma prévia regulamentação dos próprios organismos estatais que eles visam controlar e condicionar¹³¹, o que acarreta sua negação. José Eduardo FARIA chama a esse processo de “uma negação sutil, que costuma se dar por via de uma ‘interpretação dogmática’ do direito, enfatizando-se, por

¹²⁹ Cf. FARIA, José Eduardo. *O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*, 1994, p. 99-101.

¹³⁰ Cf. FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 96.

¹³¹ Cf. FARIA, José Eduardo, *ibid.*, p. 97-98.

exemplo, a inexistência de leis complementares que regulamentem os direitos e as prerrogativas assegurados pela Constituição”¹³².

O resultado é uma ineficiência do judiciário na condução de sua missão institucional, a aplicação das normas e fiscalização do império da lei, que conduz a uma crise de sua legitimidade. De maneira que se faz necessário apontar as mudanças para retomada da legitimidade do poder judiciário. Nesse sentido, o autor indica, entre outros pontos, a valorização da interpretação tópica e da teoria da argumentação, como estratégias de superação do dedutivismo lógico-formal e que possibilita enfrentar os problemas advindos das características estruturais das normas de direitos fundamentais, permitindo ainda a tomada de decisões fundadas no jogo da ponderação e da equidade.

Ademais, trata-se de reconhecer a especificidade dos direitos sociais, que destoam dos direitos de liberdade por se prenderem às perspectivas de grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem os cidadãos isolados. São um tipo específico de direitos, “cujas práticas judiciais pressupõem a legitimidade processual e o reconhecimento da personalidade jurídica dos grupos e representações coletivas”¹³³ e que exigem a abertura do sistema jurídico-normativo a regras de julgamento inseridas num dado contexto social, que enfatiza a idéia de pesos e contrapesos. Aproxima-se assim a questão da interpretação e aplicação do direito à sociologia, que melhor traduz o normativamente relevante para o trabalho de ponderação de princípios contrapostos.

Todavia, novamente o argumento para que o judiciário não assuma postura tendente à retomada de sua legitimidade, que é a garantia efetiva dos direitos fundamentais e sociais, continua sendo a interpretação normativista e formalista do princípio

¹³² FARIA, José Eduardo, *ibid.*, p. 98-99.

¹³³ FARIA, José Eduardo, *ibid.*, p. 195.

da separação dos poderes e a natural decorrência desse postulado: o de que o judiciário não deve exercer função política, mas atividade eminentemente técnico-jurídica.

Retorna-se, assim, ao início da discussão, mas agora com muito mais elementos, principalmente a descoberta de que a legitimidade do poder judicial passa pela sua atuação na efetiva garantia dos direitos fundamentais, como dimensão substancial da democracia. Se os juízes não têm legitimidade originária, pelo menos com relação a sua forma, de seleção, a única maneira de exercerem legitimamente uma parcela do poder, no marco de um Estado social e democrático de Direito garantido por uma Constituição, é realizarem suas funções no sentido da construção e aprofundamento da democracia.

Por outro lado, essa função comprometida com a construção da democracia não tem porque não ser política, pelo menos no sentido de “governo da polis”. Como diz ZAFFARONI, “não se concebe um ramo do governo que não seja político, justamente porque seja governo. O sistema de *checks and balances* entre os poderes - ou funções, se se preferir - nada mais é do que uma distribuição do poder político. Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos”¹³⁴. Assim, para aqueles que consideram o controle judicial dos atos administrativos e legislativos o exercício de uma função política incompatível com a natureza do judiciário, deve-se ressaltar ser esse controle uma decorrência do próprio sistema de separação dos poderes, que mesmo com Montesquieu nunca significou uma absurda compartimentalização das funções estatais em três esferas sem o menor contato.

¹³⁴ ZAFFARONI, op. cit., p. 94.

Ademais, diz ainda ZAFFARONI que o verdadeiro sentido da doutrina de Montesquieu é a necessidade de evitar a concentração de poder¹³⁵. Nesse sentido, no início desta investigação já ficou dito que o princípio da separação dos poderes somente se justifica, mesmo na doutrina do autor de *O Espírito das Leis*, por ser uma técnica de limitação do poder em função do respeito ao primeiro grande direito fundamental reivindicado pelo constitucionalismo moderno: a liberdade. Não é novidade, portanto, afirmar que a legitimidade de qualquer função estatal deriva não de uma interpretação rígida do princípio da separação dos poderes, mas, antes de tudo, do seu papel na garantia efetiva dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Se a estrutura normativa do atual Estado social e democrático de Direito conduz a uma atuação mais discricionária do poder judiciário, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais e sociais, isso leva a afirmação de que ele não pode exercer, nos tempos atuais, apenas uma função jurídica, técnica, secundária, mas “deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos”¹³⁶, especialmente através do controle material de constitucionalidade das leis e dos atos executivos. Nada a temer nesse sentido, pois o propalado risco da “ditadura dos juízes” é o “estribilho mais ridículo e aberrante, porque é a ‘única ditadura que jamais existiu na história’”¹³⁷.

¹³⁵ Cf. ZAFFARONI, *ibid.*, p. 83.

¹³⁶ DOBROWOLSKI, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo*, 1995, p. 99.

¹³⁷ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 44.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que as questões levantadas durante a explanação devam ser consideradas abertas a futuras discussões e análises mais enriquecidas, torna-se necessário finalizar o presente trabalho, através da retomada de suas conclusões parciais. De toda a argumentação, os seguintes aportes podem ser apresentados como considerações finais:

1. O objeto de estudo foi a teoria dos direitos fundamentais, cuja delimitação se deu na medida em que a investigação tratou de carrear argumentos que justifiquem uma interpretação judicial conforme os elementos materiais mais importantes da estrutura normativa do Estado Democrático Constitucional. Assim, primeiramente ficou dito que a Constituição, de acordo com a concepção elaborada pelo constitucionalismo moderno, adquire o *satus* de Lei Fundamental na medida em que se destina à garantia mesma dos direitos da pessoa humana, exigindo que se assumam o seu caráter normativo (juridicidade), antes desconhecido.

2. Os direitos humanos, cuja garantia jurídica se dá pela sua inscrição na Constituição, quando então passam a ser definitivamente denominados de direitos fundamentais, foram tomados como a tradução normativa dos valores da dignidade, liberdade e igualdade, que são conceitos centrais da filosofia prática. Além disso, como parâmetros para avaliação da legitimidade do poder instituído, servem para justificar a forma de organização

política, ou desqualificá-la, se ela viola ou não os garante efetivamente. Desse modo, torna-se válido o conceito de direitos fundamentais como os direitos das pessoas de uma comunidade que se destinam à satisfação das necessidades relativas aos valores da dignidade, liberdade e igualdade, de acordo com as experiências da vida prática que concretizam esses valores, e que devem ser reconhecidos na ordem jurídico-constitucional. Além disso, como elementos construtivos da vida em comunidade organizada, são as prerrogativas que compõem o conceito de cidadão. Por outro lado, os direitos fundamentais encontram na teoria das necessidades a sua fundamentação básica. As necessidades humanas moralmente legítimas constituem os elementos materiais, os dados antropológicos, cuja universalização se submete às condições e pressupostos formais de uma razão prática discursiva, que determina que as normas de ação só são válidas se a elas todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, como participantes de discursos racionais.

3. Quanto à evolução histórica dos direitos fundamentais, ficou claro que eles são construídos através de sucessivas gerações que se entrecruzam, elevando a um nível superior os ideais da dignidade, liberdade e igualdade. Desde os direitos de liberdade até os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, típicos da globalização política na esfera da normatividade jurídica, aponta-se para a institucionalização de um Estado democrático e social de Direito, que garante a efetiva autonomia e liberdade jurídicas através da remoção dos obstáculos fáticos que as impedem. Nesse sentido, a predominância de uma determinada globalização, a do capital financeiro internacional, não pode levar à capitulação de uma política dos direitos humanos efetivamente progressista e emancipatória. Apontou-se, como uma proposta alternativa, a necessidade de se estabelecer um diálogo entre as diversas

culturas de direitos humanos, visando a construção de um constitucionalismo mundial democrático e garantidor das Declarações internacionais de direitos humanos.

4. O tema da cidadania é diretamente vinculado ao dos direitos fundamentais. Estes são os elementos que compõem o conceito de cidadão. Mas, a nova noção de cidadania, superando o antigo conceito eminentemente liberal, implica na concepção de um direito a ter direitos, cuja produção se dá na participação mesma da vida pública. Os Novos Movimentos Sociais (NMSs), sujeitos coletivos preponderantes no espaço público contemporâneo, são as fontes privilegiadas do pluralismo jurídico comunitário, produzindo informalidades normativas que se relacionam com a Constituição formal, expressando sua concepção de dignidade, liberdade e igualdade. Essa tensão é apontada como uma forma de liberar energias revitalizantes da organização democrática, a serem vivenciadas concretamente. Trata-se de uma articulação entre democracia direta, fundada na participação de sujeitos coletivos legítimos (NMSs), e democracia indireta, fundada na representação (a garantia formal do Estado de Direito através da Constituição), tida como indispensável para renovação da teoria democrática.

5. Quanto à positivação dos direitos fundamentais, esse processo foi caracterizado como o momento a partir do qual se pode pensar na vinculação do poder judicial aos elementos materiais expressos na Constituição. Desde que o próprio direito pode ser definido como um sistema de direitos, ou seja, o ordenamento jurídico é um conjunto organizado de direitos, nos quais assumem relevância os direitos fundamentais, a aplicação do direito é uma aplicação de direitos. Trata-se de encarar os princípios que contêm os direitos fundamentais como condições substanciais de valoração do ordenamento jurídico e dos atos

produzidos em sua conformidade. Se os direitos fundamentais têm sede constitucional e as normas jurídicas apresentam um desnível hierárquico, adquirindo validade a partir da observação dos preceitos estabelecidos nas normas superiores, então a interpretação judicial deve implicar no aproveitamento dos significados da lei que sejam compatíveis com as normas constitucionais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos. E se os direitos fundamentais constituem o núcleo material de uma ordem de convivência democrática, a atividade judicial é legitimada na medida em que se sujeita à Constituição e pelo seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

O problema da positivação abre espaço para considerar a teoria jurídica dos direitos fundamentais. Ficou dito que as tradicionais classificações das normas constitucionais não conseguem oferecer respostas suficientes à complexidade técnico-jurídica que envolve o estudo e aplicação dos direitos fundamentais, especialmente porque costumam operar uma cisão entre as diversas espécies de direitos, relegando aos direitos de prestação positiva um *status* secundário frente aos direitos de liberdade e não prevendo soluções para o problema da colisão de direitos. Junto com J. J. Gomes CANOTILHO, anuncia-se a “morte” da expressão *normas constitucionais programáticas* e se considera, com base nos estudos de Ronald DWORKIN e principalmente de Robert ALEXI, como duas espécies de normas diferentes as regras e os princípios.

As normas de direito fundamental, identificadas através de critérios semânticos e pragmáticos (o processo de argumentação jusfundamental correta), apresentam um duplo caráter: conjugam em si, a um só tempo, regra e princípio, pois podem ser ponderadas entre si, como mandados de otimização, cuja medida de cumprimento é dependente das possibilidades reais e jurídicas (dimensão de princípio), mas a partir do peso e

hierarquia de cada uma previamente definidos pelo legislador constituinte (dimensão de regra). O conflito de regras é resolvido no âmbito da validade, com a utilização dos critérios da especialidade, anterioridade e hierarquia. A colisão de princípios é resolvida na dimensão do peso ou importância, através do processo de ponderação, que leva em conta as circunstâncias do caso. Se todas as normas de direito fundamental apresentam duplo caráter, então os diversos tipos de direitos podem ser considerados com o mesmo grau de dignidade jurídica, observando-se as garantias peculiares de cada um, conforme consta no texto constitucional.

7. Por outro lado, a relação dos princípios com os valores, especialmente dos princípios jusfundamentais com os valores da dignidade, liberdade e igualdade, permite identificar a Constituição como um sistema normativo aberto à moral. As informalidades normativas produzidas pelos sujeitos atuantes no espaço público comunitário, especialmente os novos sujeitos coletivos, relacionam-se com a Constituição formal, produzindo e reproduzindo o sentido total da Constituição.

Além disso, os princípios jusfundamentais são os elementos fundantes do sistema jurídico. Já que eles portam conceitos elaborados pela filosofia prática, que trabalha a idéia de justiça, pode-se afirmar que todo o sistema jurídico recebe irradiação desse sentido de justiça emanado do conjunto dos princípios jusfundamentais e dos direitos fundamentais que os traduzem normativamente. Trata-se de reconhecer a influência dos direitos fundamentais em toda a escala normativa, inclusive no âmbito do direito privado, que regulamenta a autonomia privada dos indivíduos. É o que comumente se denomina de *efeito em terceiros* ou *efeito horizontal*, que exige interpretar o ordenamento jurídico, na solução de um caso, a partir do efeito incidente dos direitos fundamentais. Essa descoberta é mais um argumento a favor da necessidade de uma interpretação judicial conformada pelo efeito

irradiante dos direitos fundamentais, como forma de vinculação do direito positivo aos valores da justiça; a irradiação das normas de direitos fundamentais inclui uma irradiação da idéia de justiça em todos os âmbitos do direito.

8. A melhor teoria da interpretação dos direitos fundamentais é a teoria dos princípios, pois resolve muito melhor os problemas acima apontados. Além disso, é uma teoria que não dispensa os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica, principalmente no início do processo, quando ocorre o acesso ao texto jusfundamental. Entretanto, vai mais além, pois se utiliza dos princípios específicos da interpretação constitucional, especialmente do princípio da concordância prática, desenvolvido sob a denominação de ponderação.

Essa teoria resolve ainda o problema da adscrição das normas de direitos fundamentais materiais não escritos. Através da argumentação jusfundamental correta é possível justificar a existência da norma de um direito fundamental não escrito, decorrente do regime, que terá caráter de princípio. Assim fazendo, o direito fundamental material se torna presente no caso a resolver, tanto quanto os direitos já formalmente previstos na Constituição. Ainda, a adscrição de normas de direito fundamental é possível se as necessidades cuja satisfação se reivindica publicamente fazem referência aos valores da dignidade, liberdade e igualdade, possibilidade que conecta a teoria dos princípios com a teoria das necessidades.

Igualmente, a teoria dos princípios se compatibiliza com a método interpretativo da Constituição aberta. Se os princípios dependem, para sua aplicação, além das condições jurídicas, das condições reais, isso quer dizer que no processo de ponderação se fazem valer plenamente argumentos empíricos fornecidos pela realidade constitucional. Ou seja, na interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais participam todos as

potências públicas e privadas da sociedade, sendo o juiz o mediador que conjuga as funções dos diferentes intérpretes, a fim de manter a unidade da Constituição. Nesse sentido, a interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais ganha nítido caráter argumentativo, tópico-retórico, que expressa uma concepção mais democrática do direito e da sociedade. E considerando que o discurso jurídico argumentativo vincula-se à Constituição, como base do discurso, mantém-se, ao mesmo tempo, a força normativa da *constitutio scripta*.

Todos esses fatores não contrariam os postulados da nova filosofia hermenêutica, que entende a aplicação como parte integrante da própria compreensão de algo. A compreensão é sempre produtiva, porque histórica, e o último momento aplicativo se integra à estrutura pré-compreensiva que condiciona a interpretação posterior, mantendo e desenvolvendo os valores jusfundamentais. Estes são os elementos mantidos até o presente, criticamente reconstruídos, que fundamentam a formulação de novos direitos na práxis jurídica e política.

9. Devido à importância jurídico-política dos direitos fundamentais, considerados os elementos que estabelecem o conceito de democracia substancial e de cidadania, além de sua fundamentalidade jurídico-positiva, por se apresentarem como os elementos que se irradiam por todo o sistema jurídico, torna-se possível afirmar a validade de uma interpretação judicial que se conforme a eles. Os argumentos levantados anteriormente tiveram essa intenção: realçar e identificar os temas que compõem o estudo dos direitos fundamentais no sentido de reconhecer sua força conformadora a todos os âmbitos do direito e, portanto, da aplicação do próprio direito.

Salienta-se, assim, que a Constituição apresenta uma superlegalidade formal e material, dada a sua supremacia sobre todas as normas do ordenamento. O controle

de constitucionalidade das leis implica a verificação da compatibilidade entre as normas de nível inferior frente à Constituição. Essa compatibilidade não se refere só a aspectos formais, mas principalmente à conformidade substancial, cujo conteúdo se identifica no conjunto de valores materiais relativos aos direitos fundamentais. Interpretar conforme a Constituição é, sem dúvida, interpretar conforme os direitos fundamentais, de forma a tornar efetiva a irradiação da idéia de justiça a todo o ordenamento jurídico. Trata-se de verificar, criticamente, tendo em vista os desníveis normativos, se os conteúdos das normas infraconstitucionais de fato estão determinados pelas normas hierarquicamente superiores da Constituição. Ou se reinterpreta as leis no sentido constitucional ou se declara sua inconstitucionalidade, no caso de estarem em desconformidade com os valores e sentido de justiça da Constituição.

A interpretação conforme os direitos fundamentais é uma exigência do efeito conformador dos princípios jusfundamentais, pela sua eficácia ante terceiro, ou eficácia horizontal. É também decorrente da interpretação sistemática do direito, pois nesta procura-se vincular as atividades jurídicas no sentido de manter a unidade do sistema, cujas normas nucleares são os princípios jusfundamentais. Finalmente, representa uma aplicação da interpretação construtiva do direito, de acordo com a teoria dos princípios dworkiana, pois se os princípios jusfundamentais são os elementos estruturadores de uma comunidade política, das decisões judiciais se exige a continuidade desse esquema de princípios, como forma de aplicação justa do direito.

10. Por fim, do ponto de vista da legitimidade do poder judiciário para realizar uma interpretação conforme os direitos fundamentais, ficou reconhecido que, se esse poder não porta uma legitimidade originada do voto popular, torna-se obrigatório declarar que

ele só é legítimo se atua na garantia efetiva daqueles elementos definidores da democracia, que são os próprios direitos fundamentais. Trata-se de uma legitimidade funcional, porque concorre para a manutenção e garantia da democracia. Comumente se observa que o poder judiciário não cumpre perfeitamente essa função, pois muitas vezes simplesmente ignora os valores plasmados nos princípios jusfundamentais. Ora, se há um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior, como diz FERRAJOLI, então o controle judicial dos atos legislativos, através de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, é um controle para garantia daquilo que o legislador constituinte considerou como os elementos definidores da democracia, da maneira como se encontram estabelecidos na Constituição.

A sujeição do juiz aos direitos fundamentais é o principal fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do poder judiciário, o que implica o exercício do controle judicial dos atos legislativos e executivos. Controle, aliás, tido como indispensável para a garantia dos próprios direitos fundamentais, desde Montesquieu.

Dessa forma, construiu-se um discurso que pretende tornar patente que o estudo e a aplicação do direito não podem ficar desvinculados da noção de direitos humanos fundamentais. Visualizar os direitos dessa forma é conceber o ordenamento jurídico não só como um sistema de regras jurídicas vinculantes, que se remetem umas às outras, mas como um conjunto de direitos sistematicamente organizado, cujo fundamento é a concretização das condições que tornam possível a convivência em uma comunidade democrática: os direitos fundamentais.

Parece que ficou claro que a linguagem dos direitos é uma das maiores conquistas da época moderna, pois rompe com a linguagem dos privilégios. Os direitos

humanos devem ser considerados a origem do direito moderno e do atual Estado democrático de Direito. São a origem, portanto, da própria estrutura do poder institucionalizado. Assim, o poder judiciário é vinculado aos conjunto dos direitos fundamentais que os sujeitos se atribuem reciprocamente, pois é nesse processo que nasce o próprio ordenamento jurídico. Uma estrutura social que se queira legítima haverá de ser inscrita com base nesses direitos e, portanto, uma medida de justiça possível para as decisões judiciais pode ser encontrada no conjunto desses elementos materiais determinantes da vida comunitária moderna.

Realizar o ideal registrado nas Constituições modernas é, dessa forma, uma tarefa também do poder judiciário, na medida em que sua atuação só encontra fundamento legítimo quando se direciona à garantia dos direitos fundamentais. Trata-se de uma obrigação constitucional, a de que todos os poderes, inclusive o judiciário, realizem as promessas de uma comunidade que instituiu um Estado social e democrático de Direito, concretizando os direitos fundamentais.

A atividade judicial que se distancia dessa prática, exercendo o poder de maneira estritamente técnica e legalista, simplesmente não se justifica. Nas tarefas do judiciário certamente se inclui a da resolução de conflitos, de acordo com a ordem jurídica positiva. Mas não só. A resolução das lides deve ocorrer na perspectiva da garantia e construção da democracia, pois ao judiciário igualmente cabe a defesa de uma ordem jurídica que de fato garanta os termos de uma convivência democrática, justa, livre e igual. Se isso não ocorre, cumpre reconhecer a validade da frase do escritor, que diz: *a impaciência também tem os seus direitos* (Raduan Nassar, *Lavoura Arcaica*, p. 90). Mas isso seria tema para outra dissertação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría da la fundamentación jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Introdução a "corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción"*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *Modernidade e racionalidade do direito constitucional*. In-: ARRUDA JR., Edmundo Lima (Org.). *Razão e racionalidade jurídica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ARISTÓTELES. *A política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*. Madrid: Civitas, 1990.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Teoria geral do constitucionalismo*. In-: Revista de Informação Legislativa, ano 23, nº 91. Brasília: Senado Federal, julho-setembro/1986, p. 03-62.

BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. Trad. de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, 300 p.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3ª ed. atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizione di Comunità, 1977.

_____. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. Trad. Luiz Sérgio Henriques e Carlos Néelson Coutinho. 2ª ed. 1ª reimp. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Brasiliense, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apres. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, rev. téc. de Cláudio de Cicco. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Direito constitucional*. 6ª ed. rev. Reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

_____ & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CHUEIRI, Vera Karam. *A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin*, mimeo, s.d.

COELHO, Edihermes Marques. *Apontamentos para uma idéia de sistema constitucional (a partir do pensamento sistemático de Claus-Wilhelm Canaris)*. Dissertação de Mestrado apresentada no CPGD/UFSC, em agosto/1995.

COMANDUCCI, Paolo. *Legal principles and the indeterminacy of law*. In-: CD-ROM do XVIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Filosofia do Direito e de Filosofia Social. Buenos Aires - La Plata: Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A nova cidadania*. In-: Lua Nova - Revista de Cultura e Política, nº 28/29. São Paulo: CEDEC, 1993, p. 85-106.

CRAMPE-CASNABET, Michèle. *Kant: uma revolução filosófica*. Trad. de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

CUPANI, Alberto. *A hermenêutica ante o positivismo*. In-: MANUSCRITO: Revista Intertacional de Filosofia do Centro de Lógica, Epistemologia e História da Ciência. Vol. IX, nº 1. Campinas: UNICAMP, abril/1986, pp. 75-100.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

DAGNINO, Evelina. *Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania*. In-: Anos 90: Política e Sociedade no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 103-115.

DOBROWOLSKI, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo*. In-: SEQUÊNCIA: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC (Estudos Jurídicos e Políticos). Nº 31. Florianópolis: UFSC, dezembro/1995, pp. 92-101.

DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Trad. de Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa, 1988.

_____. *Los derechos em serio*. 2ª ed. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994.

FARIA, José Eduardo. *O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*. In-: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 93-112.

FELIPE, Sônia T. (org. e int.). *Justiça como equidade: fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)*. Florianópolis: Insular, 1998.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón: teoría del garantismo penal*. Prol. de Norberto Bobbio. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basaco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

_____. *O direito como sistema de garantias*. Trad. de Eduardo Maia Costa. In-: O novo em direito e política. José Alcebíades de Oliveira Júnior (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-109.

FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FREITAG, Bárbara. *Habermas e a filosofia da modernidade*. In-: PERSPECTIVAS - Revista de Ciências Sociais da UNESP, vol. 16. São Paulo: UNESP, 1993, p. 23-45.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Constituição como norma*. In-: Revista de Direito Público, nº 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho/1986, p. 05-17.

_____. *Hermenéutica e supremacia constitucional: el principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento*. In-: Revista de Direito Público, nº 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março/1986, p. 33-38.

GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel. *Poder judicial y estado social: legalidad y resistencia constitucional*. In-: *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Perfecto Andrés Ibáñez (org.). Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 59-84.

GUEDES, Néviton de Oliveira Batista. *Para uma crítica à concretização das normas constitucionais a partir de José Joaquim Gomes Canotilho*. Dissertação de Mestrado em Direito apresentada ao CPGD/UFSC, em 1995.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol I*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HELLER, Ágnes. *Más allá de la justicia*. Trad. de Jorge Vigil. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1994.

_____. *Una revisión de la teoría da las necesidades*. Trad. de Ángel Rivero Rodríguez. Barcelona: Paidós, 1996.

_____ & FEHÉR, Ferenc. *Políticas de la postmodernidad: ensaios de crítica cultural*. 2ª ed. Trad. de Montserrat Gurguí. Barcelona: Península, 1994.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HERRERA FLORES, Joaquin. *A propósito de la fundamentación de los derechos humanos y de la interpretación de los derechos fundamentales*. In-: Revista de Estudios Políticos, nº 45. Madrid: Nueva Época, maio-junho/1985, p. 177-212.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Intro. e trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOBBSAWN, Eric. *Ecos da marsehesa: dois séculos revêem a revolução francesa*. Trad. de Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Trad. de Marco Antônio de A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural (Coleção os Pensadores), 1980.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1ª reim. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Pref. de Aurélio Wander Bastos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997.

LEFORT, Claude. *Direitos do homem e política (A invenção democrática: os limites da dominação totalitária)*. Apres. de Marilena Chauí. Trad. de Isabel Marva Loureiro. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LESBAUPIN, Ivo. *As classes populares e os direitos humanos*. Petrópolis: Vozes, 1984.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo* (Coleção os Pensadores).

MACEDO, Ubiratan Borges de. *Liberalismo e justiça social*. São Paulo: IBRASA, 1995.

MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. *Direitos humanos: evolução histórica*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 74/75. Belo Horizonte: UFMG, 1992, p. 91-121.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Introd. do Prof. Phillip C. Schmitter. Trad. de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARX, Karl. *A questão judaica*. 2ª ed. São Paulo: Moraes, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antigo y moderno*. Trad. de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, vol. IV: direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Espírito das leis*. Apres. de Renato Janine Ribeiro. Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MÜLLER, Friedrich. *Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem*. Trad. de Peter Naumann. In: Anais da XV Conferência Nacional da OAB. São Paulo: JBA Comunicações, 1995, p. 535-545.

NASSAR, Raduan. *Lavoura arcaica*. 3ª ed. rev. 6ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. de Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____ & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1994.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. 1ª ed. 1ª reimp. Madrid: Debate, 1994.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo*. In-: Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar. Agostinho Ramalho Marques Neto (org.). Curitiba: Edibej, 1996, p. 81-113.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. de Sérgio René Madero Báez. 1ª reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____. *Uma teoria da justiça*. Int. e Trad. de Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981.

_____. *Sobre las libertades*. Trad. de Jorge Vigil Rubio. Barcelona: Paidós, 1990.

RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*. Trad. de Artur Morão. Porto: Porto Editora, 1995.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *A reforma do poder judiciário*. in-: Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, março/98, p. 159-176.

ROCHA, Leonel Severo. *Direito, complexidade e risco*. In-: SEQUÊNCIA: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC (Estudos Jurídicos e Políticos). Nº 28. Florianópolis: UFSC, junho/94.

ROTH, André-Noël. *O direito em crise: fim do estado moderno?* In-: Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas. José Eduardo Faria (org.). São Paulo: Malheiros, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social (e outros escritos)*. Introd. e trad. de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. *Os direitos fundamentais*. In-: Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 82. Belo Horizonte: UFMG, janeiro/1966, p. 15-69.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1996.

_____. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. In-: Lua Nova - Revista de Cultura e Política, nº 39. São Paulo: CEDEC, 1997, p. 105-124.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Reimp. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s.d.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?* Org. e Introd. de Aurélio Wander Bastos, Pref. de José Ribas Vieira, Trad. de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e amp. 3ª tir. São Paulo: Malheiro Editores, 1993.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Trad. de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Org. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forente Universitária, 1991.

SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José. *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*. In-: Revista de Estudios Políticos, nº 71. Madrid: Nueva Época, 1991, p. 87-109.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

VICTORIA CAMPS. *Introdução a “sobre las libertades” de John Rawls*. Barcelona: Paidós, 1990.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Reimp. Trad. de Luis Díez-Picazo. Madrid: Taurus, 1986.

WEFFORT, Francisco. *A cidadania dos trabalhadores*. In-: *Direito, cidadania e participação*. Bolivar Lamounier (org.). São Paulo: Queiróz, 1981, p. 139-150.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.

_____. *Sobre a teoria das necessidades: a condição dos “novos” direitos*. In-: *Alter Ágora - Revista do Curso de Direito da UFSC*, nº 1. Florianópolis: UFSC, maio/1994, p. 42-47.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.