

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

CARLOS ROBERTO GALVÃO BARROS

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E EFICÁCIA
DOS DIREITOS SOCIAIS

NATAL

2007

CARLOS ROBERTO GALVÃO BARROS

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E EFICÁCIA
DOS DIREITOS SOCIAIS

Dissertação apresentada ao Departamento de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. D Jason Barbosa da Cunha

NATAL

2007

CARLOS ROBERTO GALVÃO BARROS

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E EFICÁCIA
DOS DIREITOS SOCIAIS

Dissertação apresentada ao Departamento de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área Constituição e Garantia de Direitos.

Aprovado em 06/06/2007.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Professor Doutor D Jason Barbosa da Cunha
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN

Membro: Professor Doutor Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN

Membro: Professor Doutor Vladimir da Rocha França
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN

Dedico este trabalho às pessoas que sempre estiveram me apoiando em todos os momentos e que me fazem feliz todos os dias, são eles: meu pai, **Francisco Luciano Bandeira Barros**, minha mãe, **Zélia Maria Galvão Barros**, e minha esposa, **Larissa Martins Lins Bahia Barros**.

AGRADECIMENTOS

Aos Professores, que durante todo período do Mestrado contribuíram sobremaneira com ensinamentos valiosos que guardarei para o resto de minha vida.

Ao professor orientador Djason Barbosa da Cunha, com quem tive a oportunidade de discutir e principalmente aprender com suas relevantes orientações.

A minha esposa, irmã e sobrinhos, pela paciência que tiveram durante todo período em que me dediquei a esta vitória.

E a Deus, pela vida e pela oportunidade que infelizmente no nosso país poucos ainda têm.

RESUMO

A presente pesquisa tem, como objetivo geral, buscar uma hermenêutica constitucional voltada para a melhoria de eficácia das normas de direitos sociais, com a finalidade de solucionar os problemas decorrentes do quadro geral de inefetividade destas, que estão dispostas na Constituição, em sua ampla maioria, como normas meramente programáticas. Partindo da premissa de que nenhuma norma da Constituição pode ficar sem ser concretizada e de que o verdadeiro desenvolvimento do Estado é o social (fulcrado nos princípios da liberdade, igualdade e solidariedade), será demonstrado que os argumentos a favor da ineficiência legislativa configuram um verdadeiro golpe no Estado Democrático de Direito brasileiro. Para isso, far-se-á, preliminarmente, um estudo dos direitos fundamentais, categoria jurídica onde se encontra os direitos sociais. A seguir, será analisada a hermenêutica das normas jurídicas, com ênfase para as especificidades da hermenêutica constitucional e seus métodos de interpretação. Por último, será estudado o aspecto da melhoria de eficácia e da efetividade dos direitos sociais, através de uma nova leitura de certos dogmas que ainda persistem no mundo jurídico, destacando-se ainda os institutos da reserva do possível e do mínimo existencial. Diante disso, após a verificação dos novos paradigmas da atividade interpretativa, será demonstrado como é possível se obter uma otimização de eficácia dos direitos sociais.

Palavras-chave: Hermenêutica constitucional. Eficácia. Direitos sociais.

RESUMEN

La presente investigación tiene, como objetivo general, la búsqueda de una hermenéutica constitucional direccionada a la mejoría de la eficacia de las normas de derechos sociales, con el fin de solucionar los problemas oriundos del cuadro general de su falta de efectividad, que se encuentran en la Constitución brasileña, en su amplia mayoría, como normas meramente programáticas. Partiendo de la premisa de que ninguna norma constitucional puede quedarse sin ser concretizarse y de que el verdadero desarrollo del Estado es lo social (sostenido en los principios de libertad, igualdad y solidaridad), será demostrado que los argumentos a favor de la ineficiencia legislativa configuran un verdadero golpe al Estado Democrático de Derecho Brasileño. Así que se hará, preliminarmente, un estudio de los derechos fundamentales, categoría jurídica donde se encuentran los derechos sociales. En seguida, será analizada la hermenéutica de las normas jurídicas, con énfasis en las especificidades de la hermenéutica constitucional y los sus métodos de interpretación. Por último, se estudiará el aspecto de la mejoría de la eficacia y de la efectividad de los derechos sociales, a través de una nueva lectura de ciertos dogmas que todavía perduran en el mundo jurídico, destacándose todavía los institutos de la reserva del posible y del mínimo existencial. Frente a lo expuesto, después de la verificación de los nuevos paradigmas de la actividad interpretativa, será demostrado como es posible obtener una optimización de la eficacia de los derechos sociales.

Palabras Claves: Hermenéutica constitucional. Eficacia. Derechos sociales.

ABSTRACT

The present research has, as general objective, to seek a constitutional hermeneutics directed toward the improvement of the efficacy of the social rights rules, with the purpose to solve the elapsins problems from the general picture of its inefficiency, which are disposed on the Constitution, in its ample majority, as mere regular norms. Leaving of the premise that no Constitutional norm can be without being materialized and the true development of the State is it the social one (based on the principles of freedom, equality and solidarity), it will be demonstrated that the arguments in favor of the legislative inefficiency configure a true blow on the Democratic State of Brazilian Law. For this, it will be done, preliminarily, a study of the basic rights, legal category where it is found the social rights. To follow, it will be analyzed the hermeneutics of the legal norms, with emphasis on the specifics of the constitutional hermeneutics and its methods of interpretation. Finally, the aspect on the improvement of efficacy and the effectiveness of the social rights will be studied, through a new readind of certain dogmas that still persist in the legal world, being distinguished the institutiones of the reserve of the possible and the existential minimum. Ahead of this, after verifying the new paradigmas of the interpretable activity, will be demonstrated how it is possible to get an upgrade on the effectiveness of the social rights.

Key words. Constitutional hermeneutics. Efficacy. Social rights.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	10
2 - TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
2.1. FUNDAMENTOS BÁSICOS E DIMENSÕES.....	16
2.1.1. Distinções conceituais entre direitos humanos e direitos fundamentais	16
2.1.2. Concepção material e formal dos direitos fundamentais	20
2.1.3. Dimensões dos direitos fundamentais	24
2.1.3.1. Direitos fundamentais de primeira geração.....	24
2.1.3.2. Os direitos fundamentais de segunda geração.....	26
2.1.3.3. Direitos fundamentais de terceira geração.....	29
2.1.3.4. Direitos fundamentais de quarta geração.....	30
2.2. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	31
2.2.1. Historicidade	32
2.2.2. Universalidade	34
2.2.3. Relatividade	36
2.2.4. Constitucionalização	37
2.2.5. Outras características	38
2.3. MULTIFUNCIONALIDADE E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	40
2.3.1. Multifuncionalidade dos direitos fundamentais	40
2.3.2. Eficácia objetiva e subjetiva dos direitos e garantias fundamentais	42
2.3.2.1. Eficácia subjetiva dos direitos fundamentais.....	43
2.3.2.2. Eficácia objetiva dos direitos fundamentais.....	45
2.4. CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	48
2.4.1. Os direitos fundamentais como direitos de defesa	49
2.4.1.1. Direitos individuais e coletivos.....	51
2.4.1.2. Direitos fundamentais sociais como direitos de defesa.....	52
2.4.1.3. As garantias fundamentais (direitos-garantias e garantias institucionais).....	53
2.4.2. Os direitos fundamentais como direitos a prestações	55
2.4.2.1. Direitos a prestações materiais.....	56
2.4.2.2. Direitos a prestações jurídicas.....	58
2.4.2.3. Direitos fundamentais à participação.....	59

3 - HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	61
3.1. A HERMENÊUTICA DAS NORMAS JURÍDICAS.....	61
3.1.1. O conhecimento do objeto e a neutralidade da interpretação	61
3.1.2. A aplicação e a hermenêutica: os vários resultados possíveis	63
3.1.3. Hermenêutica, interpretação e aplicação	64
3.2. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	66
3.2.1. Especificidades da interpretação constitucional	66
3.2.2. Aspecto político das normas constitucionais	68
3.2.3. Equilíbrio entre o político e o jurídico	69
3.3. METÓDICA CONSTITUCIONAL.....	71
3.3.1. Métodos modernos de interpretação constitucional	71
3.3.1.1. Método tópico.....	71
3.3.1.2. Método hermenêutico-concretizador.....	75
3.3.1.3. Método científico-espiritual.....	78
3.3.1.4. Método normativo-estruturante.....	80
3.3.1.5. O método mais adequado e os limites da interpretação constitucional.....	82
3.4. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	84
3.4.1. Os princípios como normas jurídicas	87
3.4.2. Diferenças entre princípios e regras	89
3.4.2.1. Princípios e regras em Dworkin.....	89
3.4.2.2. Princípios e regras em Alexy.....	91
3.4.2.3. Princípios e regras em Canotilho.....	94
3.4.3. Princípios de interpretação constitucional	96
3.4.3.1. Princípio da unidade da Constituição.....	97
3.4.3.2. Princípio do efeito integrador.....	98
3.4.3.3. Princípio da máxima efetividade.....	99
3.4.3.4. Princípio da justeza ou da conformidade funcional.....	100
3.4.3.5. Princípio da concordância prática ou da harmonização.....	101
3.4.3.6. Princípio da força normativa da Constituição.....	102
3.4.3.7. Princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição.....	103
3.4.3.8. Princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade.....	104

4 - EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS.....	108
4.1. O PAPEL DOS JUÍZES PARA A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS.....	110
4.1.1. A supervalorização do princípio da legalidade.....	111
4.1.2. O Princípio da Separação dos Poderes e o mito do legislador positivo.....	113
4.2.. EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS.....	120
4.2.1. Classificação das normas constitucionais quanto à eficácia jurídica.....	121
4.2.2. Eficácia das normas programáticas de direitos sociais.....	123
4.2.2.1. O pensamento de Canotilho.....	124
4.2.2.2. Concretização de acordo com a realidade brasileira.....	128
4.3. EFETIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS.....	137
4.3.1. O § 1º do artigo 5º da Constituição Federal.....	132
4.3.2. Efetividade dos direitos sociais de defesa.....	138
4.3.3. Efetividade dos direitos sociais à prestação.....	142
4.3.3.1. A reserva do possível.....	144
4.3.3.2. O mínimo existencial.....	147
5 - CONCLUSÃO.....	152
REFERÊNCIAS.....	157

1 - INTRODUÇÃO

Sabe-se que atualmente um dos principais problemas do Direito Constitucional se encontra na concretização de suas normas. Concebidas em sua grande maioria como programáticas, tendo, outrossim, conteúdo extremamente geral e abstrato, estas, em sua maior parte, necessitam de uma outra que lhes desenvolva a eficácia, ficando sem quase nenhum efeito até que o Parlamento edite esta outra norma complementar.

Entretanto, nem sempre o legislador infraconstitucional cumpre o seu mister de desenvolver a eficácia normativa da Constituição, o que acaba gerando uma frustração da sociedade, vez que os valores que ela concebe e deseja verem efetivados ficam meramente no discurso ideológico.

Por outro lado, aproveitando-se da inércia legislativa, o Poder Executivo Federal deixa de implementar muitos direitos sociais nela consignados, como, por exemplo, educação e saúde. Para isso, utiliza-se de inúmeros argumentos, tais como a escassez de recursos financeiros do Estado e o princípio da separação dos poderes.

Como se não bastasse, o Supremo Tribunal Federal encampa teses, ainda bastante tímidas, diante da falta de atuação do legislador muitas vezes supervalorizando a lei ao invés da Constituição e apenas cientificando o Executivo ou o Legislativo de sua omissão.

Para agravar ainda mais a situação, existe ainda uma certa relutância em superar o positivismo formalista, que através de argumentos estritamente técnicos encara o problema como simples impossibilidade jurídica de concretização do texto constitucional, colocando, assim, a lógica acima dos valores, a técnica acima da soberania popular.

Assim, procurando soluções para esse quadro geral de inefetividade das normas constitucionais, é que o presente trabalho tem como objeto de estudo o seguinte tema: *a hermenêutica constitucional e a eficácia dos direitos sociais*.

De acordo, pois, com o tema proposto, os problemas fundamentais que este trabalho procurou solucionar foram os seguintes:

1. Qual a hermenêutica adequada para desenvolver e otimizar a eficácia das normas de direitos sociais da Constituição Federal de 1988?
2. Como escapar do positivismo formalista, que ainda impera nos mais diversos tribunais do país, sem que se caia na armadilha oposta da criação de argumentos extremamente flexíveis que acabam por exaurir a força normativa da Constituição?
3. Quais são os novos paradigmas que devem ser seguidos pelos juízes e doutrinadores para aumentar a eficácia das normas de direitos fundamentais sociais?

Assim, diante dos problemas elencados acima, procurou-se formular certas hipóteses para a sua resolução.

A primeira hipótese é que somente uma hermenêutica que atenda às especificidades das normas constitucionais, mormente as que versam sobre os direitos fundamentais, é que será capaz de solucionar a problemática da eficácia dos direitos sociais.

É que a interpretação constitucional se diferencia da interpretação das demais normas jurídicas em muitos aspectos, em razão da hierarquia e da necessidade de legitimidade da Constituição, da variabilidade e aplicabilidade de suas normas, das suas peculiaridades semânticas e, principalmente, do seu caráter político.

Somente uma hermenêutica que se atenha a essas especificidades é capaz de dar respostas adequadas à otimização de eficácia das normas de direitos sociais.

Como segunda hipótese, para escapar do positivismo formalista, mister se faz que o intérprete utilize métodos modernos de interpretação constitucional, que se atenham muito mais à tarefa de concretização da Constituição do que aos argumentos lógicos.

Fez-se, para isso, uma análise dos modernos métodos pós-positivistas - tais como a tópica, o hermenêutico-concretizador, o científico-espiritual e o normativo-estruturante - a fim de demonstrar que são muito mais adequados do que os métodos clássicos de interpretação das normas constitucionais (método lógico, sistemático, histórico e teleológico)

Como terceira hipótese, na busca de novos paradigmas, devem os operadores do Direito quebrar certos dogmas, até então tidos praticamente como sagrados e inquebrantáveis pela jurisprudência e doutrina.

É que o referido princípio continua a ser interpretado equivocadamente, sendo utilizado para sistematicamente negar ao Judiciário a possibilidade de controlar inúmeros atos do Poder Executivo e do Legislativo que atentam contra a Constituição.

Isto faz com que muitos dos direitos sociais previstos na Carta Magna fiquem sem tutela, sob o argumento de que o Judiciário não pode se intrometer nos atos dos demais poderes, mesmo quando estes violem flagrantemente a Constituição.

É pensando nisso que o presente trabalho visou trazer à discussão a questão da eficácia das normas que versam sobre os direitos fundamentais sociais, considerando diversas variáveis, tais como a cultura jurídica brasileira, ainda apegada ao formalismo positivista, e os fatores culturais, políticos e econômicos da sociedade brasileira que dificultam a efetivação da Constituição Federal.

O objetivo geral, portanto, foi buscar uma hermenêutica constitucional voltada para a melhoria de eficácia destas normas, com a finalidade de solucionar os problemas sociais decorrentes deste quadro geral de inefetividade.

Por outro lado, os objetivos específicos foram:

1. Analisar a teoria dos direitos fundamentais sociais, mostrando os seus fundamentos básicos, a perspectiva histórica destes direitos, as características e as estruturas das normas que versam sobre direitos fundamentais.
2. Verificar as especificidades das normas constitucionais, assim como os métodos modernos de interpretação constitucional, mostrando, outrossim, qual o método mais adequado.
3. Mostrar a força normativa dos princípios, bem como a sua importância para uma hermenêutica constitucional voltada para a otimização de eficácia das normas de direitos sociais.
4. Avaliar o papel dos juízes na superação de certos dogmas, tidos até então como inquebrantáveis, e o que eles podem fazer para a construção de uma hermenêutica otimizada dos direitos sociais.

5. Demonstrar que o argumento da ausência de disponibilidade financeira (conhecida como reserva do possível) não pode ser utilizado indiscriminadamente para a escusa do cumprimento das normas de direitos sociais.

São vários, portanto, os objetivos a que esse trabalho se propôs, sempre na busca de uma hermenêutica voltada para solucionar o problema da falta de concretização dos direitos sociais, cuja inércia em sua realização tem gerado uma verdadeira descrença na Constituição e uma verdadeira perda de direitos subjetivos. Tudo isso sem falar no atraso cultural e econômico que acarreta ao país a falta de implementação desta espécie de direitos fundamentais.

A própria problemática da efetivação das normas de direitos fundamentais sociais já justificou por si só a presente dissertação, que se pautou pelo equilíbrio e pela busca incessante de respostas adequadas para a sua efetivação.

Considerando que nenhuma interpretação é neutra, absoluta e nem muito menos atemporal, pois espelha o nível de conhecimento da sociedade e a realidade concreta de cada época, bem como as crenças e os valores do intérprete, este trabalho tentará superar os obstáculos culturais, econômicos e políticos para a proteção e eficácia dos direitos fundamentais, porquanto como já dizia Bobbio: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”¹.

No que se refere à opção metodológica, foi utilizado o método hipotético-dedutivo de prova, na linha de Karl Popper, segundo o qual uma hipótese só admite prova empírica tão somente após haver sido formulada.

De acordo com este método científico, para que uma teoria seja considerada consistente, será necessário submetê-la a rigoroso processo de falseamento, ou seja, de verificação empírica das hipóteses de modo a corroborá-las ou refutá-las².

Assim, as teorias são submetidas a uma prova crítica e selecionadas após os resultados obtidos. A partir de uma idéia nova, formulada conjecturalmente e ainda não justificada de algum modo – antecipação, hipótese, sistema teórico ou algo análogo – podem-se tirar conclusões por meio de dedução lógica. Essas conclusões são em seguida

¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24

² POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1972, p. 14.

comparadas entre si e com outros enunciados pertinentes, de modo a descobrir que relações lógicas existem no caso³.

Há, em primeiro lugar, a comparação lógica das conclusões umas às outras, com o que se põe à prova a coerência interna do sistema para se saber se existem contradições. Após, passa-se à investigação lógica dessa teoria, com o objetivo de determinar se ela apresenta o caráter de uma teoria empírica ou científica, ou se é, por exemplo, tautológica. Em terceiro lugar, vem a comparação com as outras teorias, sobretudo com o objetivo de determinar se a teoria representará um avanço de ordem científica, no caso de passar satisfatoriamente as várias provas. Finalmente, há a comprovação da teoria por meio de aplicações empíricas das conclusões que dela se possam deduzir⁴.

Com relação à estrutura, destaque-se que o trabalho, além da Introdução e da Conclusão, apresenta, em linhas gerais, a seguinte:

Na primeira seção, far-se-á, preliminarmente, um estudo dos direitos fundamentais, mostrando o seu conceito, dimensões e a sua evolução no transcorrer do tempo, sua multifuncionalidade e eficácia objetiva e subjetiva, bem como as características essenciais das normas que versam sobre esses direitos, que os diferencia das demais categorias normativas.

Destaca-se, ainda, nesta primeira seção, a classificação que se tem destes direitos para, a partir desta, demonstrar a eficácia e o núcleo essencial de sua concretização.

Na segunda seção, será analisada, preliminarmente, a hermenêutica das normas jurídicas, que envolve, entre outras questões, a neutralidade do intérprete, os vários resultados possíveis da atividade interpretativa e as diferenças entre hermenêutica, interpretação e aplicação.

A seguir, ainda nesta seção, será vista a hermenêutica das normas constitucionais, suas especificidades e o caráter político dessas normas, a necessidade de equilíbrio entre o jurídico e o político, bem como os métodos modernos de interpretação constitucional, analisando, outrossim, os limites desta atividade interpretativa e qual o método mais adequado para a melhoria de eficácia das normas de direitos sociais.

³ Ibidem, p. 15.

⁴ Ibidem, p. 15

Por fim, na terceira seção, será estudado o aspecto da melhoria de eficácia dos direitos fundamentais sociais. Para isso, far-se-á, de antemão, uma releitura de certos dogmas, como a supervalorização do princípio da legalidade e a separação dos poderes.

Após, será analisado o problema da eficácia jurídica das normas constitucionais, com ênfase para as normas programáticas. Em particular quanto a estas, será abordada a mudança de pensamento de Canotilho quanto ao caráter vinculativo destes tipos de normas, para se saber se a atual posição deste doutrinador é aplicável à realidade brasileira.

Ao final, far-se-á uma explanação sobre a eficácia das normas direitos de direitos fundamentais sociais, levando-se em consideração a reserva do possível e o mínimo existencial.

2 - TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. FUNDAMENTOS BÁSICOS E DIMENSÕES

2.1.1. Distinções conceituais entre direitos humanos e direitos fundamentais

Preliminarmente, antes de se analisar as dimensões dos direitos fundamentais, far-se-á um estudo de sua terminologia, já que não existe ainda um consenso acerca da terminologia adequada para expressá-los. Isto porque, na doutrina e no direito positivo (constitucional ou internacional), várias denominações têm sido utilizadas como sinônimos.

Assim é que não raro se encontra o uso indiscriminado constante dos termos direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais⁵.

Some-se a isto o fato de que praticamente não existem diferenças ontológicas entre esses termos, porquanto todos se ligam à idéia de direitos que por sua natureza pertencem ao gênero humano, fundamentados nas idéias de liberdade e dignidade inerentes a todos os homens.

Sem embargo, porém, do uso freqüente destas expressões, o fato é que a moderna doutrina constitucional “vem rechaçando progressivamente a utilização de termos como ‘liberdades públicas’, ‘liberdades fundamentais’, ‘direitos individuais’ e ‘direitos públicos subjetivos’, ‘direitos naturais’, ‘direitos civis’, assim como suas variações”⁶.

Para Sarlet, isto se deve ao fato de que estão divorciados do estágio atual de evolução do Estado Democrático de Direito e na sua flagrante insuficiência no que

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33.

⁶ Ibidem, p. 34.

concerne a sua abrangência, atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais⁷.

Segundo este autor, a distinção mais relevante se apresenta entre os termos direitos fundamentais e direitos humanos, sendo de se assinalar que, de certa forma, os direitos fundamentais são também direitos humanos, porquanto seu titular será sempre o gênero ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado, etc)⁸.

Já para Bonavides, “a primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente?”⁹. É que tem havido na literatura jurídica o uso promíscuo de tais denominações,

ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães¹⁰.

A questão, longe de ser meramente terminológica e acadêmica, tem uma enorme importância prática, porquanto o uso do termo correto possibilita a interpretação e aplicação adequada das normas de direitos fundamentais e/ou direitos humanos. É o que ressalta Sarlet:

De qualquer modo, cumpre destacar, antes de prosseguirmos, que se é certo que não pretendemos hispostasiar a relevância deste ponto, também não podemos passar ao largo do mesmo, seja pelo fato de estarmos diante de um aspecto a respeito do qual existe uma ampla discussão na doutrina, seja pelas conseqüências de ordem prática (especialmente no que diz com a interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais e/ou direitos humanos) que podem ser extraídas da questão. De fato – como pretendemos demonstrar minimamente – não se

⁷ Ibidem, p. 34-35.

⁸ Ibidem, p. 35.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 514.

¹⁰ Ibidem, p. 514.

cuida de uma mera querela acadêmica entre teóricos que não têm mais o que fazer¹¹.

Caminhando neste sentido, acentuando, porém, as projeções ou conseqüências dessa distinção na experiência prática, assim se pronuncia Luño:

Deste modo, a projeção das noções expostas às hipóteses da experiência prática permite advertir que, enquanto é plenamente legítimo e correto denunciar como exemplos de violação dos direitos humanos os crimes da Alemanha nazista, o apartheid da África do Sul ou as negações das liberdades políticas e sindicais tidas no Chile de Pinochet e na Polônia de Yaruzelski, carece de sentido fazê-lo apelando aos direitos fundamentais, já que nenhum desses sistemas políticos reconhecia ou reconhece tais direitos em seu ordenamento jurídico positivo¹².

Para Luño, os direitos fundamentais são aqueles positivados nos textos constitucionais. Surgem a partir do processo de positivação dos direitos naturais, que tem os direitos humanos, positivados nos tratados internacionais, como ponto de partida¹³.

Assim, como critério para distinção, propõe o grau de concreção destes direitos, posto que a expressão direitos humanos é um conceito de contornos mais amplos e imprecisos, ao passo que os direitos fundamentais têm um sentido mais preciso e estrito, já que só descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídicas e institucionalmente reconhecidos pelo Direito positivo¹⁴.

Aproximando-se de Luño, Ferrajoli assevera que os direitos fundamentais são direitos subjetivos que as normas de um dado ordenamento jurídico atribuem, de forma universal, a todos, por serem pessoas ou cidadãos¹⁵.

¹¹ Op. cit., p. 35.

¹² LUÑO, Antônio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 47-48, tradução nossa. Texto original: “De este modo, la proyección de las nociones expuestas a supuestos de la experiencia práctica permite advertir que, mientras es plenamente legítimo y correcto denunciar como ejemplos de violación de los derechos humanos los crímenes de la Alemania nazi, el apartheid de Sudáfrica, o la negación de las libertades políticas y sindicales que tienen lugar en el Chile de Pinochet e la Polónia de Jaruzelski, carece de sentido hacerlo apelando a los derechos fundamentales, ya que ninguno de estos sistemas políticos reconocía o reconoce en su ordenamiento jurídico positivo tales derechos.”

¹³ Ibidem, p. 43-44.

¹⁴ Ibidem, p. 47.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trota, 2001, p. 287.

De modo geral, pode-se dizer, então, que direitos humanos é uma expressão utilizada em relação aos direitos e liberdades previstos em tratados internacionais. É um termo internacionalista dos direitos fundamentais.

Já os direitos fundamentais podem ser conceituados como o conjunto de normas que cuidam dos direitos e liberdades garantidos institucionalmente pelo direito positivo de determinado Estado. Devem, portanto, sua denominação ao caráter básico e fundamentador de toda ordem jurídica, com limitação espacial e temporal.

Digna de relevância, ainda, é a expressão direitos do homem, mais utilizada na doutrina jusnaturalista contratualista dos séculos XVII a XIX (Locke, Hobbes e Rousseau).

Isto porque este termo diz respeito exclusivamente ao direito natural e aos direitos de liberdade dele decorrentes, pelo que se contrapõe aos direitos fundamentais (positivados em um texto constitucional) e “direitos humanos” (positivados no âmbito dos tratados internacionais)¹⁶.

Trata-se de uma expressão de conotação jusnaturalista, utilizada para demarcar a fase que precedeu ao reconhecimento destes direitos pelos ordenamentos jurídicos internos e internacionais¹⁷.

De qualquer forma, convém repetir, praticamente não existe diferença ontológica (material ou essencial) entre as expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais.

Todas são essencialmente ligadas à idéia de direitos cujo fundamento material encontra-se, principalmente, na liberdade e dignidade humana e, por isso, não são termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões cada vez mais inter-relacionadas.

¹⁶ Vale ressaltar, entretanto, que no Direito Internacional as expressões “direitos do homem” e “direitos humanos” são usadas muitas vezes como sinônimas. Assim é que, em 1789, foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem; enquanto que, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Para os efeitos do presente estudo, porém, o termo “direitos do homem” será reservado para a fase histórica de não positivação destes direitos no plano interno e internacional, na esteira do que afirma Sarlet.

¹⁷ Op. cit., p. 37.

2.1.2. Concepção material e formal dos direitos fundamentais

Pela concepção formal, são direitos fundamentais aqueles que são classificados desta forma pela Constituição. Assim, basta, para esta concepção, que o texto constitucional tenha consagrado o direito como fundamental, vinculando, destarte, as esferas públicas e privadas.

Entretanto, é importante frisar a insuficiência deste conceito, posto que a nossa Carta Magna¹⁸ admite outros direitos fundamentais fora do catálogo e, além disso, esta conceituação nada revela sobre o conteúdo destes direitos¹⁹.

Descobrir, porém, o conteúdo ou o substrato básico – ou, ainda, para alguns autores, a fundamentalidade material – dos direitos fundamentais não é um trabalho muito fácil. Entretanto, a descoberta deste conteúdo é de enorme importância e não constitui tarefa meramente acadêmica, porquanto possibilita que se identifiquem na ordem jurídica direitos fundamentais implícitos ou fora do catálogo expresso da Constituição.

Direitos fundamentais existem que não se encontram elencados no texto constitucional, mas que podem vir a serem incorporados pelo ordenamento jurídico, máxime em sistemas constitucionais abertos como o nosso que através do art. 5º, § 2º, expressamente determina que “os direitos e garantias fundamentais do texto constitucional não excluem outros decorrentes dos tratados”²⁰.

Por outro lado, existem certos direitos fundamentais que implicitamente decorrem de outros, como é o caso do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, que, para alguns, conforme será visto adiante, derivam do princípio do devido processo legal.

Antes, porém, da análise do assunto, assinala-se que a dimensão material dos direitos fundamentais coincide ontologicamente com a concepção dos direitos do homem ou com a concepção também material dos direitos humanos²¹. A diferença está,

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 28º ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 19.

¹⁹ SARLET, op. cit., p. 87.

²⁰ Op. cit., p. 19.

²¹ Anote-se que se fez uma distinção entre direitos do homem (não positivados) e direitos humanos (positivados no direito internacional), consoante visto anteriormente.

na positivação: Os direitos fundamentais são positivados nas Constituições; os humanos, nos tratados e convenções internacionais; já os direitos do homem não são positivados.

Debruçando-se sobre o tema, Bobbio levanta algumas dificuldades para se descobrir o fundamento material destes direitos. Entre elas, o fato de que as definições são muito vagas e, na maioria das vezes, tautológicas. Assim, conceituações do tipo “direitos do homem são os que cabem ao homem” ou “direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado” nada revelam sobre o conteúdo destes direitos²².

Outra dificuldade apontada reside no fato de que, quando se acrescenta alguma referência ao seu conteúdo, geralmente se introduz termos avaliativos, tais como “aperfeiçoamento da pessoa humana” ou “desenvolvimento da civilização”. E aí nasce mais uma dificuldade: “os termos avaliativos são interpretados de modo diverso de acordo com a ideologia assumida pelo intérprete”²³.

Bobbio afirma, ainda, que essa polêmica é resolvida quando se chega a um acordo em termos de uma fórmula genérica, que oculta e não resolve a contradição, pois conserva a definição no mesmo nível de generalidade, fazendo com que as contradições afastadas renasçam quando passam da enunciação verbal para o da aplicação²⁴.

Viera de Andrade, enfrentando a questão, assevera que o princípio da dignidade da pessoa humana é o ponto característico que define o direito fundamental. Nisso reside, para o autor, a concepção material ou a fundamentalidade destes direitos²⁵.

No Brasil, Gonet Branco coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento básico dos direitos fundamentais. Para ele, “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade humana”²⁶.

²² Op. cit., p. 17.

²³ Ibidem, p. 17.

²⁴ Ibidem, p. 17-18.

²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 83 et seq.

²⁶ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 116. Neste mesmo sentido, SARLET (op. cit., p. 119) afirma que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados dos concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.”

Dissentindo dos doutrinadores mencionados, Canotilho critica a idéia de entrelaçar o princípio da dignidade da pessoa humana na natureza dos direitos fundamentais. Para ele, essa concepção “expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a idéia-princípio da dignidade da pessoa humana”²⁷. O resultado é uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente não adequada²⁸.

Miranda acrescenta, ainda, que o apelo ao direito natural não basta para dilucidar a problemática dos direitos fundamentais, salientando, outrossim, que “Quer no século XIX quer, sobretudo, no século XX os direitos tidos como fundamentais são tão latos e numerosos que não poderiam entroncar (ou entroncar directamente) todos na natureza e dignidade da pessoa”²⁹.

Para estes autores lusitanos, portanto, a inadequação reside no fato de que existem outros direitos fundamentais não ligados diretamente ao princípio dignidade da pessoa humana, o que faz crer que este princípio não seria o vetor definidor dos direitos fundamentais.

Não se pode negar, entretanto, que todos os direitos fundamentais têm, ao menos de forma indireta, um substrato material no princípio da dignidade da pessoa humana.

É este princípio elemento fundante e essencial de todos os demais direitos, cuja principal finalidade é proteger a dignidade do homem. Assim, mesmo os direitos fundamentais das pessoas coletivas radicam, de uma forma ou de outra, neste princípio.

A questão está longe de ser pacífica e parece caminhar no sentido do pensamento de Bobbio, quando afirma que muitas das definições acrescentam termos avaliativos, os quais são interpretados de acordo com a ideologia do intérprete.

Saber quando um direito concretiza as exigências da dignidade da pessoa humana ou se descobre a partir desse princípio envolve notoriamente uma

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 373.

²⁸ Ibidem, p. 373.

²⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Direitos Fundamentais, tomo IV, p. 10.

interpretação ideológica destes termos, pelo que acaba criando problemas para sua aplicação.

Alguns autores tentam solucionar o problema acrescentando outros termos avaliativos, tais como os princípios da liberdade e da igualdade. É o que ocorre com Silva, para quem os direitos fundamentais designam “no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o (ordenamento jurídico) concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”³⁰.

Poder-se-ia, ainda, acrescentar, outros substratos básicos para a concepção material dos direitos fundamentais, tais como o direito à paz, à democracia, à solidariedade e ao desenvolvimento (todos não diretamente ligados à dignidade humana), como também, pela evolução histórica destes, outros fundamentos podem vir a serem descobertos.

Os termos avaliativos, longe de solucionar a questão, acabam por dificultar ainda mais, pois geram novos problemas de interpretação vez que dependem da ideologia do intérprete, pelo que se pode concluir que não existe um conceito absoluto de direitos fundamentais.

O que importa, porém, não é construir um conceito absoluto desta categoria de direitos porquanto, como será visto, os direitos fundamentais têm caráter essencialmente relativos.

Além disso, não se pode conceber qualquer uma dessas concepções materiais como imutáveis, dado o caráter histórico dos direitos fundamentais. Deveras, existem direitos que não foram considerados como fundamentais em determinado período histórico, mas o foram posteriormente (ex.: direito de não ser escravizado)

Face à ambigüidade da expressão “direitos fundamentais”, ao menos para orientar o intérprete na aplicação de direitos implícitos no sistema constitucional ou situados fora do catálogo, é salutar, apesar dos problemas gerados, que se construa uma concepção material de direitos fundamentais baseada em termos avaliativos. Do contrário, o problema do substrato material destes direitos ficará sem solução.

³⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 178. No mesmo sentido, Luño (op. cit., p. 43).

2.1.3. Dimensões dos direitos fundamentais

A evolução histórica dos direitos fundamentais pode ser estudada a partir de suas gerações, porquanto sob esta perspectiva se fornecem elementos que explicam a natureza multidimensional destes direitos, ajudando, destarte, a compreender que atualmente não são concebidos tão somente como direitos de defesa perante o Estado.

Na realidade, a terminologia mais correta para se estudar as várias espécies de direitos fundamentais que se foram surgindo no decorrer da história é dimensão, e não geração, porquanto esta dá a idéia de que estes direitos foram se sucedendo quando na realidade há uma verdadeira cumulação e interdependência das diversas dimensões dos direitos fundamentais, consoante será visto.

A problemática das assim denominadas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais assume relevo a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas Constituições, visto que umbilicalmente vinculadas às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado liberal para o moderno Estado de Direito, bem como pelas transformações decorrentes do processo de industrialização e de seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, e muitos outros fatores.

Foi a partir da constitucionalização dos direitos fundamentais e da transição do Estado liberal para o Estado Social de Direito que houve uma verdadeira mudança de paradigma, o qual gradativamente, num processo de evolução e aperfeiçoamento, gerou a necessidade de novos direitos, essenciais para o novo tipo de Estado e para as mudanças que foram e estão ocorrendo.

2.1.3.1. Direitos fundamentais de primeira geração

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos individuais, da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo

constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, pelo prisma histórico, à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Para Bonavides:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade, que é seu traço mais característico. Enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Entram na categoria do status negativus e fazem também ressaltar, na ordem dos valores políticos, a nítida separação entre a sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade³¹.

Procuram, portanto, proteger o espaço individualizado do homem em relação ao Estado e assim se caracterizam porque exigem do Estado uma abstenção, um atitude negativa. Ligam-se à liberdade física, de consciência, de manifestação, de culto, bem como à privacidade, à intimidade, à vida e à segurança.

Mister se fazia naquela época, final do século XIX, realizar um movimento de reação ao absolutismo esclarecido estatal, que, em razão da prepotência dos governantes, violava a liberdade dos cidadãos.

Inspirada em grande parte pelas teorias de Rousseau, Locke e Montesquieu, a classe burguesa reagiu ao despotismo então reinante, o que deu origem à Revolução Francesa e, por conseguinte, a irradiação destes ideais de liberdade para outros países da Europa.

Por isso, os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão passaram à história como direitos burgueses, tendo em vista o movimento de liberdade, realizado por esta classe contra o absolutismo do Estado, que culminou com a Revolução Francesa.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 516.

2.1.3.2. Os direitos fundamentais de segunda geração

A partir do século XIX, começou a surgir uma nova classe de direitos fundamentais: os de segunda geração. Trata-se de uma categoria de direitos fundamentais umbilicalmente ligada ao princípio da igualdade, porquanto tendentes a igualizar situações desiguais, consubstanciando, destarte, “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos”.³²

Como ressaltam Canotilho e Vital Moreira,

a individualização de uma **categoria de direitos e garantias dos trabalhadores**, ao lado dos de carácter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos **direitos, liberdades e garantias** como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade³³ (grifos no original).

Sendo, pois, os direitos sociais uma forma de assegurar à classe trabalhadora direitos de igual dignidade aos direitos do homem, e sendo, também, pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, não há como recusar a estes direitos a natureza de verdadeiros direitos fundamentais³⁴.

Uma das explicações para o surgimento desta categoria de direitos encontra-se justamente na necessidade de atender às reivindicações da classe trabalhadora. No momento em que o sufrágio passou a ser universal e os políticos passaram a perceber que precisavam do voto do trabalhador, começaram a aparecer as concessões sociais, como forma de manter a classe política dominante no poder.

³² Silva, op. cit., p. 285-286.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 285.

³⁴ Neste sentido, Silva, op. cit., p. 285-286.

Uma outra explicação, de certa forma mais consentânea com a realidade, que se tem para o surgimento dos direitos sociais é de ordem econômica, de cunho marxista. Para que o Estado ou o sistema capitalista como um todo continuasse a sobreviver, era preciso conceder certos direitos aos trabalhadores, porquanto

No desempenho do seu novo papel, o Estado ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece as suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista.

Essa sua atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro – seja pela via da transição para o socialismo – seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico.

O sistema capitalista é assim preservado, renovado sob diverso regime. O modo de produção, os esquemas de repartição do produto e os mercados capitalistas, no âmbito interno e no quadro internacional são mantidos em sua integridade. Daí porque interessa ao capitalismo uma Constituição “progressista”. Justamente no ser “progressista” é que a Constituição formal não apenas ensejará a manutenção da “ordem capitalista”, mas conferirá operacionalidade plena ao poder detido pelas classes dominantes³⁵.

Comungando da mesma opinião, Pereira e Silva acrescenta que a ampliação das funções do Estado presta-se a objetivos contraditórios: “a defesa da acumulação do capital, em conformidade com os propósitos da classe burguesa, e a proteção dos interesses dos trabalhadores”³⁶.

Assim, como única forma de preservar a sociedade capitalista, os direitos fundamentais de segunda geração foram concebidos inicialmente como normas programáticas, porquanto exigiam do Estado determinadas prestações cumpridas, seja pela exigüidade, seja pela carência ou limitação de recursos.

Fez-se um verdadeiro acordo simbólico, onde estes direitos seriam protegidos pelo manto constitucional, porém na dependência da implementação do programa de ação estatal feita pelo legislador ordinário.

³⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28-29.

³⁶ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. **O Mercado de Trabalho Humano**. São Paulo: LTr, 1998, p. 45.

Paulatinamente, porém, começaram a serem implementados, sendo que, hodiernamente, não há quem lhe recuse a juridicidade, pois os direitos fundamentais de segunda geração

Passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais³⁷.

A questão, porém, da concretização dos direitos sociais não é tão simples quanto parece, visto que estes se subordinam à possibilidade de gastos do Estado. O que não se pode desconsiderar, porém, é que, sendo direitos fundamentais, devem ter um núcleo mínimo de eficácia pelo qual o Estado, bem como qualquer outro obrigado pelo seu cumprimento, há de protegê-los e implementá-los.

Indagação relevante que recentemente se levantou na doutrina brasileira é se os direitos sociais são ou não fundamentais. Deveras, conforme leciona Bonavides, houve intensa discussão sobre a concepção de direitos sociais como fundamentais. Tudo isso porque, o artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal preceitua que “os direitos e garantias individuais” são cláusulas pétreas.³⁸

Segundo o mencionado constitucionalista, para que vingue a interpretação que exclui os direitos sociais dessa cláusula de rigidez constitucional, “faz-se de todo o ponto necessário confiná-la tão-somente àqueles direitos e garantias da concepção clássica peculiar ao Estado de Direito do movimento liberal”³⁹, concepção esta

³⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 518.

³⁸ Ibidem, p. 588-599.

³⁹ Ibidem, p. 590.

que, segundo ele, “exprime os limites teóricos, históricos e específicos traçados para traduzir na essência o breviário da escola liberal e sua versão de positivismo jurídico”⁴⁰.

Esta concepção jamais pode prevalecer porquanto “não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais”⁴¹ porquanto ambos visam assegurar o bem maior estabelecido na Constituição que é a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, “não podem, enfim, ser varridas da Constituição garantias que selam o pacto social extraído de vontade constituinte inviolável, cujo abrigo é precisamente o § 4º do art. 60 da Constituição da República.”⁴²

2.1.3.3. Direitos fundamentais de terceira geração

Já os direitos fundamentais de terceira geração, cujo surgimento ocorreu no século XX, são os direitos de solidariedade ou direitos coletivos.

O homem deixa de ser visto como indivíduo e passa a merecer proteção coletiva. Começam a ser valorizados o direito ao meio ambiente e o direito do consumidor (não o consumidor individualmente, mas a coletividade de consumidores). Desses direitos nascem os direitos individuais homogêneos, disponíveis ou indisponíveis, os direitos coletivos e os direitos difusos.

Para Streck, não existe ainda um preparo da maioria dos juristas brasileiros para lidar com esses direitos, porquanto foram doutrinados sob uma ótica estritamente liberal-individualista, ou seja, para resolver conflitos interindividuais (onde se tem um agente/autor e um réu/vítima). Justamente, por isso, sabem lidar com os conflitos individuais, mas, na maioria das vezes, não sabem resolver problemas referentes a direitos difusos, o que causa uma verdadeira crise no modelo de produção de Direito⁴³.

⁴⁰ Ibidem, p. 589.

⁴¹ Ibidem, p. 595.

⁴² Ibidem, p. 599.

⁴³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 34.

Faria aponta dois fatores que contribuem para o agravamento do problema de compreensão dos direitos fundamentais de terceira geração: O excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo⁴⁴.

O individualismo, que leva ao atomismo, ocorre em razão da convicção de que a parte precede o todo, ou seja, “de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade”⁴⁵.

Quanto ao formalismo, verifica-se um excessivo apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados, em nome da certeza jurídica e da segurança do processo⁴⁶. Não preparada técnica e doutrinariamente, a Magistratura termina por ter “dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos”⁴⁷.

Em se tratando dessas espécies de direitos (individuais homogêneos, coletivos e difusos), necessário se faz, portanto, uma reformulação da dogmática jurídica, de modo a fazer com que o jurista trabalhe sob uma ótica transindividual, modificando, desta forma, o velho paradigma liberal-individualista.

É preciso, ainda, extrair da hermenêutica jurídica novos métodos de estudo dos problemas, de modo a superar a visão atomista de mundo por uma visão mais aberta, envolvendo o conceito de sistema em suas múltiplas conexões transindividuais.

2.1.3.4. Direitos fundamentais de quarta geração

Segundo Oliveira Júnior, os direitos fundamentais de quarta geração “são os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e à bioengenharia; envolvem questões sobre a vida e a morte e requerem discussão ética”⁴⁸.

⁴⁴ FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas**. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995, p. 14.

⁴⁵ Ibidem, p. 14.

⁴⁶ Ibidem, p. 15.

⁴⁷ Ibidem, p. 15.

⁴⁸ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 86.

Bonavides, entretanto, abraçando uma visão mais condensada do caminhar dos direitos fundamentais, traça perfeitamente, embora de modo muito distante da realidade dos países periféricos, o ideal do que sejam os direitos de quarta geração, que correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social na globalização política, na esfera da normatividade jurídica.⁴⁹ Para ele, “são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”⁵⁰.

Identifica na democracia atual duas alterações, relevantes para que ela seja vista hoje como direito de quarta dimensão. A primeira é a internacionalização da democracia, pois, mesmo nos Estados em que a democracia às vezes não é exercida em sua plenitude, se pretende uma postura democrática; portanto, ela é vista como um bem. A segunda consiste no fato de que, hoje, se busca uma democracia que não seja indireta, representativa; em todos os Estados do mundo, com maior ou menor força, busca-se maior oxigenação dessa democracia, abrindo-se outras vias de participação de associações, de sindicatos, de organizações não-governamentais, entre outras, para negociarem nas decisões do Estado⁵¹.

Enfim, os direitos da quarta geração compreendem o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Somente com esses direitos, exercidos em toda sua plenitude e com o devido respeito às minorias, pelo que deve ser realçado o seu aspecto qualitativo, é que se poderá chegar a uma legitimidade plena e a uma proteção e garantia efetiva dos direitos fundamentais.

2.2. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em razão da natureza multidimensional dos direitos fundamentais, fica difícil elencar as suas características comuns. Não obstante, como categoria jurídica destinada a proteger a dignidade, a liberdade e a igualdade do homem em todas as

⁴⁹ Op. cit., p. 524-526.

⁵⁰ Ibidem, p. 524.

⁵¹ Ibidem, p. 524-526.

dimensões, mister se faz estudar as suas peculiaridades, a fim de diferenciá-los das demais categorias jurídicas.

Partindo das características que são comuns a todos os direitos fundamentais (historicidade, universalidade, relatividade e constitucionalização), pode-se fazer um breve estudo de suas similitudes e diferenças, não deixando, porém, de ressaltar que alguns doutrinadores enunciam outras características dos direitos e garantias fundamentais, circunscritas, porém, a alguns desses direitos.

2.2.1. Historicidade

Os direitos e garantias fundamentais têm caráter histórico. Quer isto dizer que eles não nascem da noite para o dia, mas são frutos de amadurecimento e aperfeiçoamento contínuo no decorrer da história. Muitos deles, aliás, nasceram em virtude de lutas políticas e/ou religiosas que pugnavam por uma maior limitação do poder ou melhores condições de vida.

É essa a lição de Bobbio, o qual assevera que os direitos não nascem todos de uma só vez, mas

Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor⁵².

Em razão do caráter histórico, esses direitos podem não só evoluir como serem reduzidos e extintos, no decorrer do tempo. Isto explica porque aquilo que não

⁵² Op. cit., p. 20.

foi fundamental em determinada época possa vir a sê-lo em momento futuro (ou vice-versa), como foi o caso da escravização de pessoas.

Para alguns, porém, a historicidade dos direitos fundamentais evoca o princípio da proibição de retrocesso social, ou seja, os direitos fundamentais estão em permanente evolução, não podendo ser reduzidos por legislação posterior. Uma vez obtido um determinado grau de realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas. É o que afirma Canotilho:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial⁵³.

Cita o autor como exemplos de inconstitucionalidade decorrente da aplicação deste princípio, uma lei que alargue demasiadamente o tempo de serviço necessário para aquisição do direito à aposentadoria ou que extinga o subsídio de desemprego⁵⁴.

Para Vieira de Andrade, entretanto, a interpretação da Constituição não pode levar à destruição da autonomia do legislador, vez que isto fere o princípio da separação dos poderes. Tem-se, pois, que o Poder Legislativo pode rever a qualquer momento estes direitos, desde que não fira a própria Constituição⁵⁵.

Assiste razão a este último doutrinador. O caráter histórico dos direitos fundamentais revela que são ontologicamente mutáveis. Aquilo que foi fundamental em determinada época pode deixar de sê-lo posteriormente.

Além disso, os direitos fundamentais, que são os direitos positivados na Constituição de determinado Estado, embora aspire à universalidade, sofrem o influxo

⁵³ Op. cit., p. 340.

⁵⁴ Ibidem, p. 339.

⁵⁵ Op. cit., p. 308-310.

do relativismo cultural, dependendo, desta forma, daquilo que dada sociedade considere como essencial.

O máximo que se pode advogar é a tese de proteção ao núcleo essencial, ou seja, o legislador não pode restringir um direito fundamental, protegido constitucionalmente, a ponto de retirar toda a sua eficácia, mas daí a dizer que não possa, dentro de um espaço de conformação, reduzir o seu âmbito é inadmissível.

O caráter histórico dos direitos fundamentais é ainda importante para a hermenêutica desses direitos, que, como será visto posteriormente, é diferenciada da hermenêutica das demais normas constitucionais. Com base na história, por exemplo, pode-se sustentar que as medidas provisórias não podem dispor sobre matéria penal, porquanto as leis penais historicamente estão vinculadas ao princípio da legalidade, ou melhor, da reserva legal, o que significa dizer que só o Parlamento, que representa o povo, pode tratar dessa matéria.

2.2.2. Universalidade

Os direitos fundamentais são destinados a todos os seres humanos. Constituem uma preocupação generalizada da raça humana. Logo, é impensável a existência de direitos fundamentais circunscritos a uma classe, estamento ou categoria de pessoas.

Entretanto, apesar de se destinar a todo o gênero humano, os direitos fundamentais não podem seguir um modelo de imposição cultural preconcebido por um povo ou pelas nações que se dizem mais civilizadas do planeta. A isso se opõe o relativismo cultural, que impele todos os homens a respeitar as diversidades sociais, econômicas e culturais dos mais diversos povos do planeta.

Para os relativistas, a noção de direitos está intrinsecamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral de cada sociedade.

Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, o que impede a formação de uma moral universal⁵⁶.

De acordo ainda com essa corrente, a noção universal de direitos humanos é identificada com uma noção construída pelo mundo ocidental, que é bastante diferente daquela do mundo do Oriente. Assim, de acordo com essa visão, o universalismo induz a destruição da diversidade cultural⁵⁷.

Por outro lado, os universalistas argumentam que a existência de normas universais pertinentes ao valor da dignidade humana é uma exigência do mundo contemporâneo⁵⁸.

Além disso, se os diversos Estados optaram por ratificar instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos é porque consentiram em respeitar tais direitos, não podendo, destarte, se isentar do controle internacional⁵⁹.

Para eles, ainda, a posição relativista revela o esforço em justificar graves casos de violações dos direitos humanos que, a partir do sofisticado argumento do relativismo cultural, ficariam imunes ao controle da comunidade internacional⁶⁰.

Deve haver, porém, uma conciliação entre a corrente universalista e a relativista. Ambas as posições, se levadas ao extremo, podem justamente implicar violações aos direitos fundamentais.

Se não se pode utilizar o argumento relativista para justificar violações aos direitos fundamentais, também não se pode, a pretexto do universalismo, que às vezes escondem interesses escusos, desrespeitar as mais diversas culturas dos mais diferentes povos, mesmo porque o direito à cultura faz parte dos direitos humanos.

O universalismo dos direitos fundamentais deve ser entendido como uma pretensão a que os direitos humanos sejam espalhados pelas mais diversas sociedades, sem que disso resulte num desrespeito à cultura.

Existe um núcleo essencial mínimo – difícil de definir, porém racionalmente assimilável de acordo com o princípio da razoabilidade – que todos os

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997, 167-169.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 170.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 170-171.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 171.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 170.

povos não de respeitar. Assim, por exemplo, não se pode admitir que uma sociedade tire a vida de alguém em virtude de uma determinada crença religiosa, pois isso seria irracional sob todos os aspectos, por mais valioso que possa ser este credo para esta sociedade, máxime quando se considera *a priori* o direito à vida o mais fundamental de todos os direitos.

2.2.3. Relatividade

Todos os direitos e garantias fundamentais são relativos. Quer isso dizer que nenhum dos direitos fundamentais pode prevalecer *a priori* sobre os demais sem se considerar o caso concreto em que são aplicados.

Mesmo o direito à vida, em certas circunstâncias, pode ter seu âmbito de incidência reduzido ou até mesmo ceder em prol de outros direitos fundamentais igualmente consagrados pela Constituição, ou seja, os direitos e garantias fundamentais encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados na Carta Magna. É o que leciona Gonet Branco:

Pode-se ouvir, ainda, que os direitos fundamentais são absolutos, no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição. Tal idéia tem premissa no pressuposto jusnaturalista de que o Estado existe para proteger direitos naturais, como a vida, a liberdade e a propriedade, que, de outro modo, estariam ameaçados. Se é assim, todo poder aparece limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal ou social teria como prevalecer sobre eles, que teriam prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo.

Essa assertiva esbarra em dificuldades para ser aceita. Mesmo os diversos tribunais que o direito comparado conhece, dedicados à proteção de direitos humanos, proclamam amiudamente que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Prieto Sanchis noticia que a afirmação de que ‘não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos’⁶¹.

⁶¹ Op. cit., p. 120.

Na ocorrência de um eventual conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o hermeneuta deve se utilizar do princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade), sopesando os bens ou valores e procurando encontrar uma solução mais adequada para o caso concreto, sempre no sentido de harmonizar os bens jurídicos conflitantes, evitando ao máximo o sacrifício total de uns em relação aos outros.

É que, salvo algumas hipóteses em que são enunciados sob a forma de regras – e aí a interpretação se dá sob a forma da subsunção, que será estudada adiante – a maioria dos direitos e garantias fundamentais assumem a forma de normas-princípio, cuja solução hermenêutica se dá através da ponderação de bens, aplicando-se, destarte, o princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, os direitos e garantias fundamentais devem sempre ser otimizados. Isso quer dizer que, no processo de interpretação, deve ser conferida a solução que lhes garanta a máxima eficácia normativa.

2.2.4. Constitucionalização

Os direitos e garantias fundamentais têm, talvez como uma das características principais, o fato de estarem previstos nas Constituições dos Estados. Nisso, distinguem-se dos direitos humanos, previstos nos tratados internacionais, e dos direitos do homem, expressão mais comumente utilizada para se referir ao direito natural e aos direitos de liberdade dele decorrentes⁶².

Essa positivação dos direitos e garantias fundamentais nas Constituições conferiu-lhes um grau maior de eficácia, porquanto os Estados, ao mesmo tempo em que se limitaram juridicamente, por meio de sua soberania puderam impor na ordem interna o respeito a estes direitos.

Em decorrência também da constitucionalização, os direitos e garantias passaram a vincular os poderes públicos, inclusive o Parlamento, protegendo os

⁶² Consoante visto logo no início deste trabalho no tópico das distinções conceituais.

cidadãos das mudanças legislativas ocasionais e oportunistas, remanescendo, pois, estes direitos como intangíveis e imodificáveis pelos poderes constituídos.

Essa vinculação dos poderes públicos, faz com que o Poder Legislativo, ao editar uma norma infraconstitucional observe os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição sob pena de invalidade. Além disso, mesmo quando a Constituição entrega ao legislador a tarefa de restringir certos direitos, deve respeitar o núcleo essencial desse direito e, destarte, não pode criar normas que tornem impraticável o direito previsto pelo Constituinte.

A Administração Pública também se vincula aos direitos fundamentais. Assim é que na interpretação e aplicação das leis deve o administrador respeitar os direitos e garantias fundamentais, sob pena de, não o fazendo, ter seus atos anulados, podendo, até mesmo, responder por abuso de poder em certos casos.

Digna de nota, ainda, é a vinculação do Poder Judiciário aos direitos e garantias fundamentais. Sendo da essência de sua função defender e aplicar a Constituição, devem os juízes conferir a tais direitos a máxima eficácia possível. Como será visto, é tarefa também do Judiciário, em caso de inércia do legislador, colmatar as lacunas constitucionais pertinentes aos direitos fundamentais, só deixando de fazê-lo quando devidamente comprovada pelo administrador a impossibilidade orçamentária.

2.2.5. Outras características

Pode-se citar outras características dos direitos e garantias fundamentais, tais como a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade. Estas, porém, não estão presentes em todos estes direitos e garantias, mas estão circunscritas a apenas alguns destes.

Pela inalienabilidade (ou indisponibilidade para alguns), não há possibilidade de transferência dos direitos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso. Assim, por exemplo, sendo a integridade física um direito inalienável, o cidadão não pode vender uma função vital de seu corpo.

Por outro lado, em razão da potencialidade do homem de se autodeterminar e de ser livre, que se vincula a dignidade humana, nem todos os direitos fundamentais são indisponíveis, mas apenas os que justamente visam resguardar a capacidade humana de se autodeterminar. Assim, Indisponíveis são os direitos que visam resguardar a vida biológica e os que intentam preservar as condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa, elementos essenciais a própria dignidade do homem⁶³.

Não há como sustentar, portanto, que a inalienabilidade esteja presente em todos os direitos fundamentais, mas apenas naqueles que tenham correlação direta com a dignidade humana. Em razão disso, apenas aquelas funções do corpo as quais não sejam essenciais para o ser humano conservar a sua dignidade poderão ser alienadas em razão da liberdade de contratar, também tida como um direito fundamental.

Já pela irrenunciabilidade, os direitos fundamentais não podem ser renunciados. Podem até não ser exercidos ou temporariamente se deixar de exercê-los, mas jamais podem ser renunciados. Assim, por exemplo, analisando-se o direito de imagem, “um modelo pode permitir a utilização de sua imagem em campanha publicitária determinada, sem, contudo, autorizar a sua divulgação indeterminada”⁶⁴.

Para David Araújo e Nunes Júnior, “a interpretação deve sempre seguir o princípio da irrenunciabilidade, entendendo que a cessão do direito de uso da imagem era restrita e por tempo determinado”⁶⁵.

Tem-se, ainda como característica dos direitos fundamentais, apontada por alguns autores, a imprescritibilidade. Para Silva, estes direitos nunca podem deixar de ser exigíveis, “pois a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coerctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas”⁶⁶.

Por último, deve ser assinalado que tanto a irrenunciabilidade quanto a imprescritibilidade não estão presentes em alguns dos direitos tidos como fundamentais. É o caso, por exemplo, do direito de propriedade, previsto como fundamental na Constituição brasileira (art. 5º, caput), que tanto pode ser renunciado como pode

⁶³ Op. cit., p. 124.

⁶⁴ DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 85.

⁶⁵ Ibidem, p. 85.

⁶⁶ Op. cit., p. 181.

prescrever em razão do decurso do tempo, gerando, desta forma a prescrição aquisitiva (a usucapião).

2.3. MULTIFUNCIONALIDADE E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A questão da multifuncionalidade e da eficácia dos direitos fundamentais está diretamente vinculada a uma hermenêutica que vise desenvolver a eficácia dessa categoria de direitos. De acordo com a função e a espécie de eficácia, pode o operador do Direito extrair da norma uma interpretação-concretização adequada, aplicando-a de acordo com as circunstâncias da realidade concreta.

2.3.1. Multifuncionalidade dos direitos fundamentais

A constatação de que os direitos fundamentais exercem múltiplas funções no ordenamento jurídico não constitui nenhuma novidade. Pela própria evolução destes direitos já se infere que, de longe, eles não mais se restringem aos clássicos direitos de defesa do final do século XVIII.

Assim é que Bleckmann, citando decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, arrola as seguintes funções desempenhadas pelos direitos fundamentais: 1 – direitos de defesa; 2 – direitos de participação ou quota-parte; 3 – garantias institucionais; 4 – garantias procedimentais; 5 – direitos fundamentais como ordem de valores; 6 – direitos fundamentais como normas objetivas; 7 – direitos fundamentais como normas impositivas e autorizações para ação; 8 – direitos fundamentais como normas de conduta social; 9 – direitos fundamentais como fundamento de deveres de proteção do Estado; 10 – direitos fundamentais negativos, ou deveres fundamentais; 11 –

função legitimadora dos direitos fundamentais; 12 – função pacificadora e de parâmetro de justiça⁶⁷.

Já para Canotilho, são quatro as funções dos direitos fundamentais: 1 - função de defesa ou de liberdade; 2 – função de prestação social; 3 – função de proteção perante terceiros; 4 – função de não discriminação⁶⁸.

Foi Jellinek, porém, em sua obra *Sistema de Direitos Subjetivos Públicos*, que, através de uma concepção original, preparou o terreno para o estudo da multifuncionalidade dos direitos fundamentais⁶⁹.

Através de sua teoria dos quatro *status*, Jellinek sustentou que o indivíduo se vincula a determinado Estado de acordo com quatro situações jurídicas. Pelo *status* passivo, o cidadão é mero detentor de deveres, estando subordinado aos poderes estatais; pelo *status* negativo, é reconhecida ao cidadão uma esfera individual de liberdade imune ao poder estatal; pelo *status* positivo, é assegurada ao indivíduo a possibilidade de se utilizar das instituições estatais e delas exigir determinadas ações positivas; por último, pelo *status* ativo, o cidadão, passa a ser considerado como titular de competências que lhes garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal⁷⁰.

Apesar de algumas críticas, Sarlet assevera que a teoria de Jellinek foi, ao longo do tempo, complementada pela doutrina que a adaptou às funções que hoje são atribuídas aos direitos fundamentais. Assim é que o *status* ativo foi alargado para incluir a teoria do *status ativo* processual de Peter Häberle, que diz respeito à dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais. Da mesma forma, o *status* positivo inclui atualmente o *status* positivo social, que consagra os direitos sociais, econômicos e culturais de natureza prestacional⁷¹.

Foi a teoria de Jellinek que preparou também o terreno para a teoria da dupla perspectiva dos direitos fundamentais (objetiva e subjetiva), extremamente importante atualmente para a verificação das variadas funções que estes direitos exercem na ordem jurídica.

⁶⁷ Apud SARLET, op. cit., p. 166.

⁶⁸ Op. cit., p. 407-411.

⁶⁹ SARLET, op. cit. p. 165-169.

⁷⁰ Ibidem, p. 167.

⁷¹ Ibidem, p. 169.

O importante, porém, é que, em razão das variadas e relevantes funções dos direitos fundamentais, estes são extremamente importantes para o desenvolvimento do Estado, bem como para a legitimidade da Constituição.

O operador do Direito, sempre atento ao caso concreto, ao identificar corretamente que tipo de função determinado direito fundamental exerce no ordenamento jurídico, poderá extrair dele um grau maior de eficácia, aplicando-o adequadamente.

2.3.2. Eficácia objetiva e subjetiva dos direitos e garantias fundamentais

Para Sarlet, a constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, “constitui, sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais”⁷². Apesar da teoria dos quatro *status* de Jellinek ter preparado o terreno, foi a teoria da dupla perspectiva quem propiciou um avanço no estudo das relevantes funções desses direitos, porquanto estes passaram, a partir de então, a ser observados não só sob a ótica de direitos individuais, mas também como direitos de toda a comunidade.

Estudando a dupla perspectiva dos direitos fundamentais no direito alemão, Hesse ensina que “nos direitos fundamentais da Lei Fundamental unem-se, distintamente acentuadas e, muitas vezes, em passagens correntes, várias camadas de significados”⁷³. Se por um lado os direitos fundamentais são direitos subjetivos, direitos do particular, por outro, são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade⁷⁴.

Também se debruçando sob a teoria da dupla perspectiva, Canotilho afirma que não existe um paralelismo entre regra-dimensão subjetiva e princípio-dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Desta forma, existem tanto princípios e regras consagradoras de direitos subjetivos fundamentais (dimensão subjetiva) quanto princípios

⁷² Ibidem, p. 150.

⁷³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 228.

⁷⁴ Ibidem, p. 128.

e regras na dimensão objetiva⁷⁵. Um fundamento é subjetivo quando se refere ao significado ou relevância da norma de direito fundamental para o indivíduo, ou seja, para os seus interesses; por outro lado, fala-se na dimensão objetiva quando se tem em vista o significado do direito fundamental para a coletividade, ou seja, para o interesse público⁷⁶.

Pode-se concluir, portanto, que a teoria dupla perspectiva dos direitos fundamentais abrange não só estes direitos sob a ótica do indivíduo como também da coletividade, pelo que alberga, na prática, todas as funções que estes podem ter.

2.3.2.1. Eficácia subjetiva dos direitos fundamentais

Pela perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais são enxergados sob a ótica dos indivíduos, ou seja, são direitos subjetivos que os cidadãos têm de fazer valer as suas pretensões perante o destinatário. Cogita-se, pois, de poderes ou competências que têm os seus titulares de realizarem as suas pretensões⁷⁷.

Na perspectiva subjetiva, ou seja, na condição de direito subjetivo, os direitos fundamentais não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, cuja nota de subjetividade transparece de forma bem mais acentuada.

Mais ou menos no mesmo sentido, Sarlet, acolhendo a proposta formulada por Alexy, assevera que um direito fundamental subjetivo pode abranger as seguintes posições fundamentais: a) direitos a qualquer coisa (que englobariam os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares e, portanto, os clássicos direitos de defesa e os direitos de prestação); b) liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições) e c) os poderes (competências e autorizações)⁷⁸.

Anota ainda que a doutrina defende uma presunção em prol da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, ou seja, presume-se que estes direitos são, em primeira linha, direitos individuais, a favor dos indivíduos e não da comunidade. Disso

⁷⁵ Op. cit., p. 1178.

⁷⁶ Ibidem, p. 1178.

⁷⁷ Op. cit., p. 152.

⁷⁸ Op. cit., p. 163.

resulta que a proteção dos direitos fundamentais se faz sob a forma de direito subjetivo, já que a maioria desses são protegidos por essa categoria⁷⁹.

A tese da subjetivação dos direitos fundamentais tem a vantagem de apontar para o dever jurídico do Estado de conformar a organização, procedimento e processo de efetivação dos direitos fundamentais, de modo a que o indivíduo possa exigir algo de outrem e que este tenha o dever jurídico de satisfazer este algo⁸⁰.

Em que pese o respeitável posicionamento do supracitado doutrinador, não se pode conceber aprioristicamente uma presunção a favor da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. É que tudo vai depender do caso concreto e também da estrutura da norma.

Se num determinado fato, a norma de direito fundamental apontar para uma consideração maior pelo indivíduo, então, seu direito subjetivo gozará dessa presunção, de acordo com o princípio da proporcionalidade, que impõe uma compatibilização dos bens e valores aparentemente em conflito.

Por outro lado, não se pode também conceber uma presunção *a priori* da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, a qual, em última análise, acaba albergando o princípio da supremacia do interesse público. Também aqui a solução está a depender do contexto fático em que o programa normativo vai ser aplicado, de forma a encontrar a solução mais adequada para a concretização dos direitos fundamentais.

Um exemplo elucidará melhor essa questão. Considerando a norma do artigo 5º, X, da Constituição brasileira⁸¹, que está a contemplar um direito subjetivo das pessoas em ter sua intimidade preservada. Verifica-se aparentemente que, em todo e qualquer caso, deve haver uma proteção a esta intimidade.

Entretanto, não é assim. É que, em determinadas hipóteses (*verbi gratia*, um indivíduo que esteja sendo acusado de um crime hediondo ou um terrorista altamente perigoso que esteja ameaçando dada sociedade), não se pode cogitar *a priori* de uma presunção de direito subjetivo, mas sim da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que tem em vista o valor desse direito para a comunidade.

⁷⁹ Ibidem, p. 164-165.

⁸⁰ Ibidem, p. 165.

⁸¹ Art. 5º (...) X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O máximo, portanto, que se pode cogitar é que, na dúvida, considerando o caso concreto e a estrutura da norma de direito fundamental, que neste caso contempla um direito de defesa, deve se dar preferência pela dimensão subjetiva (que seria o caso do exemplo supracitado) ou, até mesmo em certos casos, pela objetiva. E isso é diferente do que estabelecer uma presunção *a priori* em favor da dimensão subjetiva.

2.3.2.2. Eficácia objetiva dos direitos fundamentais

Pela perspectiva objetiva, os direitos fundamentais são enxergados sob a ótica de seu significado para a sociedade, para o interesse público, para a vida comunitária.

Nesta perspectiva, os direitos fundamentais passam a serem vistos como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas como garantias negativas dos interesses individuais⁸².

Para Sarlet, a faceta objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas de direitos subjetivos “é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas de direitos fundamentais”⁸³.

Realmente, a faceta objetiva dos direitos fundamentais importa reconhecer que estes direitos não se limitam apenas às clássicas garantias negativas individuais e nem aos demais direitos subjetivos, mas também que exercem funções relevantes para a sociedade, na medida em que incorporam e expressam seus valores essenciais⁸⁴.

Além disso, os direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva não se limitam a serem apenas valores ou fins consagrados pela comunidade, mas também consagram uma dimensão estrutural, na medida em que complementam e suplementam a

⁸² LUÑO, op. cit. p. 20-21.

⁸³ Op. cit., p. 153.

⁸⁴ ÁVILA, Marília; SAMPAIO, Silva. **Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 72-73.

dimensão subjetiva. De acordo com esta ótica estrutural, “a dimensão objectiva, em vez de comprimir, reforça agora a imperatividade dos direitos individuais e alarga a sua influência no ordenamento jurídico e na vida da sociedade”⁸⁵.

Na mesma linha de Vieira de Andrade, Sarlet acrescenta que sob o prisma objetivo ocorre “uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço de juridicidade dos direitos fundamentais”⁸⁶. Além disso, estes direitos produzem uma série de funções e implicações distintas, conforme a sua significação objetiva se dê sob o aspecto axiológico ou de acordo com a sua força objetiva autônoma⁸⁷.

Sob o aspecto axiológico, como uma de suas primeiras implicações, a perspectiva objetiva “não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais”⁸⁸.

O enfoque objetivo, portanto, imprime um caráter relativo à liberdade, o que justifica até a limitação dos direitos fundamentais em prol do próprio indivíduo⁸⁹.

Exemplifica Barros, então, com a imposição do cinto de segurança onde o livre arbítrio do condutor do veículo perde alcance diante do valor constitucional vida ou integridade física dos indivíduos, cuja proteção é requerida do Estado em cumprimento às suas finalidades, o mesmo ocorrendo com a proibição geral do uso de drogas⁹⁰.

Uma outra implicação do aspecto valorativo diz respeito à eficácia dirigente que os direitos fundamentais exercem em relação aos órgãos estatais. Assim é que se afirma que estes emitem uma ordem dirigida ao Estado no sentido de concretizá-los e realizá-los permanentemente, sempre no sentido de extrair deles a máxima eficácia.

Em relação às implicações sob o aspecto de uma força objetiva autônoma dos direitos fundamentais, aponta-se, em primeiro lugar, a eficácia irradiante que estes exercem, no sentido de fornecer impulsos e diretrizes para a interpretação do direito

⁸⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 161.

⁸⁶ Ibidem, p. 153.

⁸⁷ Ibidem, p. 153.

⁸⁸ Ibidem, p. 155-156.

⁸⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 131-132.

⁹⁰ Ibidem, p. 132.

infraconstitucional, que “apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica de interpretação conforme a Constituição”⁹¹.

Ainda no que tange à força objetiva, encontra-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no sentido de serem estes aplicáveis também na esfera privada e não constituírem apenas direitos oponíveis ao Estado⁹². Assim, por exemplo, o direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa, sob o ângulo da eficácia horizontal, podem ser aplicados nas relações trabalhistas quando ocorre uma despedida, com justa causa, do trabalhador.

Sob o aspecto da força objetiva, há que se considerar também as garantias institucionais, no sentido de que existem determinadas instituições (direito público) e institutos (direito privado) que, por sua importância, devem ser protegidas contra a ação erosiva do legislador. Neste prisma, as garantias institucionais reforçam a juridicidade dos direitos fundamentais, vez que somente se protegendo determinadas instituições ou institutos é que se protege também os direitos fundamentais⁹³.

Uma outra implicação da força objetiva autônoma se relaciona com chamados deveres de proteção do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e de outros Estados. Incumbe, pois, ao Estado tomar medidas positivas com a finalidade de protegê-los de forma efetiva⁹⁴.

Por fim, ainda relacionado à força objetiva autônoma, tem-se a função dos direitos fundamentais de servirem como parâmetros para a criação e constituição de organizações ou instituições estatais e para o procedimento. Assim é que se extrai do conteúdo das normas de direitos fundamentais consequências para aplicação e interpretação das normas procedimentais, bem como para a formatação de um

⁹¹ SARLET, op. cit., p. 157.

⁹² Ibidem, p. 157.

⁹³ Ibidem, p. 155-156.

⁹⁴ Ibidem, p.157.

procedimento que auxilie na efetivação da proteção a tais direitos. Um procedimento demorado e ineficiente atenta contra a concretização dos direitos fundamentais⁹⁵.

Os direitos fundamentais, portanto, na perspectiva objetiva, exercem várias e relevantes funções no ordenamento jurídico. Para além de sua condição de direitos subjetivos, permitem o desenvolvimento de novos conteúdos que, independentemente de uma eventual possibilidade de subjetivação, assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para a sua própria efetivação.

2.4. CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em relação à classificação das normas de direitos fundamentais, o presente trabalho não irá se aprofundar no assunto a ponto de gerar a sua própria classificação ou de saber qual das utilizadas pelos doutrinadores é a melhor, posto que, em razão do grau acentuado de subjetividade das classificações de uma forma geral, isto em nada contribuiria para o desenvolvimento da pesquisa.

Ao invés disso, partirá da classificação proposta por Gonet Branco, que fez um aprimorado estudo do tema, depois de levar em consideração as já primorosamente classificações elaboradas por vários constitucionalistas, entre eles, Canotilho e Sarlet.

O citado autor classifica essas normas em três espécies: direitos fundamentais de defesa, direitos fundamentais à participação e direitos fundamentais a prestações. Estas últimas são divididas em direitos a prestações materiais e direitos a prestações jurídicas⁹⁶.

⁹⁵ Ibidem, p. 159.

⁹⁶ Op. cit., p. 140.

2.4.1. Os direitos fundamentais como direitos de defesa

Oriundos do constitucionalismo liberal-burguês do final do século XVIII, cujas principais características eram a organização do Estado e a limitação do poder estatal, os direitos de defesa nasceram abraçados aos clássicos ideais de liberdade da Revolução Francesa. Mister se fazia, naquela época, criar uma série de mecanismos jurídicos que protegessem os cidadãos dos abusos do absolutismo esclarecido. Visando, pois, a cumprir essa função surgiram os direitos de defesa.

Há quem situe também, a exemplo de Sarlet⁹⁷, o direito de igualdade no âmbito do direito de defesa, vez que protege os indivíduos contra as discriminações negativas. Sem embargo da relevante consideração do autor, parece mais apropriado colocar esse direito no âmbito dos direitos à prestação material, porquanto a sua função preponderante é impor ao Estado um dever de proteção contra as discriminações e não defender as pessoas.

Os direitos de defesa se consubstanciam, portanto, somente nas normas que defendem os indivíduos contra ingerências indevidas do Estado em sua esfera de liberdade pessoal, assegurando-lhes um espaço onde possa se autodeterminar de acordo com o seu livre arbítrio; muita embora imponha também um dever ao Estado de tomar medidas para proteger essa liberdade - o que, de certa forma, como consequência, caracteriza um dever de prestação.

Outorgam, pois, aos indivíduos um verdadeiro direito subjetivo de respeito e proteção pela sua liberdade, fazendo com que qualquer interferência do Estado em seu espaço de autodeterminação só se legitime se houver uma justificativa razoável.

Na visão de Mendes, as interferências ilegítimas do Estado na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos geram para eles uma série de pretensões, que podem consistir fundamentalmente em uma: 1) pretensão de abstenção; 2) pretensão de revogação; 3) pretensão de anulação⁹⁸.

⁹⁷ Op. cit., p. 182.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões** in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 200.

A falta de razoabilidade na interferência estatal pode gerar não só estas pretensões, como também a de reparar os danos materiais e morais eventualmente causados às pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. O Estado só pode interferir na vida dos indivíduos quando, diante dos demais princípios da Constituição, houver uma real necessidade, devendo fazê-lo da forma menos gravosa possível.

Por outro lado, o espectro de proteção dos direitos de defesa não se limita somente ao Estado, mas abrange também as entidades particulares, de acordo com o que ficou conhecido como eficácia horizontal (ou privada) dos direitos fundamentais⁹⁹.

Além disso, os direitos de defesa, numa ordem constitucional democrática, não implicam somente uma liberdade negativa, mas também uma liberdade positiva de atuação, de forma a se criar uma alternativa¹⁰⁰. Assim,

Os direitos fundamentais normalizam o *status* dos cidadãos, que não meramente devem se proteger, em uma esfera de discricionariedade privada, contra o ‘Estado’, mas que devem, livre e auto-responsavelmente, configurar sua vida e cooperar nos assuntos da coletividade. Tal ‘liberdade positiva’ é, naturalmente, mal entendida se dela é derivada a obrigação para uma determinada utilização da liberdade, com a consequência que toda outra utilização não mais é protegida pelos direitos fundamentais. Porque, se para a Constituição também se trata da atualização positiva dos direitos fundamentais, então trata-se para ela, pois, do mesmo modo, da *liberdade* dessa atualização, que só está dada onde existe uma alternativa. Por isso, é sempre não só garantida a liberdade positiva, de confessar uma fé, de manifestar uma opinião, de não aderir a uma associação, e assim por diante, mas do mesmo modo, a liberdade negativa, de não confessar uma fé, de não manifestar uma opinião, de não aderir a uma associação, e assim por diante; de todo, é inadmissível por debaixo da liberdade jurídico-fundamental determinados ideais e restringir a liberdade do particular à apropriação ‘positiva’ desses ideais¹⁰¹.

Apesar de mais de duzentos anos de existência, os direitos de defesa continuam a ser importantes para um Estado Democrático de Direito, porquanto “também

⁹⁹ SARLET, op. cit., p. 182.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 236.

¹⁰¹ Ibidem, p.236.

a democracia é domínio de pessoas sobre pessoas, que está sujeito às tentações do abuso de poder, e porque poderes estatais, também no estado de direito, podem fazer injustiça.”¹⁰².

Na esteira desse amplo espectro e da importância dos direitos de defesa, a Constituição brasileira de 1988 os englobou sob diversos títulos, que serão resumidamente analisados. São eles: direitos individuais e direitos coletivos, direitos sociais e garantias fundamentais.

2.4.1.1. Direitos individuais e coletivos

Preliminarmente, cumpre fazer uma distinção entre direitos individuais e coletivos. A distinção é importante não só pelo fato de que uma interpretação que vise a uma otimização da eficácia desses direitos deve levar em consideração que estes têm estruturas diferentes, como também pelo fato de que ambos podem outorgar direitos subjetivos, porém de escalas diferenciadas em razão da titularidade outorgada aos indivíduos ou especificamente à coletividade.

Tomando como ponto de partida os ensinamentos de Silva, tem-se que os direitos individuais consubstanciam “direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado”¹⁰³; enquanto que os direitos coletivos são “direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade”¹⁰⁴.

É que muitos dos direitos enunciados no artigo 5º da Constituição Federal “não são propriamente direitos coletivos, mas direitos individuais de expressão coletiva, como as liberdades de reunião e associação.”¹⁰⁵, porquanto, conforme Vieira de Andrade, pressupõem uma atuação conjunta de mais de uma pessoa individual,

¹⁰² Ibidem, p. 235.

¹⁰³ Op. cit., p. 182.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 183.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 194.

continuando a ser direitos individuais, sendo a coletividade um mero instrumento para o exercício do respectivo direito¹⁰⁶.

Sarlet estabelece uma diferença entre os direitos individuais e os direitos individuais de expressão coletiva, contrapondo-os aos direitos coletivos típicos. Para o doutrinador, os direitos individuais e os direitos individuais de expressão coletiva são direitos fundamentais de primeira dimensão, estando no âmbito da tradição liberal; já os direitos coletivos típicos são direitos fundamentais de terceira dimensão, cuja titularidade é outorgada à coletividade (ou entes coletivos), e não à pessoa individual. Estes últimos são, por exemplo, o direito ao desenvolvimento, à paz, o direito à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 4º, III e VI, e artigo 225 da CF)¹⁰⁷.

Há que se ter em consideração, porém, que ambos, direitos individuais (incluindo os individuais de expressão coletiva) e os direitos coletivos, são, em princípio, direitos de defesa, porquanto visam preponderantemente limitar o poder estatal e correspondem aos clássicos direitos de liberdade.

Por outro lado, não se pode equiparar os direitos e garantias individuais e coletivos aos direitos de liberdade, porquanto “os direitos de liberdade, ainda que sejam direitos individuais, não se identificam (no sentido de não serem a mesma coisa) com estes.”¹⁰⁸. Da mesma forma, não se pode identificar os direitos sociais com os direitos coletivos, vez que “todos os direitos sociais são, acima de tudo, direitos outorgados à pessoa individual.”¹⁰⁹.

2.4.1.2. Direitos fundamentais sociais como direitos de defesa

Os direitos fundamentais sociais podem desempenhar tanto posições tipicamente prestacionais (como é o caso, por exemplo, dos direitos sociais enumerados no

¹⁰⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 174.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 185.

¹⁰⁸ SARLET, op. cit., p.186.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 186.

artigo 6º da Constituição¹¹⁰) quanto à função de direitos de defesa (como é o caso de boa parte dos direitos dos trabalhadores positivados nos artigos 7º, 8º, 9º e 11 da Constituição Federal, que veiculam verdadeiras concretizações do direito de liberdade).

Da análise da estrutura do dispositivo normativo é que se vai verificar qual a função que determinado direito social está exercendo no ordenamento jurídico e, por conseguinte, classificá-lo em uma das categorias jurídicas. Assim, sem essa análise, não se pode precipitadamente equiparar os direitos sociais nem aos direitos de defesa nem aos direitos a prestação.

Analisando, por exemplo, o dispositivo do artigo 8º da Constituição Federal¹¹¹, que assegura a liberdade de associação profissional ou sindical aos trabalhadores, constata-se que consiste em um direito de defesa, vez que defende os trabalhadores contra ingerências indevidas do Estado em sua esfera de liberdade pessoal, assegurando-lhes um espaço onde possa se autodeterminar de acordo com o seu livre arbítrio. Já o dispositivo do artigo 6º da Carta Magna¹¹², que considera o direito à educação como direito social, configura um autêntico direito fundamental à prestação, posto que impõe um dever de atuação para o Estado.

O que importa, porém, deixar bem claro é que há um equívoco na idéia de que os direitos sociais representam sempre direitos à uma prestação material. Existem, como já foi dito e exemplificado, vários direitos sociais positivados na Constituição brasileira que protegem os indivíduos contra as ingerências do Estado, consubstanciando, destarte, verdadeiros direitos de defesa.

2.4.1.3. As garantias fundamentais (direitos-garantias e garantias institucionais)

Nessa categoria, enquadram-se tanto os assim chamados direitos-garantias (ou garantias fundamentais *stricto sensu*) quanto às garantias institucionais.

¹¹⁰ Direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência.

¹¹¹ Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...).

¹¹² Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Em relação aos direitos-garantias ou garantias fundamentais em sentido estrito, tem-se que são aquelas que asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito ao direito que instrumentalizam.

Diferenciam-se dos direitos fundamentais nos seguintes aspectos: enquanto os direitos representam por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar as fruições desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias; os direitos inserem-se direta e imediatamente nas esferas jurídicas das pessoas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se¹¹³.

No Direito Constitucional Pátrio, Barbosa foi quem primeiro distinguiu os direitos das garantias fundamentais. Para ele, existem “as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder”¹¹⁴. As primeiras instituem os direitos; as segundas, as garantias¹¹⁵.

Em que pese as distinções apontadas, nem sempre é fácil identificar se estamos diante de um direito ou de uma garantia fundamental. É que muitas vezes um mesmo dispositivo constitucional contempla ao mesmo tempo uma disposição declaratória e outra assecuratória, de forma que a fronteira entre ambos não é bem nítida.

Além disso, ao assegurarem aos indivíduos a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação dos direitos, as garantias fundamentais conferem a estes autênticos direitos subjetivos – por isso recebem também o nome de direitos-garantias.

O que é certo, porém, é que as garantias fundamentais, ao agirem em defesa dos direitos, limitando o poder, podem ser enquadradas na categoria de direitos de defesa.

No que tange às garantias institucionais, tem-se que estas se enquadram no âmbito das garantias fundamentais em sentido amplo. Podem ser definidas como “a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância

¹¹³ MIRANDA, op. cit., p. 88-89.

¹¹⁴ BARBOSA, Ruy. **República: Teoria e Prática**. Petrópolis: Vozes, 1978, p. 124.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 124.

reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.”¹¹⁶.

É que pela importância de certas instituições para a sociedade, a Constituição as reconhece como fundamentais, outorgando-lhes proteção no sentido de salvaguardar o mínimo de sua essência, posto que assim o fazendo, por via de consequência, protege os direitos fundamentais que estejam com elas correlacionados¹¹⁷.

Têm, pois, as garantias institucionais a função de defender o núcleo essencial de determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado), garantindo a permanência de seus traços essenciais e protegendo-os da ação erosiva do legislador, de modo que as modificações feitas por parte deste não podem descaracterizar sua essência, sob pena de serem tidas como inconstitucionais.

Podem ser citadas, como exemplos, a garantia da família (art. 226 da CF), da propriedade (art. 5º, XXII, da CF) e a instituição do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, da CF), que não podem, sob hipótese alguma, serem banidas do texto constitucional ou sofrerem alterações legislativas que violem a sua finalidade.

Em que pese não outorgarem aos indivíduos direitos subjetivos (com algumas exceções, v.g., a liberdade de imprensa, que protege tanto a instituição da imprensa livre, quanto fundamenta direito individual subjetivo para resguardar a fruição desta liberdade)¹¹⁸, na sua função de defender o núcleo essencial de algumas instituições ou institutos, podem as garantias institucionais serem enquadradas também na categoria de direitos de defesa porquanto ao protegerem as instituições terminam quase que diretamente protegendo também os indivíduos.

2.4.2. Os direitos fundamentais como direitos a prestações

Enquanto os direitos de defesa oferecem proteção ao indivíduo, garantindo-lhe uma esfera de liberdade pessoal e limitando o poder estatal; os direitos a

¹¹⁶ BONAVIDES, op. cit., p. 492.

¹¹⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 398.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 397.

prestação exigem uma ação do Estado no sentido de atenuar as desigualdades e libertar os indivíduos de suas necessidades.

Os direitos fundamentais a prestações são típicos direitos de promoção ou de prestação positiva, pois “supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os poderes públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil.”¹¹⁹.

Por isso, esta circunstância “confere-lhes peculiaridades estruturais, em termos de níveis de densidade normativa, que os distinguem dos direitos de defesa, não somente quanto à finalidade, mas, igualmente, quanto ao seu modo de exercício e à eficácia”¹²⁰.

Nessa sua função de promoção da igualdade e de manutenção da liberdade, os direitos fundamentais a prestações se dividem em direitos a prestações materiais e a prestações jurídicas, expostos a seguir.

2.4.2.1. Direitos a prestações materiais

Os direitos a prestações materiais, também chamados por alguns doutrinadores de direitos a prestações em sentido estrito¹²¹, correspondem aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional.

Estão elencados, por exemplo, no artigo 6º da Constituição brasileira¹²² – direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência – bem como nos direitos sociais atribuídos aos trabalhadores, sendo certo que apenas parte destes últimos assume a feição de típicos direitos prestacionais.

¹¹⁹ GONET BRANCO, Op. cit., p. 143.

¹²⁰ Ibidem, p. 143.

¹²¹ SARLET, p. 213.

¹²² Op. cit., p. 20.

Estes direitos são concebidos para atenuar desigualdades de fato existentes na sociedade, assegurando que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade por número maior de indivíduos¹²³.

Para Sarlet, “os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real efetiva”¹²⁴. Pressupõem um comportamento ativo do Estado no sentido alcançar uma igualdade real para todos, “atingível apenas por intermédio da eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade”¹²⁵.

A observação de Sarlet é importante, vez que o direito à liberdade real somente irá se efetivar quando se eliminar, em grande parte, as desigualdades. É que não existe liberdade sem igualdade (e vice-versa) em razão da interdependência dos direitos fundamentais.

De particular relevância no estudo desta categoria jurídica, é a distinção elaborada por Canotilho entre direitos originários a prestações e direitos derivados.

Para o autor, os direitos derivados a prestação são as posições jurídico-subjetivas deduzidas não diretamente das normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, mas, sim, da concretização de tais normas pelo legislador ordinário¹²⁶. Já os direitos originários são aqueles direitos que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais, ou seja, que não necessitam da interposição do legislador para lograr aplicação sobre as relações jurídicas¹²⁷.

A distinção é importante vez que se refere especificamente à eficácia dos direitos fundamentais. É que boa parte dos direitos a prestações materiais depende da interposição do legislador para produzir plenos efeitos.

Assim, o que se discute é o grau de eficácia dessas normas quando o legislador infraconstitucional deixa de legislar: estariam elas outorgando direitos subjetivos, podendo os indivíduos exigi-los em juízo? Até que ponto pode o Estado

¹²³ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., p. 192.

¹²⁴ Op. cit., p. 214.

¹²⁵ Ibidem, p. 214.

¹²⁶ Op. cit. P. 479.

¹²⁷ Ibidem, p. 477.

argumentar com a impossibilidade de recursos orçamentários para efetivá-los? Essas e outras indagações serão objeto de análise na parte final deste trabalho.

2.4.2.2. Direitos a prestações jurídicas

Os direitos a prestações jurídicas são aqueles cujo objeto consiste numa prestação normativa por parte do Estado, ou seja, na normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental.

Essa prestação normativa pode consistir em direitos a proteção mediante a emissão de normas jurídico-penais ou no estabelecimento de normas de organização e procedimento¹²⁸.

Quanto à primeira categoria, direitos a proteção mediante a emissão de normas jurídico-penais, tem-se que consiste na edição de normas penais visando coibir a prática de atos violadores dos direitos e garantias fundamentais. A Constituição de 1988 é cheia de dispositivos normativos que asseguram esse tipo de prestação jurídica (v.g., art. 5º, XLII e XLIII).

No que tange ao estabelecimento de normas de organização e procedimento, consiste não só na criação, por lei, de estruturas organizacionais, para que os direitos fundamentais ganhem sentido, como também na adoção de medidas normativas que permitam aos indivíduos a participação efetiva na organização e nos procedimentos estabelecidos¹²⁹.

Para Mendes, entram na categoria de direito à organização e ao procedimento todos os direitos fundamentais que dependam de providências estatais para a criação e conformação de órgãos (direito à organização) bem como os de índole normativa que sejam destinados a ordenar a fruição de determinados direitos e garantias, como é o

¹²⁸ GONET BRANCO, op. cit., p. 143.

¹²⁹ Ibidem, p. 144.

caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça, direito à proteção judiciária, direito de defesa, etc)¹³⁰.

O direito à organização e ao procedimento exige, pois, do Estado tanto providências no sentido de estruturar os órgãos quanto de garantir a fruição de direitos e garantias fundamentais mediante a participação efetiva dos indivíduos e da criação de garantias processuais-constitucionais.

Além disso, o direito à organização e ao procedimento exige que as normas que dão vida aos direitos fundamentais sejam interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que as justificam¹³¹.

Porém, a grande questão que se coloca – e que se relaciona especificamente com a eficácia – é saber se existe uma obrigação do Estado no sentido de criar essas normas e se a esta obrigação corresponde a um direito subjetivo fundamental do indivíduo¹³².

2.4.3. Direitos fundamentais à participação

Essa categoria é constituída pelos direitos orientados a garantir a participação dos cidadãos na vontade do país. Na Constituição Federal, encontram-se nos capítulos que tratam da nacionalidade e dos direitos políticos, no título dos direitos fundamentais.

Há quem situe, porém, essa categoria de direitos fundamentais ao lado das referentes aos direitos de defesa e aos direitos a prestação. É o caso de Vieira de Andrade¹³³ e Pereira de Farias¹³⁴, que sustentam a natureza mista desses direitos. Já Alexy,

¹³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p.44.

¹³¹ GONET BRANCO, op. cit., p. 144.

¹³² SARLET, op. cit., p. 196-197.

¹³³ VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais, p. 192-194.

¹³⁴ PEREIRA DE FARIAS, Colisão de Direitos, p. 92.

segundo Sarlet¹³⁵, enquadra esta categoria no âmbito dos direitos prestacionais, mais especificamente entre os direitos à organização e ao procedimento.

Referidos autores não cogitam de colocar esses direitos num terceiro grupo. Embora reconheçam a sua natureza mista, ou os colocam na categoria de direitos a prestação ou os colocam na condição de direitos de defesa¹³⁶.

Em que pese à opinião dos renomados doutrinadores, parece que o mais acertado é colocar os direitos fundamentais à participação em uma terceira categoria de direitos, como o fez Gonet Branco¹³⁷.

Isto porque esta classe de direitos se coloca numa espécie de zona cinzenta entre os direitos à participação e os direitos de defesa, sem que se possa definir com clareza qual a função preponderante que atua neste grupo – tanto é que os autores se dividem quanto a colocá-los em uma ou outra categoria.

Por outro lado, a natureza mista desses direitos atua justamente no sentido de justificar a abertura de uma terceira categoria para um tratamento particular de acordo com a sua estrutura mista de direitos de defesa e de prestação, máxime quando se fala em otimização de eficácia.

¹³⁵ Op. Cit., p. 191.

¹³⁶ É também a proposta de SARLET, op. cit., p. 191-192.

¹³⁷ Op. Cit., p. 151.

3 - HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

3.1. HERMENÊUTICA DAS NORMAS JURÍDICAS

3.1.1. O conhecimento do objeto e a neutralidade da interpretação

A interpretação é um processo onde necessariamente ocorre uma ligação entre um sujeito e um determinado objeto. Para conhecer o objeto a ser interpretado, o sujeito faz uso de uma série de conhecimentos obtidos anteriormente e, através de seus sentidos, obtém um dado novo sobre o que deseja interpretar.

No campo da interpretação das normas jurídicas, ocorre um processo de duplo sentido onde a partir de um determinado texto (fato em bruto), atendendo às proposições jurídicas potencialmente aplicáveis, se precisa o conteúdo das normas a aplicar, transformando a situação de fato em definitiva, atendendo mais uma vez à situação de fato, tanto quanto seja necessário¹³⁸. Trata-se de “uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”¹³⁹.

A interpretação é, portanto, uma atividade de transformação, onde o sujeito cognoscente, de acordo com certas proposições jurídicas aplicáveis, precisa o sentido de determinado objeto, ou seja, transforma uma “situação de fato em bruto” em uma situação definitiva.

Isto ocorre porque o sujeito que observa dado fenômeno estará sempre conhecendo um objeto e criando algo novo que não está totalmente inserido no objeto, mas nas condições pessoais do observador.

Há uma completa intercomunicação entre o sujeito que está observando, e que detém uma série de posições pessoais, e o objeto que está sendo

¹³⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 439.

observado, que, por outro lado, já está comunicando algo ao sujeito que irá ser processado justamente de acordo com as posições pessoais deste¹⁴⁰.

Trata-se de um processo de criação, “limitado às condições impostas pelo objeto que se oferece e pelos conhecimentos prévios do sujeito”¹⁴¹, não sendo correto dizer que “há predominância do objeto sobre o sujeito e nem que há domínio do sujeito como criador do objeto”¹⁴². Dependendo do caso concreto, pode haver tanto a predominância de um como de outro, sendo que é impossível, através de métodos científicos, dizer quem prevalece sobre quem.

O que importa, entretanto, não é fazer um estudo sobre esta predominância do sujeito ou do objeto, mas sim apreender o que vem a ser a interpretação, distinguindo essa atividade intelectual e criativa da hermenêutica, para que, diante dessa distinção e do singular conhecimento desta última, seja possível se estabelecer métodos seguros de concretização das normas jurídicas.

Partindo da premissa de que há uma verdadeira intercomunicação entre o sujeito que observa e o objeto que está sendo observado, tem-se, em primeiro lugar, como conclusão indispensável para o aprofundamento do presente estudo, que não existe uma neutralidade no ato interpretativo. Isto porque, além da posição relativa do objeto observado, há inevitavelmente as concepções pessoais do intérprete, que interfere no processo de observação.

Não existe uma correlação estreita entre aquilo que o legislador pensou e o que foi pensado e aplicado pelo intérprete, pois isto implicaria, na prática, uma neutralidade inalcançável do sujeito, bem como que o objeto fosse observado da mesma forma sob diferentes perspectivas, o que no âmbito das ciências sociais e até mesmo das ciências exatas – basta conferir a teoria da relatividade de Einstein – é impossível.

Como afirma Radbruch “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro”¹⁴³.

¹⁴⁰ BELLO FILHO, Ney Barros. **Sistema Constitucional Aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 16.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁴² *Ibidem*, p. 17.

¹⁴³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Vol. I, parte geral, trad. Cabral de Moncada. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1947, p. 288.

3.1.2. A aplicação e a hermenêutica: os vários resultados possíveis

Partindo do esclarecimento inicial de que a atividade interpretativa não é neutra, pode-se dizer, sem maiores delongas, que esta pode chegar a vários resultados possíveis e até mesmo adequados para a solução dos casos concretos, pelo que errada é a pretensão absoluta de que a interpretação só pode chegar a um resultado correto¹⁴⁴.

Considerando ainda a premissa da intercomunicação entre o objeto e o sujeito, é correto também afirmar que todo ato de aplicação da norma, que logicamente é posterior à interpretação, é um ato de criação do direito.

Daí que também se afigura equivocada a idéia de que o juiz apenas declara o que está contido na lei, porquanto

A doutrina tradicional considera como aplicação de Direito, antes de mais nada, a decisão judicial, a função dos tribunais. Quando soluciona uma disputa entre duas partes, ou quando sentencia uma punição para um acusado, o tribunal aplica, é verdade, uma norma geral do Direito estatutário ou consuetudinário. Simultaneamente, no entanto, o tribunal cria uma norma individual que estipula que uma sanção definida seja executada contra um indivíduo definido. Essa norma individual está relacionada às normas gerais assim como um estatuto está relacionado à constituição. Desse modo, a função judicial é, como a legislação, tanto criação quanto aplicação do Direito¹⁴⁵.

É, pois, a aplicação do Direito, atividade posterior à interpretação, é um processo de criação de normas individuais. Partindo do conhecimento do objeto interpretado, o operador jurídico retira das múltiplas interpretações possíveis da norma a mais adequada para a solução do caso concreto.

¹⁴⁴ Neste sentido, Bonavides, op. cit., p. 409.

¹⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 196.

Esse processo de criação-aplicação do Direito é logicamente limitado. As normas gerais, bem como o texto da norma que está sendo interpretada, determinarão não só o procedimento como também o conteúdo da norma a ser criada¹⁴⁶.

3.1.3. Hermenêutica, interpretação e aplicação

O estudo dos limites do processo de criação-aplicação, que é sempre precedido da interpretação jurídica, faz parte da hermenêutica. Esta, segundo Maximiliano, “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”¹⁴⁷; já a interpretação, para o autor, é a aplicação da hermenêutica, que descobre e fixa os princípios da interpretação¹⁴⁸.

França também perfilha a mesma tese. Para ele, a interpretação consiste na aplicação das regras, “que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais”¹⁴⁹.

Sem embargo da opinião dos mencionados doutrinadores, a hermenêutica não se limita a determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito - pelo que, segundo essa concepção estaria adstrita ao texto normativo - mas, sobretudo a hermenêutica filosófica, descobre os caminhos mais seguros e adequados para que as normas sejam devidamente aplicadas e concretizadas efetivamente.

Bastos também faz uma distinção entre a interpretação e a hermenêutica. Para ele, a interpretação ocorre nos casos concretos, ou seja, “só é possível de exercitar-se a interpretação quando se está diante de um caso a merecer decisão”¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 196.

¹⁴⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 01.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 01.

¹⁴⁹ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 4.

¹⁵⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 21.

Esses caminhos para a decisão do caso concreto são fornecidos em abstrato pela hermenêutica¹⁵¹.

Assim, para o autor, “O hermeneuta oferece os enunciados que servirão à interpretação. O intérprete toma-os como um dado prévio, e deles se utilizará segundo sua arte interpretativa”¹⁵².

Há de se fazer, porém, uma distinção: a interpretação não se confunde com a aplicação das normas jurídicas. A interpretação retira apenas do objeto a ser conhecido, a norma, os múltiplos significados possíveis. A escolha do melhor significado para a solução do caso concreto é que se chama aplicação, atividade, portanto, posterior ao ato de interpretar, posto que

*A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A interpretação é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato. Esses três conceitos são marcos do itinerário intelectual que leva à realização do direito. Cuidam eles de apurar o conteúdo da norma, fazer a subsunção dos fatos e produzir a regra final, concreta, que regerá a espécie*¹⁵³.

Verifica-se, portanto, que a hermenêutica se diferencia da interpretação, posto que esta ocorre diante de um dispositivo normativo, ao passo que aquela fornece os caminhos para se interpretar as normas jurídicas. Outrossim, a aplicação também é diferente da interpretação, posto que esta retira de uma norma seus múltiplos significados, ao passo que aquela ocorre efetivamente em um caso concreto, visando encontrar a melhor solução.

¹⁵¹ Ibidem, p. 21.

¹⁵² Ibidem, p. 22.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 131.

3.2. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

3.2.1. Especificidades da interpretação constitucional

A interpretação constitucional se diferencia da interpretação das demais normas jurídicas em muitos aspectos, em razão da hierarquia e da necessidade de legitimidade da Constituição, da variabilidade e aplicabilidade de suas normas, bem como de suas peculiaridades semânticas.

Não se trata de uma diferença qualquer, porquanto o “que singulariza as normas da Constituição originária no contexto dos demais atos consubstanciadores de normas jurídicas é mesmo de qualidade”¹⁵⁴.

Devido a essas diferenças e especificidades, os cânones da hermenêutica clássica, elaborados para a esfera do Direito Privado, não podem ser aplicados em toda a sua inteireza para a interpretação das normas constitucionais.

É preciso, pois, a elaboração de vetores mais apropriados para a interpretação constitucional, sem, porém, perder de vista que ainda existe espaço, em certas hipóteses, de utilização dos métodos da hermenêutica convencional desde que plenamente adaptada à qualidade das normas da Constituição.

A Constituição é norma hierarquicamente superior, é norma que define o especial modo de ser de uma coletividade, e, portanto, é a base do ordenamento jurídico, na qual todas as demais normas retiram seu fundamento de validade. Essa diferença de grau, por si só, já implica uma hermenêutica diferenciada.

É que as normas constitucionais ao se colocarem em posição de supremacia escapam à perquirição de validade. É dizer, em relação às normas constitucionais originárias há de se considerar que todas são válidas. Partindo-se desta premissa é que se vai, no caso concreto, interpretar qual o conteúdo e eficácia desta norma.

Ao contrário, as normas infraconstitucionais se sujeitam à dupla interpretação: primeiro se verifica se ela é válida perante o ordenamento jurídico, pelo que

¹⁵⁴ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 146.

se faz um exame dos pressupostos formais e materiais de adequação da norma com a Constituição; após essa verificação é que se passa ao exame de conteúdo e eficácia normativos diante do caso concreto.

Além da hierarquia, a Constituição suporta uma carga de legitimidade muito maior do que as normas infraconstitucionais. Ela implica uma decisão fundamental, uma opção de texto e de realidade de um povo, que visa, pelo menos, estabelecer as bases organizacionais da sociedade e do Estado, bem como proteger os direitos e garantias fundamentais.

Uma norma constitucional necessita muito mais de legitimidade do que as demais normas do ordenamento jurídico, porquanto devem inevitavelmente, além de ordenar condutas, refletir em primeiro grau os anseios dos cidadãos que compõem o Estado.

O intérprete não pode descurar de perquirir quais os verdadeiros anseios da sociedade. Deve, portanto, atentar que em toda e qualquer norma constitucional deve prevalecer a vontade do povo, posto que é ela quem fundamenta a construção da Carta Magna, pelo que é possível se falar em interpretação conforme a vontade popular, que está sempre ínsita no programa normativo.

Outra das diferenças das normas constitucionais em relação às outras normas do sistema jurídico está no aspecto da variabilidade e aplicabilidade. É que as normas da Constituição cumprem diferentes funções – basta citar as normas que versam sobre direitos fundamentais – de acordo com o seu programa normativo e o caso concreto a ser solucionado. Podem ser, por exemplo, normas de organização (art. 52 da CF), normas teleológicas (art. 3º, III, da CF) ou normas programáticas (art. 205 da CF).

Como decorrência disso, bem como da própria estrutura da norma, elas se diferenciam no que tange à aplicabilidade, que podem ficar a depender de uma outra norma que lhes desenvolva ou limite a eficácia.

No que tange às peculiaridades semânticas, observa-se que nos textos constitucionais existem muitos termos valorativos, expressões que definem os valores políticos e sociais. Como exemplo, tem-se os conceitos de “liberdade”, “igualdade” e “segurança” previstos no caput do artigo 5º da Constituição brasileira¹⁵⁵. Muito embora estes termos possam existir também no direito infraconstitucional, tais conceitos requerem

¹⁵⁵ Op. cit., p. 5.

uma atenção muito maior por parte do intérprete da Constituição, justamente no sentido de encontrar qual a axiologia política e social presente nos dispositivos.

Assim, não se pode interpretar um conceito aberto do direito infra da mesma forma que se interpreta no direito constitucional. É que naquele (o infra), a cláusula remete ao valor existente na Constituição. Este último que, em compatibilização com os demais valores constitucionais, é quem determina qual o âmbito de aplicação do primeiro.

3.2.2. Aspecto político das normas constitucionais

Todas essas características supramencionadas, porém, são, em essência, e de uma forma ou de outra, conseqüências do verdadeiro elemento diferenciador de lei e Constituição, que é o seu aspecto político. Como afirma Smend: “O critério que permite distinguir a Constituição do resto do ordenamento jurídico, segue sendo o caráter ‘político’ de seu objetivo.”¹⁵⁶.

Para Barroso,

A despeito de seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico. Seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político. Mas não se pode pretender objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio onde se cuida da partilha do poder em nível horizontal e vertical e onde se distribuem competências de governo, administrativas, tributárias, além da complexa delimitação dos direitos dos cidadãos e suas relações entre si e com o Poder Público. Porque assim é, a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se libertará de uma dimensão política, como assinalam os autores mais ilustres¹⁵⁷.

¹⁵⁶ SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Trad.de José Maria Perez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 197. No original, tem-se: “El criterio que permite distinguir la Constitución del resto del ordenamento jurídico, sigue siendo el carácter ‘político’ de su objetivo”.

¹⁵⁷ Op. cit., p. 104-105.

A Constituição, pois, possui conteúdo político não só por florescer de um poder essencialmente político, que é o Poder Constituinte Originário (o qual funda inicialmente o ordenamento jurídico sem nesse ordenamento se fundar), mas também porque seu objetivo é disciplinar as estruturas políticas da sociedade, trazendo para o seu seio os seus principais valores e ordenando os poderes constituídos.

Pode-se dizer, portanto, que as normas constitucionais possuem uma carga política bem maior do que as demais normas do ordenamento justamente pela sua origem e objeto, que fixam os vetores sociais e axiológicos da sociedade¹⁵⁸.

Desta forma, “a distinção entre o direito constitucional e o infraconstitucional não é uma questão de essência, mas de gradação, de tonalidade do elemento político inserido na norma”¹⁵⁹.

Assim, ao se reconhecer uma carga política de maior intensidade na Constituição, conseqüentemente, os métodos utilizados para se interpretar as normas constitucionais devem ser diferenciados dos métodos de conhecimento das normas infraconstitucionais¹⁶⁰, porquanto “o erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental”¹⁶¹.

3.2.3. Equilíbrio entre o político e o jurídico

Em que pese a necessidade de se interpretar a Constituição levando-se em conta seu conteúdo político, deve haver um equilíbrio entre o político e o jurídico no seio constitucional.

Não se pode, de forma alguma, fazer com que o político prevaleça sobre o jurídico ou vice-versa, posto que, certamente, uma preferência manifesta de um sobre o outro, trará graves conseqüências.

¹⁵⁸ BELLO FILHO, op. cit., p. 225.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 225.

¹⁶⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 420.

¹⁶¹ Ibidem, p. 420.

Assim, por exemplo, ao se interpretar a norma que garante a intimidade e a vida privada das pessoas (art. 5^o, X, da CF), jamais o hermenauta pode querer implementá-la de modo a garantir a sua eficácia absoluta em todas as hipóteses, sem considerar os fatos subjacentes a sua aplicação.

É que em alguns casos, a sua juridicidade deve ceder diante de outros vetores políticos, assinalados na Constituição, até mais importantes do que a preservação da intimidade das pessoas. Tudo vai depender do caso concreto em que se está aplicando a norma.

Seria o caso, *verbi gratia*, de uma injúria oral gravada clandestinamente pela vítima num local onde estivesse sozinha com o seu ofensor. Ora, admitir a ilicitude de uma prova deste tipo seria, logicamente, um absurdo, posto que, do contrário, haveria a perpetração de um crime, que ficaria impune só para preservar a intimidade das pessoas.

É, pois, no equilíbrio entre o jurídico e o político que se deve interpretar as normas constitucionais, posto que esta se move no plano delicado da dicotomia a que se tem referido: de um lado, o jurídico, doutro, o político, ambos porém decisivamente importantes, demandando a única solução possível: o equilíbrio desses dois pratos da balança constitucional¹⁶².

O intérprete da Constituição deve, portanto, levar em consideração todas as especificidades acima elencadas, sob pena de subverter a decisão política fundamental e, conseqüentemente, fazer pouco caso da vontade popular expressa nessa decisão.

Deve agir sempre com equilíbrio para que, levando-se em consideração as especificidades constitucionais, principalmente seu conteúdo político, não perca de vista que as normas constitucionais regulam e ordenam condutas, sendo que o desrespeito a estas acarreta a descrença popular no valor da Constituição.

¹⁶² BONAVIDES, op. cit., p. 422.

3.3. METÓDICA CONSTITUCIONAL

3.3.1. Métodos modernos de interpretação constitucional

3.3.2.1. Método tópico

A origem da tópica remonta à Antigüidade Clássica, sendo Aristóteles e Cícero os grandes criadores desse método.

Estudando os argumentos dialéticos (os quais partem do simplesmente provável ou verossímil, e não de proposições primeiras ou verdadeiras) e partindo do conceito de *endoxa* (proposições que parecem verdadeiras a todos ou aos mais sábios), Aristóteles, em sua *Tópica*, empreendeu uma verdadeira busca das premissas, para demonstrar que as conclusões dialéticas são formalmente corretas¹⁶³.

Para Perelman, “Os raciocínios dialéticos que Aristóteles examinou nos Tópicos, na Retórica e nas Refutações Sofísticas se referem, não às demonstrações científicas, mas às deliberações e às controvérsias”.¹⁶⁴ Tratava-se, portanto, de um meio de persuadir pelo discurso, criticando as teses do adversário, defendendo e justificando as suas próprias, através de argumentos que pareciam verdadeiros a todos¹⁶⁵.

Já a *Tópica* de Cícero se preocupa fundamentalmente em formular e aplicar um inventário de tópicos. Consistia basicamente na obtenção de argumentos (uma razão que serve para convencer de uma coisa duvidosa), que estariam contidos nos lugares ou *loci* (os *topoi* gregos). A tópica seria, antes de tudo, a arte de achar os argumentos para a formação do juízo (passagem das premissas para a conclusão)¹⁶⁶.

¹⁶³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p.48.

¹⁶⁴ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. Trad. Virgínia K. Kupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 02.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 02.

¹⁶⁶ ATIENZA, op. cit, p. 49.

Apesar de ter uma importância considerável na formação antiga e da Idade Média, como parte da retórica, a tópica perdeu influência na cultura ocidental a partir da Idade Moderna, com a aparição do racionalismo e do método matemático-cartesiano¹⁶⁷.

Não obstante, reapareceu em 1953 através da obra “Tópica e Jurisprudência” de Viehweg, como reação ao vácuo deixado pelo positivismo lógico-dedutivo, que separou o direito legislado da realidade. Este autor, ao se inspirar em Aristóteles e Cícero, define a tópica como “uma técnica do pensamento problemático”¹⁶⁸, que se caracteriza pelo emprego de certos pontos de vista, chamados de lugares específicos, que servem para a ponderação dos prós e contras das opiniões, o que, através do método dialético, pode conduzir o intérprete ao que é verdadeiro¹⁶⁹.

É, portanto, a tópica uma técnica orientada para o problema. Assim é que Viehweg, partindo da distinção de Hartmann entre pensamento sistemático e pensamento aporético (ou problemático), precisa a tarefa da tópica, ao definir que a aporia “designa precisamente uma questão que é estimulante e iniludível, designa a ‘falta de um caminho’, a situação problemática que não é possível eliminar”¹⁷⁰. Assim, “a tópica pretende fornecer indicações de como comportar-se em tais situações, a fim de não ficar preso, sem saída”¹⁷¹.

Ainda para o mencionado doutrinador, a tópica parte do problema para se chegar ao sistema, enquanto que o pensamento sistemático dá ênfase no sistema, o qual realiza uma seleção dos problemas, sendo que os que não ficarem resolvidos são afastados ou ficam simplesmente sem serem resolvidos¹⁷².

A tópica, portanto, não se compraz com o método dedutivo, ajustando-se mais ao dialético, quando resolve determinado caso, ou, quando fornece um sistema a partir dos problemas, ao método indutivo.

Para Viehweg, porém, a tópica não constitui propriamente um método, por lhe faltarem condições de uma rigorosa lógica e justamente por não fazer uso do método dedutivo, sendo mais propriamente uma técnica de pensar os problemas.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 49.

¹⁶⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudência**. Trad. Luiz Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964, p. 27.

¹⁶⁹ LARENZ, Karl. **Metodología da Ciencia do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 202.

¹⁷⁰ VIEHWEG, op. cit., p. 27.

¹⁷¹ Ibidem, p. 27.

¹⁷² Ibidem, p. 25.

Partindo de um catálogo de verdades consagradas ou aceitas pela maioria dos doutos (*topois*), esse método atua para a solução de problemas concretos, sem levar em consideração o contexto sistemático. A atividade do intérprete, pois, move-se no âmbito do caso a ser solucionado e, somente a partir dele, tendo diante de si um catálogo de *topois*, é que se chega à solução¹⁷³.

Ressaltando a importância dos lugares específicos do direito (*topois*), Perelman afirma que os tópicos jurídicos fornecem razões que permitem afastar soluções não eqüitativas ou desarrazoadas, “na medida em que estas negligenciam as considerações que os lugares permitem sintetizar e integrar em uma visão global do direito como *ars aequi et boni*”¹⁷⁴.

Na medida, portanto, que afasta soluções desarrazoadas ou absurdas, a tópica, como um método orientado para o problema, permite encontrar soluções mais eqüitativas, o que contribui para concretização da justiça.

Foi exatamente isto que permitiu uma maior aproximação do texto da lei com a realidade circundante, que a lógica do positivismo formalista, que enxergava apenas a “pureza” da norma, havia esquecido.

Mediante uma fundamentação dialética mais persuasiva, a tópica criou pelas vias retóricas, atadas à realidade, “uma concepção muito mais rica e fecunda, muito mais aderente à práxis e às subjacências sociais do que as próprias direções antecedentes do sociologismo jurídico tradicional”¹⁷⁵.

Além disso, a Constituição é o campo ideal para a aplicação da tópica, vez que, em virtude dos valores pluralistas da sociedade, as normas constitucionais se revestem de um certo teor de indeterminação. Assim, “difícilmente uma Constituição preenche aquela função de ordem e unidade, que faz possível o sistema se revelar compatível com o dedutivismo metodológico.”¹⁷⁶

Por outro lado, o exagero na aplicação do método tópico ao direito constitucional pode abalar a normatividade da Constituição¹⁷⁷, o que acaba por gerar incerteza e insegurança jurídica.

¹⁷³ Op. cit., p. 35.

¹⁷⁴ Op. cit., p. 120.

¹⁷⁵ Op. cit., p. 455.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 452.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 455.

Para Canotilho, a concretização do texto constitucional a partir dos *topoi* pode conduzir a um casuísmo, pois a atividade interpretativa deve ser feita da norma para o problema e não deste para a norma¹⁷⁸. Outrossim, a Constituição escrita constitui “um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. Muller)”¹⁷⁹.

Atienza também tece severas críticas ao método tópico. Em sua visão,

A tópica não permite ver o papel importante que a lei (sobretudo a lei), a dogmática e o precedente desempenham no raciocínio jurídico; ela fica na estrutura superficial dos argumentos padrões e não analisa a sua estrutura profunda, permanecendo num nível de grande generalidade que está distante do nível da aplicação como tal do Direito (por exemplo, um topos como “o insuportável não é de direito” é demasiadamente genérico para ser aplicável, sem outros critérios, à resolução de um problema concreto) (cf. Alexy, 1978, págs. 40-1). Ela se limita a sugerir um inventário de tópicos ou de premissas utilizáveis na argumentação, mas não fornece critérios para estabelecer uma hierarquia entre eles. E, definitivamente, não proporciona uma resposta – nem sequer o começo de uma resposta – para a questão central da metodologia jurídica, que não é outra senão a racionalidade da decisão jurídica¹⁸⁰.

Em que pese as críticas ao método tópico de interpretação, não se pode olvidar da importância da tópica não só para o Direito Constitucional, em cujo âmago encontra maior guarida, como também para os demais ramos do direito.

Em primeiro lugar, a Constituição, em razão da multiplicidade de valores albergados, revela normas de grande teor de indeterminação, sendo que somente o caso concreto é quem irá determinar qual a interpretação mais adequada.

Além disso, a idéia de um sistema constitucional, apesar de interessante, é difícil de acontecer ao se utilizar o método dedutivo. É que dificilmente, justamente por conta do pluralismo político, a Constituição tem uma ordem e uma unidade perfeitamente delineada.

¹⁷⁸ Op. cit., p. 230.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 250.

¹⁸⁰ Op. cit., p. 57.

No que tange à suposta falta de profundidade alegada por Atienza, o que implica na falta de visão da lei, da dogmática e do precedente, tem-se que esta crítica é destituída de maiores fundamentos. É que o aplicador da norma pode muito bem se aprofundar nos argumentos padrões, bem como colocar a lei, a dogmática e o precedente como *topois* a guiá-lo para uma solução mais justa.

Por outro lado, nenhum método de interpretação é absoluto. Todos, em determinadas situações, podem deixar de ser aplicados, cedendo lugar a outros métodos, inclusive à própria hermenêutica tradicional. Pretender hierarquizar os métodos jurídicos é, de certa forma, o mesmo que dizer que certas normas constitucionais revestem de caráter absoluto em toda as hipóteses, quando se aplica o método de maior hierarquia.

Quanto à racionalidade da decisão jurídica, é bem verdade que a tópica não oferece uma resposta cem por cento verdadeira para essa questão. Entretanto, dizer que não fornece um começo de resposta é completamente equivocado.

É precisamente no âmbito da racionalidade que a tópica atua. Ponderando os prós e contras da aplicação dos *topois*, a tópica, através da dialética, faz uso especificamente da razão para se chegar a uma solução justa, pois a sua grande vantagem consiste “no fato de que, em vez de opor dogmática e prática, eles permitem elaborar uma metodologia jurídica inspirada na prática, e guiam os raciocínios jurídicos, que em vez de opor o direito à razão e à justiça, se empenharão em conciliá-los”¹⁸¹. O máximo que se pode dizer é que a tópica não é um método absoluto (como, aliás, nenhum método é), apto a resolver toda e qualquer questão. Entretanto, além de aproximar o Direito à idéia de justiça, é de importância ímpar para resoluções de casos práticos, mormente em relação aos que envolvam direitos sociais, onde se buscam soluções mais atadas à realidade.

3.3.2.2. Método hermenêutico-concretizador

Igualmente voltado para o problema, encontra-se o método hermenêutico-concretizador. Este método, de inspiração tópica, considera que a

¹⁸¹ Op. cit., p. 131.

interpretação só se realiza quando há um problema concreto a demandar a solução do intérprete, de modo que o teor da norma só se completa no ato interpretativo.

Para Hesse, principal teórico desse método, a interpretação constitucional é uma concretização e visa a uma tomada de decisão no caso concreto. Assim, “aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da ‘realidade’ a ser ordenada”¹⁸².

Tem, pois, a interpretação das normas constitucionais um caráter criador¹⁸³, de modo que o operador do Direito pode construir a norma diante de uma determinada situação histórica concreta.

Concordando com Hesse, Canotilho acrescenta que a leitura de um dispositivo normativo se inicia pela pré-compreensão do intérprete¹⁸⁴. Para ele, a interpretação da Constituição também é feita deste modo, sendo “uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma atividade práctico-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta”¹⁸⁵.

Para se chegar, porém, a essa tomada de decisão, deve haver um procedimento racional, cujo discurso seja fundamentado e controlável, de forma a gerar segurança jurídica e previsibilidade¹⁸⁶.

Esse procedimento começa pelo entendimento da norma a ser concretizada, sendo que esse entendimento, por sua vez, envolve também uma pré-compreensão do intérprete e do problema concreto a ser solucionado, posto que não pode haver compreensão do conteúdo da norma “de um ponto situado fora da existência histórica, por assim dizer, arquimédico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ela se encontra, cuja maturidade informou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo”¹⁸⁷.

No processo de concretização, portanto, o intérprete necessita compreender tanto a norma quanto o problema concreto a ser resolvido. Ambos dependem,

¹⁸² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61.

¹⁸³ Ibidem, p. 61.

¹⁸⁴ Op. cit., p. 1212.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 1212.

¹⁸⁶ HESSE, op. cit., p. 55.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 56.

pois, de sua pré-compreensão que, por sua vez, carece da fundamentação teórico-constitucional, porquanto não é possível uma correta interpretação constitucional sem uma prévia teoria da Constituição, que “converte-se, com isso, em condição tanto da compreensão da norma como do problema”¹⁸⁸.

Ainda no processo tópico de concretização, o intérprete se encontra guiado e limitado normativamente¹⁸⁹, devendo levar em consideração tão somente os *topoi* que estejam relacionados com o problema a ser resolvido, excluindo os que não são apropriados.

Deve, pois, o intérprete tentar compreender a norma constitucional levando em consideração o programa da norma e seu âmbito normativo¹⁹⁰.

O programa da norma está essencialmente contido no texto da norma a ser concretizada, de modo que para o entendimento de seu significado os métodos de interpretação tradicional (literal, histórico, sistemático e teleológico) ganham importância¹⁹¹.

Entretanto, a mera interpretação do texto ainda não possibilita uma concretização satisfatória. Deve-se buscar o âmbito da norma, ou seja, analisar a realidade a ser ordenada a partir dos fatos da vida concretos e compreendê-los na colocação da questão, ou seja, na peculiaridade e configuração material da norma¹⁹².

Precisamente, aos princípios de interpretação constitucional cabe a tarefa de dirigir e limitar, para a consideração, coordenação e valorização, os pontos de vista a serem utilizados na resolução de problemas¹⁹³.

Em razão, portanto, desse seu desiderato, que contribui enormemente para uma hermenêutica voltada para a concretização e eficácia dos direitos sociais, estes princípios (verdadeiros *topois*) serão estudados no próximo capítulo.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 63.

¹⁸⁹ Neste ponto, reside a principal diferença entre a tópica concretizadora de Hesse e a de Viehweg: a de Hesse é vinculada normativamente, ou seja, limitada pela norma; ao passo que na de Viehweg a norma é vista como mais um ponto de vista (*topoi*) a ser considerado para encontrar a solução.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 64.

¹⁹¹ Ibidem, p. 64.

¹⁹² Ibidem, p. 65.

¹⁹³ Ibidem, p. 65-67.

3.3.2.3. Método científico-espiritual

O método científico espiritual, criado por Rodolf Smend, pretende que a interpretação constitucional deva levar em conta o sistema de valores subjacentes à Constituição. Por outro lado, desenvolve a idéia de que o sentido e a realidade que a Carta Magna possui deve ser considerado como elemento do processo de integração da sociedade.

Neste método, o intérprete deve sempre se prender à realidade da vida, ou seja, à concretude da existência, entendida esta pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração¹⁹⁴.

Para Bonavides,

Nenhuma forma ou instituto de direito constitucional poderá ser compreendido em si, fora da conexidade que guarda com o sentido de conjunto e universalidade expresso pela Constituição. De modo que cada norma constitucional, ao aplicar-se, significa um momento no processo de totalidade funcional, característico da integração peculiar a todo ordenamento constitucional. A Constituição se torna por consequência mais política do que jurídica. Reflete-se assim essa nova tomada de sentido na interpretação, que também se ‘politiza’ consideravelmente, do mesmo passo que ganha incomparável elasticidade, permitindo extrair da Constituição, pela análise integrativa, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época, as circunstâncias¹⁹⁵.

Deve, pois, o intérprete partir de uma concepção sistêmica, de uma visão de conjunto, tendo em conta que a Constituição deve ser interpretada como um todo, com percepção global de sentido¹⁹⁶.

¹⁹⁴ BONAVIDES, op. cit., p.437.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 437-438.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 436.

Os chamados fatores extraconstitucionais, considerados pelos formalistas como meta-jurídicos, têm importante lugar na interpretação da Constituição, devendo o intérprete investigar esses fatores para descobrir o verdadeiro “espírito da Constituição” como fator integrativo da sociedade¹⁹⁷.

Disso decorre a importância da teoria de Smend para o direito constitucional. Ao considerar diversos fatores importantes para a interpretação do texto, termina por contribuir para o processo de realização da Constituição e sua função na realidade social e política, contribuindo para determinar o conteúdo da Magna Carta.

O intérprete, de acordo com esse método, leva em consideração os valores efetivamente vividos pela sociedade para aproximar a Constituição real com o texto constitucional. Assim, os valores sociais impor-se-iam sobre o próprio texto constitucional.

Revorio pondera, porém, que o intérprete, muito embora deva levar em consideração a influência da realidade e dos valores sociais, não pode chegar ao extremo de acrescentar outros valores que já não estejam no texto da Constituição¹⁹⁸. Isto porque implicaria flexibilizar demais o texto, de modo a afrouxar a sua normatividade.

Aliás, essa é a principal crítica que se faz a esse método, bem como aos demais métodos de interpretação constitucional baseados na teoria material da Constituição, os quais se apartam da metodologia do positivismo formalista. O apego excessivo à realidade também causa dano, na medida que termina por desacreditar o texto.

Não é outra a opinião de Bonavides, para quem “a ‘manipulação diária’ da Constituição, sem atenção ao seu conteúdo, enfraquece-lhe a eficácia, conforme assinalam Leisner e Wimmer”¹⁹⁹. Foi o que fizeram os seguidores da metodologia do positivismo formal ao aplicarem disposições constitucionais na época do Estado liberal.

Por outro lado, o desprezo dos aspectos formais por parte dos adeptos da teoria material da Constituição, com uma valorização excessiva da realidade, causa também pelo lado oposto igual dano, porquanto abate o prestígio da lei máxima²⁰⁰.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 438.

¹⁹⁸ REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Valores Superiores e Interpretação Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 1997, p. 323.

¹⁹⁹ Op. cit., p.437.

²⁰⁰ Op. cit., p.437.

Em que pese às críticas formuladas, força é convir que Smend foi quem primeiro dotou a interpretação da Constituição de um significado valorativo, dando especial ênfase aos direitos fundamentais, reflexos do sistema de valores albergado constitucionalmente, o qual faz parte do processo de integração²⁰¹.

Em relação aos direitos sociais, pode-se dizer que este método, ao enxergar os valores contidos nas respectivas normas, bem como os fatores extraconstitucionais, contribui para o desenvolvimento de sua eficácia na justa medida em que dá primazia aos valores existentes nas normas, superando, com isso, a lógica do positivismo formalista.

3.3.2.4. Método normativo-estruturante

O método normativo-estruturante foi desenvolvido e sistematizado por Friedrich Müller, o qual inicialmente parte de uma crítica ao modelo clássico de interpretação, vinculado à teoria pura do direito de Hans Kelsen.

Para Müller, a fraqueza da teoria kelseniana reside na identificação entre norma e texto da norma, o que resultaria numa desconexão entre a realidade e a norma a aplicar. Desta forma, esse isolamento – fruto da severa separação entre o ser (sein) e o dever-ser (sollen) – acabava por levar a uma indeterminação do significado do texto, uma vez que este ficaria separado dos elementos da realidade que lhe poderiam conferir sentido²⁰².

Tece, então, severas críticas aos métodos de interpretação baseados no positivismo, porquanto a estrita assimilação da norma à sua configuração lingüística faz com que os intérpretes positivistas considerem os elementos externos aos textos da norma como metajurídicos. Esses métodos seriam incapazes de concretizar adequadamente a norma, mas se restringiriam meramente à interpretação do texto da norma²⁰³.

²⁰¹ REVORIO, op. cit., p. 226.

²⁰² MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3ª ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38-40.

²⁰³ Ibidem, p. 45-48.

Partindo, pois, da distinção entre “norma” e “texto da norma”, Muller desenvolve a sua teoria, fundamentado na idéia de “concretização”, onde a norma seria o resultado final desse processo.

Para o autor, a norma não está contida no texto, que apenas funciona como balizas para a interpretação, nem é preexistente ao trabalho do operador do Direito, mas é resultado de um processo de concretização, ou seja, o emprego de métodos jurídicos em um caso concreto²⁰⁴. Assim,

Enquanto forem indicadas como ‘métodos’ da práxis e da ciência jurídicas somente regras da interpretação, a estrutura da realização prática do direito terá sido compreendida de forma equivocada. A interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo da concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva. Não pode aferrar-se nem ao dogma da evidência nem ao dogma voluntarista. Não pode conceber o processo bem como a tarefa da realização do direito normativamente vinculada como uma mera reelaboração de algo já efetuado. Ela deve elaborar os problemas da ‘pré-compreensão’ da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso. Ela deve partir in totum de uma teoria da norma que deixa para trás o positivismo legalista²⁰⁵.

Para Dantas, como alternativa para essa insuficiência metodológica, Muller desenvolve o seu método de acordo com os seguintes passos: 1º) Levando em consideração as circunstâncias do caso, ou seja, a versão leiga do caso jurídico, o intérprete seleciona os textos de norma mais apropriados ao caso; 2º) Após a escolha dos textos de normas (hipóteses de textos de normas), o intérprete descobre o campo factual (campo de espécie), a partir da soma das hipóteses de textos de normas incidentes aos fatos; 3º) Com a ajuda de todos os métodos de interpretação – inclusive os tradicionais – interpreta-se o conjunto de dados lingüísticos e obtém-se o programa normativo; 4º) Com a ajuda do programa normativo, o intérprete escolhe a partir do campo factual os fatos extra-normativos (dados factuais relevantes extrajurídicos) para a solução do caso, chegando-se assim ao campo normativo; 5º) A soma do programa normativo ao campo normativo forma a norma jurídica, formulada ainda de maneira abstrata; 6º) Com a aplicação dessa norma

²⁰⁴ Ibidem, p. 48.

²⁰⁵ Ibidem, p. 47.

jurídica ao caso concreto, chega-se à norma-decisão, ponto culminante do processo de concretização.²⁰⁶

Essa última etapa (criação da norma-decisão) é a única que, do ponto de vista metódico, pode ser chamada de subsunção, que, segundo Müller, não é um procedimento lógico formal, mas determinado em seu conteúdo pela respectiva pré-compreensão da dogmática jurídica.²⁰⁷

O método de Müller efetivamente é um método que, antes de tudo, separa a norma do texto da norma para, ao final, aplicando-se a norma jurídica ao caso concreto, chegar a uma norma-decisão.

A importância deste método para a eficácia dos direitos sociais está justamente nessa norma-decisão, que permite com muito maior êxito considerar o conteúdo da norma e não apenas o seu texto, o que, ao menos nos casos concretos, possibilita enxergar a vontade da “norma” editada pelo legislador constituinte.

3.3.3. O método mais adequado e os limites da interpretação constitucional

Em relação ao método mais adequado, pode-se dizer que não se pode afirmar que, *a priori*, um determinado método de interpretação constitucional seja superior a outro.

É que tudo vai depender da estrutura do dispositivo normativo a ser interpretado e da realidade concreta subjacente à atividade interpretativa, pelo que somente o caso concreto conjugado com a sensibilidade e o bom-senso do intérprete irá determinar o método aplicável.

Assim, não se pode asseverar que o clássico método sistemático seja melhor que o gramatical ou que o moderno método tópico seja superior ao científico-espiritual (e vice-versa).

²⁰⁶ DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo**. 2ª ed. São Paulo: Madras, 2005, p. 261-263.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 263.

O máximo que se pode afirmar é que os modernos métodos de interpretação constitucional são, via de regra, mais adequados para se encontrar soluções mais consentâneas com a realidade social.

Isto porque, em primeiro lugar, estes novos métodos foram criados especificamente para interpretação das normas constitucionais, ao contrário dos métodos clássicos, criados para interpretação das normas de direito privado. Em razão deste fato, os modernos métodos já levam inegável vantagem sobre os métodos clássicos, visto que levam em consideração as inúmeras especificidades das normas constitucionais (hierarquia, necessidade de legitimidade da Constituição, da variabilidade e aplicabilidade, etc).

Em segundo lugar, os modernos métodos de interpretação constitucional, calcados no pós-positivismo, fazem uma separação entre a norma e o seu texto, que até então eram confundidos pelos métodos clássicos. Isto fez com que surgissem novas possibilidades de interpretação, que atendessem às novas necessidades do Estado Social de Direito.

Sem embargo, deve o intérprete, ao manusear os modernos métodos de interpretação constitucional, tomar cuidado com os limites da atividade interpretativa, abstendo-se de fazer uma mudança de sentido das normas constitucionais. Não se pode, por exemplo, considerar que, no artigo 7º, I, da Constituição brasileira²⁰⁸, se incluam no conceito de justa causa, os despedimentos por motivos econômicos da empresa; ou admitir que no artigo 226, § 1º e 4º,²⁰⁹ estejam previstos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

É que não se pode, na tentativa de se adequar a Constituição à realidade dos fatos ou a leis infraconstitucionais, desconsiderar o seu texto ou fazer uma interpretação de baixo para cima, ou seja, da Constituição de acordo com as leis (e não o contrário, como deve ser feita), porquanto

²⁰⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

²⁰⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §1º O casamento é civil e gratuita a celebração. (...) §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Perspectiva diferente se deve adoptar quanto às tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na *força normativa dos factos*, pretenda <<constitucionalizar>> uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a *constitutio scripta*. Algumas concepções que defendem a idéia de constituição como *concentrado* de princípios, concretizados e desenvolvidos na legislação infraconstitucional, apontam para a necessidade da *interpretação da constituição de acordo com as leis*, a fim de encontrar um mecanismo constitucional capaz de salvar a constituição em face da pressão sobre ela exercida pelas complexas e incessantemente mutáveis questões económico-sociais. Esta *leitura da constituição de baixo para cima*, justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais, pode conduzir à *derrocada* interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e à formação de uma constituição legal paralela, pretensamente mais próxima dos momentos <<metajurídicos>> (sociológicos e políticos)²¹⁰.

Tem-se, portanto, que, embora a interpretação constitucional possa ser criadora, não pode jamais pretender alterar a essência do texto normativo, a *Constitutio scripta*, pois isto equivaleria a operar, por vias transversas, uma emenda constitucional, sem legitimidade para tanto, ou, o que é pior, a subordinar a Constituição às leis, quebrando, por conseguinte, sua estrutura interna e gerando insegurança jurídica.

3.4. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Modernamente, não mais se questiona a enorme importância dos princípios no plano constitucional. São eles que dão coerência ao sistema jurídico, informando-o com a lógica que lhes é peculiar e dotando todas as normas constitucionais de um certo conteúdo valorativo e racional.

Os princípios, ao longo dos anos, vêm crescendo de importância, de sorte que “de antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais,

²¹⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 1230.

desde as derradeiras Constituições da segunda metade deste século, se tornaram fonte primária de normatividade”²¹¹.

Para Bandeira de Mello, princípio

é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra²¹².

A violação de um princípio, portanto, para o citado autor, é a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, porquanto, sendo a base do edifício jurídico-normativo, a sua transgressão implica o estremecimento de todos os demais andares do edifício, implicando a corrosão de sua estrutura mestra.

Para Grau, a relevância dos princípios é tão grande “que da sua inserção no plano constitucional resulta a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada. Isso no sentido de que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios”²¹³. Ou seja, os princípios determinam até mesmo a interpretação das regras contempladas na Constituição, o que sugere, por conseguinte, uma espécie de hierarquia das regras em relação aos princípios constitucionais²¹⁴.

Concordando com Grau, Ataliba acrescenta que também a eficácia das regras são condicionadas pelos princípios, afirmando expressamente que existe

²¹¹ BONAVIDES, op. cit., p. 254.

²¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 841-842.

²¹³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 153.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 153.

hierarquia das regras em relação aos princípios, “de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema”²¹⁵.

Verifica-se, portanto, que todo o sistema jurídico recebe orientação intelectual por parte dos princípios. Para alguns doutrinadores, até mesmo as normas constitucionais que estabelecem regras devem se harmonizar com os princípios, posto que lhes são hierarquicamente subordinadas.

Daí que não se pode mais utilizá-los como mera fonte supletiva e subsidiária das normas, como acontecia antigamente, posto que os princípios, colocados no ápice do sistema, são hoje a principal fonte de coerência e racionalidade da ordem jurídica.

Além dessa nobre função de racionalizar o sistema, os princípios cumprem outras tarefas relevantes no ordenamento jurídico.

Assim é que, para Larenz, os princípios cumprem uma função positiva, consistente no influxo que exercem nas decisões jurídicas, e uma função negativa, consistente na exclusão das normas que contenham valores que lhes sejam contrapostos.²¹⁶

Já para Bonavides, os princípios exercem uma tríplice função: a fundamentadora, a interpretativa e a supletiva²¹⁷. Pela função fundamentadora, os princípios são o fundamento da ordem jurídica, possuindo uma função derogatória (as normas que lhes sejam contrapostas perdem validade) e diretiva (direcionam a elaboração das demais normas); pela função interpretativa, os princípios orientam o labor interpretativo e, finalmente, pela função supletiva, os princípios servem de fonte em caso de insuficiência da lei ou do costume²¹⁸.

Considerando, pois, que os princípios exercem relevantes funções no ordenamento, sendo uma delas a de orientar o trabalho interpretativo, é que o presente trabalho investigará a sua força normativa, bem como a sua importância para a hermenêutica constitucional, mormente no que tange à otimização de eficácia dos direitos sociais.

²¹⁵ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed., atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, 3ª tir., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 154.

²¹⁶ Op. cit., p. 153.

²¹⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 254.

²¹⁸ Ibidem, p. 255.

3.4.1. Os princípios como normas jurídicas

Em precioso estudo sobre o tema, Bonavides acentua que a juridicidade ou normatividade dos princípios passou por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista²¹⁹.

Na fase jusnaturalista, os princípios, concebidos metafisicamente, tinham normatividade “basicamente nula e duvidosa”²²⁰, o que contrastava com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa inspiradora dos postulados de justiça. Muita embora os princípios inspirassem os axiomas jurídicos, de forma a inspirar os ideais de justiça, não eram considerados como normas, mas sim como “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”²²¹.

Na fase positivista, os princípios passaram a integrar os Códigos como “fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como ‘válvulas de segurança’, que garante o reinado absoluto da lei”²²². Nesta fase, os princípios eram considerados como derivados da lei, extraídos dela, não podendo jamais lhe sobrepor, mas apenas suprir os vazios normativos que a lei não puderam preencher. Um exemplo desta concepção encontra-se na ainda atual Lei de Introdução ao Civil brasileiro, cujo artigo 4º relaciona como uma das fontes de integração os princípios gerais de direito.

Por fim, na fase pós-positivista, inaugurada nas últimas décadas do século passado, os princípios conquistam a hegemonia axiológica-normativa nas novas Constituições promulgadas, que os convertem em “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”²²³.

Ainda segundo Bonavides, foi o italiano Crisafulli quem, em 1952, afirmou categórica e precursoramente o caráter normativo dos princípios, ao conceituá-los como

²¹⁹ BONAVIDES, op. cit. p. 232.

²²⁰ Ibidem, p. 232.

²²¹ Ibidem, p. 234.

²²² Ibidem, p. 235.

²²³ Ibidem, p. 237.

toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém²²⁴.

É, pois, na fase pós-positivista que, graças aos trabalhos de Crisafulli, Dworkin e Alexy, os princípios deixam de ser fontes subsidiárias do Direito (saindo dos Códigos para as Constituições), para se tornarem normas jurídicas vinculantes e imperativas, fonte primacial de todo o sistema normativo²²⁵.

Estudando a obra de Crisafulli, Bobbio afirma taxativamente que os princípios são normas, baseado em dois argumentos: 1) se os princípios são extraídos de normas, através de um procedimento de generalização sucessiva, logicamente é porque eles são também normas, pois “se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas”²²⁶; 2) os princípios servem ao mesmo fim para que servem as demais normas, ou seja, para regular um comportamento não regulado²²⁷.

Hoje em dia, portanto, não mais se põe em dúvida o caráter normativo dos princípios, de sorte que, sendo normas jurídicas, vinculam os comportamentos públicos e privados, obrigando os destinatários a seguirem os seus comandos²²⁸. Além disso, este caráter de norma é predicado não só dos princípios positivos, mas também dos princípios gerais de Direito, reconhecendo-se, desta forma, “normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito”²²⁹.

Atualmente, portanto, existe unanimidade no reconhecimento dos princípios como normas jurídicas vinculativas dos comportamentos públicos e privados.

²²⁴ Ibidem, p. 230.

²²⁵ Ibidem, p. 237-238.

²²⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. Trad. Maria Celeste dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 158.

²²⁷ Ibidem, p. 159.

²²⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55.

²²⁹ Ibidem, p. 55.

Essa força normativa faz com que o aplicador do direito, no processo de interpretação, considere, de antemão, os princípios, como fonte unificadora do ordenamento jurídico.

Reconhecida, pois, a juridicidade dos princípios, tem-se que estes se enquadram no gênero normas jurídicas, que se dividem em regras e princípios, ante as inúmeras diferenças existentes entre estas, o que, conseqüentemente, interfere no processo de interpretação e aplicação do Direito.

3.4.2. Diferenças entre princípios e regras

Desde que os princípios e regras se enquadraram, segundo a doutrina majoritária, no gênero normas, diversos critérios são apresentados para se fazer a distinção, nem sempre precisa, destas duas espécies.

Alguns desses critérios são mais consistentes do que os outros, como se poderá perceber. Entretanto, a apresentação sucinta destes neste trabalho, com plena certeza, contribuirá para se ter uma noção, ao menos intuitiva, das diferenças existentes entre ambos.

3.4.2.1. Princípios e regras em Dworkin

Para Dworkin, as diferenças entre regras e princípios envolvem duas distinções feitas pelo autor: a primeira, de natureza lógica; a segunda, decorrente da primeira, de dimensão de peso ou de importância²³⁰.

A de natureza lógica assevera que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida,

²³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 38.

e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para decisão”²³¹.

Para o autor, portanto, se a regra jurídica é válida, ocorrido determinado fato que se enquadra na regra, deve esta ser aplicada. Caso contrário, é inválida e, portanto, não aplicável. Exemplifica, então, com uma regra do direito segundo a qual um testamento só será válido se assinado por três testemunhas: “Se a exigência de três testemunhas é uma regra jurídica válida, nenhum testamento será válido quando assinado por duas testemunhas”²³².

Por outro lado, as regras podem trazer exceções e, para se ter uma maior precisão nas regras, estas devem enumerar todas as exceções, posto que “Se a lista das exceções for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado”²³³.

Ao contrário das regras, os princípios podem não ser aplicados e, nem por isso, deixam de ser válidos. Embora possam não se aplicar a determinado caso, por força de outro princípio, continuam válidos, podendo ser aplicados em casos futuros, vez que não se aplicam à maneira do tudo ou nada. Isso significa que um princípio não anula o outro, diversamente das regras²³⁴.

Por outro lado, as exceções à aplicabilidade dos princípios não são suscetíveis de enumeração taxativa, vez que “isso não contribuiria para um enunciado mais exato ou completo do princípio”²³⁵.

Quanto à segunda diferença apontada por Dworkin, como consequência da primeira, “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância.”²³⁶.

Assim, eventual conflito que ocorra em relação aos princípios deve ser resolvido levando em consideração a importância que cada um tenha no caso concreto, ou seja, pelo sopesamento ou ponderação de forças, porquanto “quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe

²³¹ Ibidem, p. 39.

²³² Ibidem, p. 40.

²³³ Ibidem, p. 40.

²³⁴ Ibidem, p. 41.

²³⁵ Ibidem, p. 41.

²³⁶ Ibidem, p. 42.

aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”²³⁷.

Esta ponderação não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia²³⁸.

Ao contrário dos princípios, os conflitos entre regras não são resolvidos pela ponderação, posto que, na sua ocorrência, uma das regras não é válida e não pode ser aplicada. Por isso que as regras se aplicam a maneira do tudo ou nada²³⁹.

Por outro lado, o sistema jurídico deve procurar resolver esses conflitos, fazendo uso de outras regras para resolvê-los, posto que “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras”²⁴⁰.

Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes²⁴¹.

3.4.2.2. Princípios e regras em Alexy

Para Alexy, a distinção entre princípios e regras “constitui a base da fundamentação jusfundamental e é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”²⁴².

²³⁷ Ibidem, p. 42.

²³⁸ Ibidem, p. 42.

²³⁹ Ibidem, p. 43.

²⁴⁰ Ibidem, p. 43.

²⁴¹ Ibidem, p. 43.

²⁴² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81. No original, tem-se: “Para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales”.

Faz, então, o doutrinador, um apanhado entre os mais diversos autores sobre a distinção entre princípios e regras, ponderando que o mais utilizado é o da “generalidade” – os princípios são normas com alto grau de generalidade, ao passo que as regras têm baixo grau de generalidade²⁴³.

Entretanto, sustenta a tese de que entre as regras e princípios a distinção existente não é só de grau, mas também e, principalmente, qualitativa. Para tanto, considera os princípios como mandados de otimização, que podem ser cumpridos em diversos graus, de acordo com as possibilidades reais e jurídicas. Assim, de acordo com suas palavras:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.²⁴⁴

Por outro lado, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não. Sendo uma regra válida, deve-se fazer exatamente o que ela exige. Nem mais e nem menos. Isto porque as regras contêm determinações que são jurídica e faticamente possíveis, o que corrobora a tese de que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não apenas de grau²⁴⁵.

Para Alexy, porém, a distinção entre regras e princípios apresenta-se com maior clareza quando ocorre uma colisão de princípios ou um conflito de regras²⁴⁶.

²⁴³ Ibidem, p. 83-84. Os outros critérios, segundo o autor, são os da determinabilidade dos casos de aplicação, a origem, o caráter explícito do conteúdo valorativo, o da relação com a idéia de direito ou com a lei jurídica suprema.

²⁴⁴ Ibidem, p. 86. No original, tem-se: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida devida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.”

²⁴⁵ Ibidem, p. 86-87.

²⁴⁶ Ibidem, p. 87.

Um conflito de regras só admite uma das seguintes soluções: I) declaração da invalidade de uma das regras; II) introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito²⁴⁷.

Diferentemente, quando ocorre uma colisão de princípios, o caso não se soluciona com a perda de validade de uma deles ou com a introdução de uma cláusula de exceção, mas através de uma ponderação. Levando-se em consideração as circunstâncias do caso, estabelece-se entre os princípios uma relação de preferência condicionada, verificando-se qual o princípio tem o maior peso, aplicando-se aquele que, mediante a ponderação, for o mais adequado²⁴⁸.

Nem por isso o princípio que não foi aplicado aquele caso deixa de ter validade, podendo em outras situações ser aplicado em detrimento do outro que antes teve precedência. Um exemplo elucidado melhor a questão: considerando uma norma N1 e outra N2, tem-se que, se uma delas sempre precede a outra, verifica-se um conflito de regras onde a norma N1 vigora salvo se ocorrer N2 (ou vice-versa); ao passo que, no caso de colisão de princípios, em certos casos, aplica-se a norma N1 e em outros a norma N2²⁴⁹.

Disso se infere que: a) não há hierarquia de precedência absoluta entre os princípios; b) os princípios referem-se a situações ou ações que não são matematicamente quantificáveis²⁵⁰.

Na hipótese em que algo é permitido por um dos princípios mas vedado por outro, um deles deve recuar, levando-se em consideração o caso concreto, sem que algum deles seja declarado inválido, ou inserida cláusula de exceção. Assim, o problema do conflito de regras se resolve na dimensão de sua validade; enquanto o dos princípios, na dimensão do valor²⁵¹.

A questão mais decisiva, porém, da teoria de Alexy é saber qual dos princípios (em quais condições) deve ter precedência sobre o outro em determinado caso. Explica, então, o teórico que a questão se resolve, tendo em conta o peso dos princípios em determinado caso, posto que a precedência condicionada permite uma resposta simples: “O princípio P1 tem, no caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando

²⁴⁷ Ibidem, p. 88.

²⁴⁸ Ibidem, p. 90.

²⁴⁹ Ibidem, p. 92.

²⁵⁰ Ibidem, p. 94-95.

²⁵¹ Ibidem, p. 92.

existem razões suficientes para que P1 preceda P2, sob as condições C determinadas no caso concreto”²⁵².

Não vai ser, portanto, o enunciado lingüístico que vai definir se uma norma é regra ou princípio, mas o modo em que se apresenta o conflito ou colisão dessas normas. Se uma norma, ao entrar em conflito com outra, cede sempre ou ganha sempre, será tida como regra. Quando, porém, o conflito ocasiona em determinadas situações vitórias e em outras derrotas, tem-se que ocorre uma típica colisão de princípios.

3.4.2.3. Princípios e regras em Canotilho

Canotilho traz à baila diversos critérios para a distinção entre princípios e regras. Entre eles, estão: a) o grau de abstração: os princípios têm um grau de abstração relativamente mais elevado; b) grau de determinabilidade: nos casos concretos, em razão de serem vagos e indeterminados, os princípios carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz); ao passo que as regras podem ser aplicadas diretamente; c) caráter de fundamentalidade: os princípios exercem um papel fundamental no ordenamento jurídico em razão de sua posição hierárquica no sistema das fontes ou de sua importância estruturante; d) proximidade da idéia de direito: os princípios se radicam nas exigências de justiça; as regras podem ser vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, ou seja, estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas²⁵³.

Para o autor, a complexidade da distinção entre princípios e regras deriva de duas questões fundamentais: 1) saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm uma função retórica-argumentativa ou se são normas de conduta; b) se existe uma diferença de grau ou se, pelo contrário, se são susceptíveis de uma distinção qualitativa²⁵⁴.

²⁵² Ibidem, p. 93. No original, tem-se: “lo concepto de precedencia condicionada permite una respuesta simple. Lo principio P1 tiene, en el caso concreto, un peso mayor que lo principio opuesto P2, cuando existen razones suficientes para que P1 preceda P2, sob las condiciones C determinadas en el caso concreto.”.

²⁵³ Op. cit., p. 1160-1161.

²⁵⁴ Ibidem, p. 1161.

Respondendo a primeira questão, o autor faz uma distinção entre princípios hermenêuticos, que desempenham uma função argumentativa e permitem aos juízes o desenvolvimento, integração e complementação do direito, e os princípios jurídicos, que são verdadeiras normas, e, portanto, são “qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas.”²⁵⁵. Assim,

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos 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 (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se²⁵⁶.

Como consequência disso, os princípios permitem um balanceamento de valores e interesses, de acordo com o seu peso e com a ponderação de outros princípios, não obedecendo à lógica do tudo ou nada. As regras, ao contrário, se consideradas válidas, devem ser cumpridas na exata medida do que prescrevem²⁵⁷.

Os conflitos de princípios podem ser resolvidos mediante ponderação ou harmonização, pois eles contêm exigências que, em primeira linha, devem ser realizados; no que tange às regras, é insustentável a validade simultânea de regras contraditórias²⁵⁸.

Por último, afirma que “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).”²⁵⁹.

²⁵⁵ Ibidem, p. 1161.

²⁵⁶ Ibidem, p. 1161.

²⁵⁷ Ibidem, p. 1161-1162.

²⁵⁸ Ibidem, p. 1162.

²⁵⁹ Ibidem, p. 1162.

3.4.3. Princípios de interpretação constitucional

A elaboração de um rol de princípios de interpretação constitucional facilitou bastante a tarefa de interpretação destas espécies de normas. O catálogo de tópicos auxilia na decisão de problemas práticos, posto que servem de referência ao intérprete para a construção de uma decisão adequada para os casos concretos.

Este catálogo, para Canotilho, foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante e se tornou um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional, sendo que o recorte deste catálogo é feito de forma diversa pelos autores²⁶⁰.

Para o doutrinador, no rol de princípios tópicos de interpretação constitucional destacam-se os seguintes: da unidade da constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da justeza ou da conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização, da força normativa da Constituição, da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, da interpretação do direito interno em conformidade com o direito comunitário²⁶¹.

Barroso²⁶² e Coelho²⁶³, entre outros, apontam ainda para o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, aplicável ao direito em geral e de extrema relevância para a interpretação dos direitos sociais, especialmente quando ocorre um aparente conflito entre princípios.

Existem ainda outros princípios tópicos de interpretação constitucional mencionados por vários outros autores, como os da presunção de constitucionalidade das leis e o da supremacia da Constituição.

O presente trabalho, porém, limitar-se-á àqueles que mais interessam para uma hermenêutica que vise otimizar a eficácia das normas de direitos fundamentais sociais.

²⁶⁰ Ibidem, p. 1223.

²⁶¹ Ibidem, p. 1223.

²⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218-246.

²⁶³ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 139-141.

3.4.3.1. Princípio da unidade da Constituição

Por este princípio, o intérprete deve considerar as normas constitucionais harmonicamente, de forma global, e não como normas isoladas e dispersas, considerando que as normas constitucionais fazem parte de um sistema unitário de normas e princípios²⁶⁴.

Busca-se, com isso, “harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local)”²⁶⁵.

Aceito e posto em prática esse princípio, o intérprete pode bloquear o próprio surgimento de eventuais conflitos, ao desqualificar, como contradições meramente aparentes, as situações em que duas ou mais normas constitucionais pretendem regular a mesma situação de fato²⁶⁶.

Ao visualizar a Constituição como um sistema de elementos coordenados e integrados entre si, o princípio da unidade ajuda o intérprete a evitar as contradições entre as normas constitucionais.

Isto porque, ao considerar a unidade lógico-hierárquica do sistema, chega o intérprete à conclusão de que uma norma constitucional não pode entrar em contradição com outra, nem a ela se sobrepor, porquanto isso significaria uma quebra dessa unidade.

Assenta-se, portanto, na premissa de que inexistente hierarquia normativa entre as normas constitucionais, vez que, em direito, hierarquia significa que uma norma retira seu fundamento de validade de uma outra que lhe seja superior, de acordo com a concepção de Kelsen, o que não ocorre entre as normas constitucionais originárias²⁶⁷.

Por fim, este princípio, além de dar suporte a todos os demais cânones de interpretação constitucional, “otimiza as virtualidades do texto da constituição,

²⁶⁴ CANOTILHO, op. cit., p.1223-1224.

²⁶⁵ Ibidem, p. 1223.

²⁶⁶ COELHO, op. cit, p. 131.

²⁶⁷ BARROSO, op. cit., p. 203.

de si naturalmente expansivo, permitindo aos seus aplicadores construir as soluções exigidas em cada situação hermenêutica.”²⁶⁸.

De fato, este princípio pode ser considerado como de grande importância para os demais, vez que assenta o entendimento de que a Constituição deve ser interpretada de forma global e harmônica, no sentido de se procurar a sua unidade.

Nesse seu papel de buscar harmonizar tensões existentes entre os princípios, procurando solucionar as eventuais antinomias, o princípio da unidade termina por otimizar a construção de soluções hermenêuticas, podendo, pois, ser considerado de vital importância para uma hermenêutica constitucional que vise ao desenvolvimento de eficácia dos direitos sociais.

3.4.3.2. Princípio do efeito integrador

O princípio do efeito integrador significa que “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.”²⁶⁹.

Este princípio assenta-se na premissa de que a Constituição deve produzir e manter a coesão sócio-política do Estado, vez que esta coesão é requisito indispensável de qualquer sistema jurídico²⁷⁰.

Alerta, porém, Coelho que

Em que pese a indispensabilidade dessa integração para a normalidade constitucional, nem por isso é dado aos aplicadores da constituição subverter-lhe a letra e o espírito para alcançar esse objetivo a qualquer custo, até porque, à partida, ela se mostra submissa a outros valores, desde logo reputados fundamentais – como a dignidade humana, a democracia e o pluralismo, por exemplo – que precedem a sua

²⁶⁸ COELHO, op. cit., p. 131.

²⁶⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 1224.

²⁷⁰ COELHO, op. cit., p. 135.

elaboração, nela se incorporam e, afinal, seguem dirigindo a sua interpretação²⁷¹.

O princípio do efeito integrador funciona, portanto, como um tópico de orientação para o intérprete, que não pode forçar uma interpretação que subverta a letra e o espírito da Constituição, vez que estes elementos (letra e espírito) consubstanciam verdadeiros limites para a concretização normativa.

Deve haver, pois, cautela por parte do intérprete na realização deste princípio. Se a norma permitir, ou se estiver em dúvida sobre as diversas interpretações cabíveis, pode e deve utilizar este princípio. Por outro lado, inexistindo dúvidas deve respeitar a texto normativo.

3.4.3.3. Princípio da máxima efetividade

Pelo princípio da máxima efetividade, deve o intérprete buscar a máxima efetividade possível da norma constitucional, de forma a otimizar a sua eficácia sem alterar, porém, o seu conteúdo.

Efetividade, para Barroso, significa a realização do direito ou a atuação prática da norma, “fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados”²⁷², para que haja uma “aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”²⁷³.

Entre duas interpretações possíveis, deve o intérprete optar por aquela que prestigie a vontade da Constituição, evitando, quando possível, soluções fundamentadas no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma²⁷⁴.

Mesmo no caso de normas constitucionais de eficácia limitada, que são aquelas que necessitam de lei para a sua aplicação²⁷⁵, deve o intérprete procurar

²⁷¹ Ibidem, p. 135.

²⁷² Op. cit., p. 374.

²⁷³ Ibidem, p. 374.

²⁷⁴ Ibidem, p. 374.

sempre uma solução que preserve a vontade constitucional, evitando interpretações que esvaziem o sentido da norma ou deixe sem realização esta vontade, porquanto como assevera Verdú

Quando um ordenamento jurídico é capaz de suscitar ampla e intensa adesão efetiva quanto à sua normação e, sobretudo, quanto às instituições mais enraizadas em suas bases sociais, então tal ordenamento é algo vivo. Não está ali, afastado, nutrindo-se solitariamente de suas próprias interconexões e interpretações formais. Penetra nas entranhas populares para converter-se em ordenamento sentido²⁷⁶.

Deve, portanto, o intérprete-aplicador do Direito rejeitar as interpretações que se apegam ao formalismo estéril das interconexões textuais, para, ao invés disso, otimizar a vontade da norma.

Apesar de ser operativo em relação a todas as normas constituconais, este princípio deve ser utilizado principalmente no âmbito dos direitos fundamentais sociais, devendo o intérprete, em caso de colisões entre esses direitos, tentar harmonizar as normas em conflito de forma a retirar de cada uma delas a máxima eficácia. Na dúvida, deve se preferir a interpretação que reconheça a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.²⁷⁷

3.4.3.4. Princípio da justeza ou da conformidade funcional

O princípio da justeza ou da conformidade funcional visa fazer com que o órgão encarregado da interpretação da norma constitucional não chegue a um

²⁷⁵ Cf. Capítulo 03 deste trabalho.

²⁷⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 07.

²⁷⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 1224.

resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido²⁷⁸.

Em outras palavras, quer isso significar que, em sede de concretização constitucional, não pode o intérprete alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecida, pois isso implicaria violação da própria Constituição.

Trata-se, portanto, de um princípio que visa assegurar as competências estabelecidas na Constituição, de forma a evitar que, em sede de interpretação, haja uma modificação do esquema organizatório-funcional estabelecido constitucionalmente.

3.4.3.5. Princípio da concordância prática ou da harmonização

Intimamente ligado ao princípio da unidade, o princípio da concordância prática ou da harmonização impõe ao intérprete a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Para Canotilho, “O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos).”²⁷⁹.

De fato, em razão da ampla maioria das normas de direitos fundamentais serem estruturadas na forma de princípios, é que, ante a colisão destes, o intérprete deve fazer uso da ponderação de bens, tentando, preliminarmente, otimizar ao máximo as normas-princípios que estão se colidindo, reduzindo sua eficácia de um relação ao outro naquele caso concreto de forma adequada.

Fundamenta-se, pois, o princípio da concordância prática, na idéia de que os bens constitucionais são de igual valor, não existindo uma diferença de hierarquia, o que impõe ao intérprete a tarefa de tentar conciliar ou harmonizar estes bens.

²⁷⁸ Ibidem, p. 1224.

²⁷⁹ Ibidem, p. 1225.

Não se quer dizer com isso que, nas questões práticas, não possa um determinado princípio preponderar totalmente sobre o outro. O que este princípio impõe é uma diretiva de interpretação, ou seja, sempre que possível, na solução dos casos concretos, deve o intérprete procurar harmonizar as normas constitucionais em conflito, ponderando-as adequadamente.

Trata-se de uma recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum²⁸⁰.

Preliminarmente, portanto, deve o intérprete buscar harmonizar os bens em conflitos, retirando de cada um deles o máximo de sua eficácia para a aplicação nos casos práticos. Somente quando não for possível coordenar esses bens é que um deles, em razão de seu peso para a hipótese concreta, preponderará totalmente sobre o outro.

3.4.3.6. Princípio da força normativa da Constituição

Pelo princípio da força normativa da Constituição “deve, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, ser dada a preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima.”²⁸¹.

Quer isto significar que o intérprete ao atualizar a Constituição, tendo em conta que as possibilidades e condições históricas se transformam, deve prestigiar a sua força normativa, de forma a garantir a eficácia e permanência de suas normas.

²⁸⁰ COELHO, op. cit., p. 131..

²⁸¹ COELHO, op. cit., p. 68.

3.4.3.7. Princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição

Implica verificar, dentro da ordem constitucional, se existe entre as várias interpretações possíveis, alguma que permita a compatibilização da norma interpretada com a Constituição.

Trata-se, portanto, da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outras possibilidades interpretativas.

Para Canotilho, o referido princípio comporta várias dimensões, quais sejam: a) o princípio da prevalência da Constituição, que impõe ao intérprete escolher, entre várias possibilidades de interpretação, aquela que não contrarie o texto e o programa da norma constitucional; b) o princípio de conservação de normas, o qual afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando possa ser interpretada com a Constituição; c) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição mas ‘contra legem’, o qual assevera que, mesmo que haja concordância com a Constituição, o intérprete não pode contrariar a letra e o sentido desta norma²⁸².

De acordo com as dimensões mencionadas, o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição só pode ser aplicado quando: 1) houver um espaço de decisão, ou seja, várias propostas interpretativas, umas em conformidade, que devem ser preferidas, e outras em desconformidade; 2) quando se chega a um resultado interpretativo em inequívoca contradição com a Constituição, deve essa interpretação ser rejeitada por inconstitucionalidade, proibindo-se aos magistrados a sua correção; 3) o referido princípio não pode ser aplicado quando contrariar os sentido e os fins da lei, mesmo que a interpretação esteja em consonância com a Constituição²⁸³.

Verifica-se, portanto, que o princípio da interpretação conforme a Constituição se reveste de uma peculiar importância para a hermenêutica constitucional, pois permite ao intérprete, quando isto é possível, conservar a norma, dando-lhe uma interpretação adequada à vontade constitucional.

²⁸² Op. cit., p. 1226.

²⁸³ Ibidem, p. 1227.

3.4.3.8. Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, ou ainda o da proibição de excesso, talvez seja o de maior aplicação no âmbito dos direitos fundamentais. É que, nesses tipos de normas, de caráter preponderantemente principiológico, é comum a colisão entre dois ou mais bens nos casos concretos. É justamente aí que entra o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, impondo ao intérprete a ponderação dos bens em conflito sempre de acordo com as idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida e proibição de excesso.

Para Barros,

A exigência de uma ponderação de interesses em conflito, como demonstrar-se-á, requer do legislador uma tarefa de concordância prática entre os interesses em jogo, de maneira a impedir o sacrifício de um relação ao outro. Nesse delicado procedimento, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro técnico: por meio dele verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal, o que se busca é a garantia dos indivíduos de uma esfera composta por alguns direitos, tidos por fundamentais, que não possam ser menosprezados a qualquer título.

Com as reflexões até aqui desenvolvidas, já se pode observar que o princípio da proporcionalidade tem como principal campo de atuação o dos direitos e garantias fundamentais, e, por isso, qualquer manifestação do poder público deve render-lhe obediência²⁸⁴.

Fundamentado, pois, na própria idéia de proteção dos direitos fundamentais, peculiar em um Estado Democrático de Direito²⁸⁵, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, ao proteger estes direitos, terminam por otimizá-los, o que resulta em uma interpretação mais adequada e justa ao caso concreto.

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade é bastante utilizado como parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para se

²⁸⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 28.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 98.

verificar se eles estão consoante o valor superior a todos os ordenamentos jurídicos: a justiça²⁸⁶.

Nesta função, utiliza-se este princípio para verificar também se os atos do Poder Público estão consoante as normas de direitos fundamentais, aferindo-se se estes tiveram uma carga de ingerência desmedida na esfera jurídica dos particulares ou se forem insuficientes para a adequada proteção dos direitos fundamentais, posto que, segundo Canotilho, “o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais”²⁸⁷.

Partindo, pois, da premissa de que o Poder Público tem a obrigação constitucional para, de acordo com o princípio da proporcionalidade, evitar medidas excessivas e adotar medidas suficientes na proteção dos direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que tanto viola a Constituição os atos que sejam excessivos quanto os que sejam insuficientes.

Isso significa que pode o Judiciário, com base neste princípio, rejeitar estes atos por inconstitucionalidade, obrigando o Poder Público, nos casos de medidas insuficientes, a editar atos que sejam adequados à proteção total dos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade é também bastante utilizado para o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Assim, embora possa o legislador, mesmo nos casos em que não haja uma específica autorização constitucional, restringir direitos fundamentais a fim de prevenir conflitos resultantes de pretensão colidentes, deve respeitar os limites dados principalmente pelo princípio da proporcionalidade, para que essas restrições não resultem numa supressão ou desvirtuamento destes direitos.

No que tange aos elementos do princípio da proporcionalidade, bastante úteis para a sua correta aplicação, tem-se que são três a serem observados: o princípio da conformidade ou adequação de meios; o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

²⁸⁶ BARROSO, op. cit. p. 224.

²⁸⁷ Op. cit., p. 273.

Pelo princípio da conformidade ou adequação de meios, a medida que pretende realizar o interesse público deve ser adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar. Assim, os atos do poder público, que devem atender a relação de adequação medida-fim, “pressupõe a investigação e prova de sua *aptidão para* e sua *conformidade com* os fins que motivaram a adoção.”²⁸⁸.

Por este elemento, portanto, deve haver uma relação razoável e adequada entre os motivos, meios e fins dos atos, que devem estar em consonância com os valores expressos e implícitos da Constituição. Por exemplo, se para estimular a educação, o Governo resolver baixar os preços dos livros didáticos para as pessoas de baixa renda, esta medida é perfeitamente racional e adequada para os fins em questão, que é justamente fazer com que as pessoas de baixa renda tenham acesso à educação. O mesmo não se pode dizer se, para controlar uma epidemia, o Governo baixa os preços dos livros didáticos, pois isto nada tem a ver com o fim a que se visa.

Já pelo princípio da necessidade, deve o Poder Público escolher os meios menos gravosos para o atingimento dos fins visados, evitando sempre que possível uma ingerência indevida na esfera de liberdade dos cidadãos.

Exige-se sempre do Poder Público a prova de que a medida adotada foi a menos gravosa aos cidadãos, sob pena de invalidação do ato ou, no caso das leis, de declaração de inconstitucionalidade, posto que, como aduz Barroso: “Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas”²⁸⁹.

Por último, pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se verificar sempre a relação custo-benefício da medida tomada, ponderando os resultados obtidos e os danos causados, para verificar “se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à <<carga coativa>> da mesma.”²⁹⁰.

Através da ponderação de bens, deve-se levar em consideração a justa medida para o fim visado, pesando as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim, para constatar se é justificável a interferência na esfera jurídica dos cidadãos, pois como bem resume Guerra Filho:

²⁸⁸ Op. cit, p. 79.

²⁸⁹ Op. cit., p. 228.

²⁹⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 270.

O 'princípio da proporcionalidade em sentido estrito' determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja judicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo que não se fira o "conteúdo essencial" (Wesensgerhalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens²⁹¹.

Do exposto, verifica-se que, das múltiplas funções, bem como dos elementos que lhe garantem uma correta aplicação, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade é de enorme importância para a construção de uma hermenêutica otimizada de eficácia dos direitos fundamentais, vez que não só os protege contra atos de ingerência indevida, como também garante ao Judiciário a possibilidade de ir buscar uma interpretação que supra a insuficiência de sua concretização.

²⁹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 70-71.

4 - EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

De acordo com a concepção sociológica de Lassale, a Constituição deve refletir os fatores reais do poder que estão no seio de cada sociedade, pois estes são a “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.”²⁹².

A Constituição escrita deve, portanto, corresponder à Constituição real, cujas raízes se encontram nos fatores do poder que regem o país, posto que, do contrário, “irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”²⁹³.

Da lição do mencionado autor, infere-se que deve haver uma estreita correspondência, um verdadeiro reflexo, entre o texto da Constituição e a realidade estatal composta dos fatores reais do poder. Onde não houver esta correspondência, a Constituição escrita, mais dia menos dia, sucumbirá diante da Constituição real.

Em que pese a necessidade de se tentar aproximar ao máximo o texto da Constituição da realidade sociológica, não pode a Constituição simplesmente refletir os fatores reais de poder, sob pena de se converter o Direito Constitucional numa simples ciência do ser, colocando-o em contradição com a própria essência da Constituição e dando-lhe “a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes.”²⁹⁴.

A Constituição possui uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado, ainda que de forma limitada, sendo muito mais do que mera expressão de um ser, mas também de um dever-ser, vez que graças à pretensão de eficácia, procura imprimir ordem e conformação à realidade política²⁹⁵.

²⁹² LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. 2ª ed. Campinas: Minelli, 2005, p. 19.

²⁹³ Ibidem, p. 64.

²⁹⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 11.

²⁹⁵ Ibidem, p. 12.

Para que a Constituição possa se transformar em força ativa, é preciso que as tarefas que ela impõe sejam efetivamente realizadas, existindo uma disposição de orientar a conduta de cada um segundo uma ordem nela estabelecida e uma vontade de concretizar essa ordem²⁹⁶.

Além disso, deve imprimir na consciência geral não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição, que se baseia “na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme.”²⁹⁷.

Diante da constatação de que a Constituição possui uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado, que imprime também ordem e conformação à realidade, pode-se chegar, sem necessidade de maiores digressões, à conclusão de que as normas constitucionais devem ser interpretadas de forma a se obter a máxima eficácia ou, como bem afirma Hesse, de acordo com o “princípio da ótima concretização da norma”²⁹⁸, que deve consolidar e preservar a força normativa da Constituição. Assim, “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”²⁹⁹

Resulta claro, portanto, que as normas constitucionais devem ser otimizadas, ou seja, procurar atingir um nível de eficácia ótimo para que se possa preservar a força normativa da Constituição.

Nesse processo de otimização, assume importância não só a consciência geral de que a Constituição deve ser realizada, mas também – e principalmente – a interpretação. Esta deve sempre ser voltada para realizar a vontade da Constituição ditada pelos anseios democráticos, pois, como já dizia Barbosa, “não há numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos.”³⁰⁰.

Particularmente no que se refere às normas constitucionais de direitos fundamentais sociais com muito mais razão a otimização de eficácia se impõe.

²⁹⁶ Ibidem, p. 19.

²⁹⁷ Ibidem, p. 19.

²⁹⁸ Ibidem, p. 19.

²⁹⁹ Ibidem, p. 22-23.

³⁰⁰ BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 489.

Sendo estas de importância vital para a sociedade, para o Estado Democrático de Direito e para a Constituição, vez que consubstancia a essência de toda e qualquer Carta Magna, não há como negar que a interpretação deve sempre procurar o sentido que lhes desenvolva, da forma mais ampla possível, a sua eficácia.

4.1. O PAPEL DOS JUÍZES NO DESENVOLVIMENTO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

A construção de uma hermenêutica otimizadora de eficácia dos direitos fundamentais sociais passa inequivocamente pela releitura do papel dos juízes na concretização das normas da Constituição.

Não se quer com isto dizer que os demais intérpretes da Constituição – advogados, promotores, cidadãos, etc – não precisem de uma nova posição paradigmática, uma vez que tudo começa por uma transformação no modo de pensar da sociedade. Entretanto, em razão do relevante papel decisório exercido pelo Poder Judiciário, uma mudança de pensar dos membros deste Poder, quase sempre, implica uma mudança cultural das demais pessoas³⁰¹.

É preciso, pois, uma nova tomada de posição por parte dos juízes em relação ao papel que lhe é destinado pela Constituição. Isto significa uma mudança de paradigmas no que tange à interpretação da Carta Magna, passando de uma postura passiva e submissa aos demais poderes; para uma outra, ativa e consciente de suas funções em um Estado Democrático de Direito.

Além disso, é preciso se revisar inúmeros dogmas, tais como o da supervalorização do princípio da legalidade ao invés da constitucionalidade; o da separação dos poderes, que em muitos casos torna sem efeito a função jurisdicional, e o do legislador positivo, corolário do princípio da separação dos poderes.

³⁰¹ Infelizmente, nem sempre uma mudança de pensar das pessoas reflete uma mudança de postura dos juízes.

4.1.1. A supervalorização do princípio da legalidade

No mundo contemporâneo, não há mais como se sustentar que o juiz seja um mero pronunciador das palavras da lei, não podendo realizar qualquer atividade interpretativa e nem questionar a sua validade ou conformidade com o valor justiça, como era ao tempo do Estado absolutista francês, que serviu de modelo para os demais países europeus-continentais e latino-americanos³⁰², porquanto, consoante Gomes, o juiz da tradição francesa

foi concebido para ser *escravo da lei*, um simples longa *manus* do Poder Político, sem nenhuma independência, um cego aplicador do texto elaborado e interpretado pelo Legislativo, acrítico, passivo, asséptico, autômato e, por tudo isso, bastante funcional. E é lógico que foi enquadrado dentro do amplo conceito de funcionário público. É bem verdade que na praxe nem sempre os juízes corresponderam a esse modelo asséptico, porém não menos correto é a conclusão de que esse modelo era e é bastante conveniente ao Poder Político³⁰³.

Realmente, não há modelo mais conveniente para o Poder Político do que um Poder Judiciário escravo da lei, acrítico e passivo, pois isto é o mesmo que dizer, em outras palavras, subserviência às vontades, muitas vezes inescrupulosas, dos legisladores (e demais governantes) e, por outro lado, desrespeito à vontade da Constituição.

Não se pode conceber, ainda, que, diante dos inúmeros problemas sociais que assolam os países em desenvolvimento, máxime o Brasil, o juiz revele tibieza frente aos demais poderes, preferindo, na maioria das vezes, adotar uma postura cômoda e conservadora, isolada dos problemas sociais e políticos, a pretexto de garantir uma falsa neutralidade e imparcialidade.

Por isso, o magistrado moderno jamais pode ficar sob o império da ideologia da conformidade, subordinados ao dogma de que a jurisdição tem que estar

³⁰² GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da Magistratura**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 28.

³⁰³ *Ibidem*, p. 28-29.

sempre isolada das questões políticas e sociais, como faziam os antigos juízes-funcionários que, sob o pretexto de garantir a sua neutralidade, aceitavam “resignadamente sua função de *simples correia de transmissão*, isto é, simples aplicador da lei, tal como ela é elaborada pelo Poder Político, quase sempre sem questionar sua justiça ou, acentuadamente, sua constitucionalidade”³⁰⁴.

Em que pese a obviedade dessa afirmação para os tempos atuais, essa função de simples correia de transmissão não só é exercida atualmente por grande parte dos juízes brasileiros, como também, por incrível que pareça, pelos Ministros da mais alta Corte, como registra o acórdão RE-AgR 309381 / DF, onde o Supremo Tribunal Federal examinou a constitucionalidade da Lei nº 8.088/90, que majorou o índice de correção monetária do imposto de renda das pessoas jurídicas. Na ementa do mencionado julgamento está consignado expressamente que “não cabe ao Poder Judiciário agir como legislador positivo para alterar índice de correção monetária definido em lei.”³⁰⁵.

Do referido acórdão, infere-se de plano que o Supremo Tribunal Federal preferiu outorgar à lei um tratamento superior à Constituição, porquanto ao invés de alterar o índice de correção monetária, reduzindo-o para um valor justo e equitativo, preferiu se apegar ao princípio da legalidade.

A citada decisão é questionável em vários aspectos. É que, afora a patente violação aos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade, tem-se as seguintes e principais indagações: 1) e se a lei estabelecer um índice de correção monetária absurdo ou que não corresponda à realidade, sendo desta forma injusto, deve o Judiciário permanecer inerte, preso ao dogma da legalidade e da proibição do legislador positivo? 2) E o princípio da constitucional da proibição de confisco (art. 150, IV, da CF), que pelas suas características deve ser considerado direito fundamental?

É por essas e outras que se faz necessário, para a construção de uma hermenêutica adequada para o desenvolvimento de eficácia dos direitos sociais, estabelecer um novo modo de pensar do juiz, fazendo-o crer que suas atribuições são muito mais voltadas para a realidade social e política, bem como para a realização dos preceitos constitucionais e do valor justiça, do que para o apego à letra da lei e ao formalismo jurídico, porquanto como afirma Krell:

³⁰⁴ Op. cit., p. 31.

³⁰⁵ AGRAVO REGIMENTAL ..., 2006.

Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos Direitos Fundamentais seja a atitude ultrapassada de grande parte da Magistratura Brasileira para com a interpretação constitucional, cuja base consiste no formalismo jurídico que tem dominado gerações de operadores de Direito, especialmente durante o tempo autoritário.(...) Podemos observar, até os dias de hoje, uma maneira extremamente formal de argumentação em grandes partes da doutrina e da jurisprudência do Brasil, que se concentra quase exclusivamente em aspectos lógicos-formais da interpretação jurídica e não permite a influência de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material³⁰⁶.

4.1.2. O Princípio da Separação dos Poderes e o mito do legislador positivo

O princípio da separação dos poderes encontra a sua raiz remota na antigüidade greco-romana e tinha como objetivo principal a limitação do poder político. De acordo com essa idéia, a limitação abrangia os seguintes axiomas: a) o poder político deve emanar de uma estrutura institucional objetiva e não imediatamente da vontade dos homens; b) essa estrutura institucional deveria ser diferenciada, tanto do ponto de vista orgânico como funcional; c) ela deve ser juridicamente conformada e deve atuar de acordo com a lei; d) deve ser estável, sendo, para isso, ponto de convergências de várias classes sociais, de interesses divergentes³⁰⁷.

Nesse último axioma encontra-se a teoria da Constituição mista ou do governo misto, considerada por Aristóteles como a melhor, vez que vários grupos e classes participam do político político - o que se lhe contrapõe a Constituição pura, em que apenas um grupo detém o poder político³⁰⁸.

Apesar das divergências doutrinárias, foi John Locke o primeiro teórico da separação dos poderes, porquanto foi ele quem construiu uma teoria, baseado na idéia da *rule of law*, onde se fazia uma divisão de funções entre os poderes federativo, legislativo e executivo (este último abrangia o Judiciário), muito embora não tenha

³⁰⁶ KRELL, Andréas. **Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais**. In: KRELL, Andréas (org). *A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 48.

³⁰⁷ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 31-32.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 33.

sublinhado a idéia da inclusão de um Poder Judiciário autônomo e nem de um sistema de equilíbrio entre os poderes³⁰⁹.

Muito embora se possa atribuir a Locke a origem da teorização do princípio, foi Montesquieu quem a toda evidência assinalou a idéia, ainda incipiente, de um sistema de freios e contrapesos e da inclusão do Poder Judiciário como poder autônomo.

Partia Montesquieu de uma concepção bastante pessimista no que se refere à relação do homem com o poder. Considerava que o homem tendia a abusar do poder se não encontrasse limites para a sua atuação. Assim, para que a liberdade fosse assegurada deveria existir no Estado uma divisão de poderes, pois

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos³¹⁰.

Vê-se, pois, dessa breve digressão sobre a origem do princípio, que a idéia central que o norteia, desde o início, é a limitação do poder político. Para que o homem não abuse desse poder, este deve encontrar limites, que devem ser estabelecidos pela própria sociedade. O princípio da separação dos poderes, na sua estrutura orgânico-funcional, “deve continuar a ser encarado como princípio da moderação, racionalização e limitação do poder político estatal, no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável”³¹¹.

³⁰⁹ Ibidem, p. 78.

³¹⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad. Pedro Mota. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 181.

³¹¹ SUORDEM, Fernando. **O princípio da separação dos poderes e os novos movimentos sociais – A Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 54.

Depreende-se desta idéia de limitação, que o princípio é apenas um instrumento para a harmonia social ou para a liberdade, ou seja, não é um fim em si mesmo. Visa assegurar a realização dos outros direitos, mais precisamente dos direitos fundamentais, que tiveram no movimento constitucionalista desencadeado com a revolução francesa a sua principal afirmação histórica. É o que leciona com precisão Freire Júnior:

A principal característica do movimento constitucionalista foi, sem dúvida alguma, a afirmação dos direitos fundamentais como epicentro do sistema jurídico.(...)

Se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão pontificava, em seu art. 16, que “toda sociedade que não garante os direitos fundamentais e a separação de poderes não tem uma Constituição”, devemos reconhecer a profunda ligação entre os direitos fundamentais e a separação dos poderes, sendo essa última expressão meio para atingirmos o desiderato maior de proteção dos direitos fundamentais³¹².

Entretanto, em que pese o núcleo essencial da separação dos poderes ser a limitação do poder estatal e a idéia de ser um instrumento de realização dos direitos fundamentais, não é isso que ocorre nos países que adotaram o sistema jurídico francês, como é o caso do Brasil.

Nesses países a idéia de freios e contrapesos, ínsita no princípio da separação dos poderes, é meramente aparente, posto que as próprias Constituições prevêm uma enorme gama de atribuições ao Legislativo e, principalmente, ao Executivo, que pode inclusive nomear os Ministros da mais alta Corte e demais juízes dos tribunais superiores – o que cria uma vinculação indevida.

Isto faz com que a idéia de instrumento de proteção dos direitos fundamentais tenha eficácia zero, pois a idéia de equilíbrio é ilusória, vez que, na prática, o Judiciário não tem a força que, de acordo com o princípio da separação dos poderes, deveria ter. Isto acontece porque, na tradição do continente europeu, derivada da revolução francesa, os textos constitucionais nascidos desse processo revolucionário eram unicamente documentos de organização política, tendo sido as declarações de direitos

³¹² FREIRE JÚNIOR, Américo Bedé. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 38.

sancionadas separadamente do campo constitucional, reduzindo, assim, ao mínimo o seu valor jurídico³¹³.

Na Europa continental, o princípio da separação dos poderes passou a ter um caráter meramente formal, posto que um dos poderes (ou o Legislativo ou o Executivo) predominará sobre os demais, sendo o Poder Judiciário “um poder ‘cautivo’ submetido em todo caso ao Legislativo e dependente do ramo executivo através do Ministério da Justiça”³¹⁴.

Além dessa enorme força outorgada ao Executivo e, de certa forma, também ao Legislativo, contribui para a não aplicação correta do princípio a postura renitente do Judiciário, principalmente no controle dos atos do Poder Público e nas questões sociais. Como anota Krell, o princípio da separação dos poderes “está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar a servir ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal”³¹⁵.

Para Capelletti, o Judiciário há muito tempo já deveria ter assumido uma postura diferente da tradicional. Entretanto, a dura realidade da história moderna tem demonstrado que os tribunais não podem fugir de uma inflexível alternativa, devendo escolher uma das duas possibilidades seguintes: (a) permanecer fiéis à concepção tradicional, típica do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou (b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar a função legislativa e administrativa³¹⁶.

Não há dúvidas, pois, que o Judiciário, particularmente no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, deve assumir uma postura mais ativa e despreendida do formalismo positivista. Para isso, não pode ficar atado à literalidade da lei ou na dependência desta, pois o instrumento que deve se valer o juiz é o Direito de uma forma geral e não unicamente a lei.

É que não se está mais no tempo da Revolução Francesa, onde o Magistrado era apenas um mero aplicador das leis, tendo a Constituição da época valor

³¹³ *Ibidem*, p. 39.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 40.

³¹⁵ *Op. cit.*, p. 53.

³¹⁶ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 47.

meramente político e não jurídico. No mundo contemporâneo, não há mais espaço para um juiz neutro, autômato ou escravo da lei, mas sim daquele que, preocupado com a realidade social, procura desenvolver a eficácia dos dispositivos da Constituição, especialmente os dos direitos sociais.

É preciso ainda derrubar outros mitos, decorrentes da falta de firmeza e independência do Judiciário em relação ao princípio da separação dos poderes, como o do legislador positivo, que em vários casos tem criado obstáculos à realização de direitos por parte do Judiciário.

O fundamento deste mito encontra-se na impossibilidade do Judiciário editar normas, mesmo se movendo no campo que lhe é reservado pela própria Constituição, pois isso seria usurpar as funções do Legislativo. Haveria, assim, segundo os seus adeptos, uma violação ao princípio da separação dos poderes, porquanto ao Judiciário compete a tarefa exclusiva de julgar.

É o que se infere, por exemplo, do HC 76371 / SP do Supremo Tribunal Federal, onde ficou consignado que não cabe ao Judiciário estender o benefício da progressão de regime previsto na Lei n° 9.455/97, que define os crimes de tortura, aos condenados pelos demais crimes hediondos previstos na Lei n° 8.072/90, cuja pena deve ser cumprida em regime integralmente fechado, posto que, assim agindo, estaria atuando como legislador positivo (e não negativo), usurpando a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política³¹⁷.

Do julgado em apreço, onde o STF ainda sufragava a tese de que apenas os condenados nos crimes de tortura tinham direito à progressão de regime³¹⁸, pode-se inferir quatro conclusões: 1) o STF tratou o princípio da separação dos poderes como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização dos direitos fundamentais, colocando-o acima do princípio constitucional da isonomia, já que a própria Constituição deu aos crimes de tortura o mesmo tratamento dos demais crimes hediondos (art. 5º, XLIII, da CF); 2) da mesma forma, fez pouco caso do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF); 3) o STF interpretou a Constituição em função de uma lei e não a lei em função da Constituição; 4) se suprisse a omissão, estaria o

³¹⁷ HABEAS CORPUS ..., 2006.

³¹⁸ Ao julgar o HC 82.959, Pl., 23.2.06, Marco Aurélio, Inf. 418, o plenário do Supremo Tribunal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da L. 8.072/90 - que determina o regime integralmente fechado para o cumprimento de pena imposta ao condenado pela prática de crime hediondo por violação da garantia constitucional da individualização da pena (CF., art. 5º, LXVI).

STF movimentando-se no campo que lhe é reservado pela própria Constituição e, no presente caso, em razão do princípio da isonomia, pela própria lei, razão pela qual o dogma do legislador positivo não poderia ter prevalecido.

De acordo, portanto, com o mito do legislador positivo, o Magistrado, em sede de controle de constitucionalidade, não pode extrair da Constituição uma regra para o julgamento do caso concreto, mas apenas censurar os atos que sejam incompatíveis com a Constituição. Em outras palavras, o juiz pode invalidar um ato inconstitucional, retirando-o do ordenamento jurídico, mas não pode criar uma regra, extraída da própria Constituição, para suprir uma omissão violadora do texto constitucional.

Ora, é ilógico que o juiz possa anular um ato, uma ação, mas não possa suprir uma omissão. Em ambos os casos, há uma ilicitude, uma violação ao texto constitucional que deve ser suprida. Se a função de corrigir ou de reparar direitos violados é do Poder Judiciário, não parece razoável que, na hipótese de omissão, que constitui uma transgressão constitucional, ele não possa fazê-lo, porquanto

Em toda Constituição escrita existe o princípio implícito de que qualquer comportamento a ela contrário reveste-se de ilicitude, o que decorre de sua própria supremacia. Se se tratar de inconstitucionalidade por ação, o princípio exige a invalidação retroativa do ato ilícito, salvo se existirem razões superiores em sentido contrário. Se se tratar de inconstitucionalidade por omissão, o princípio exige o seu suprimento, nas mesmas circunstâncias. Como a Constituição brasileira atribui ao Judiciário o controle da atividade dos demais poderes constituídos, o princípio exige que, em um e outro caso, a referida instituição tome as providências cabíveis para preservar a força normativa da ordem constitucional. O juiz tem, diante de casos concretos, o dever geral de dizer o direito aplicável, mesmo que para isso seja necessário invalidar ato legislativo inconstitucional ou suprir omissão legislativa da mesma natureza. (...)

O dogma da vedação da atuação do juiz como “legislador positivo” apenas faria sentido se houvesse diferença substancial entre controle de constitucionalidade por ação e controle de constitucionalidade por omissão.³¹⁹

³¹⁹ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 242-243.

É que “a invalidação de uma lei nem sempre constitui atividade puramente negativa, pois tal ato pode também inovar a ordem jurídica, hipótese em que ele não se diferencia, em essência, da atividade supletiva de vazios normativos.”³²⁰.

Mesmo se não fosse dessa forma, os argumentos contrários à atuação do magistrado como legislador positivo são os mesmos para o legislador negativo, posto que, “em ambas as hipóteses, o juiz interfere no âmbito da atividade legislativa”³²¹, mas assim ele o faz “para resguardar a supremacia da Constituição”³²².

Além desse argumento, existe um outro bem mais forte que decorre do texto da própria Constituição brasileira, que impõe independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da CF)³²³. Fazendo uma análise sintática do dispositivo constitucional, verifica-se que as palavras “independentes e harmônicos entre si” são predicados que qualificam os três poderes da União. Assim, “numa boa interpretação de um caso concreto, por exemplo, de usurpação de um Poder para outro, será essencial a verificação do respeito à harmonia e independência entre os Poderes”³²⁴.

Ora, partindo da premissa de que o princípio da separação de poderes implica independência e harmonia entre eles, tal como preceituado pelo artigo 2º da Constituição brasileira, a postura passiva do juiz implica transgressão ao próprio texto constitucional, que impõe ao Judiciário e a todos os outros poderes uma posição firme, equilibrada e independente, de forma a respeitar a própria harmonia do sistema.

Não restam dúvidas que quando ocorre uma lesão a qualquer norma constitucional, tem-se que a harmonia entre os poderes fica irremediavelmente comprometida. É que, levando-se em consideração que a função principal do Judiciário é a guarda da Constituição, sendo dele a palavra final em matéria de direitos (art. 5º, XXXV, da CF), toda vez que a Constituição é violada quebra-se a harmonia, pois ou o Judiciário age no sentido de preservá-la ou fica inerte em suas atribuições constitucionais, violando da mesma forma a Carta Magna.

Urge, portanto, repensar o vetusto dogma da separação dos poderes e o mito do legislador positivo dele decorrente. Faz-se necessária uma postura mais ativa e

³²⁰ Ibidem, p. 243.

³²¹ Ibidem, p. 243.

³²² Ibidem, p. 244.

³²³ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³²⁴ AGUIAR E SILVA, Valéria Curi. O art. 2º da CF/88 sob enfoque interpretativo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 53, ano 13, p. 148-180, out-dez 2005, p. 162.

criativa dos juízes sempre em prol da otimização dos direitos sociais, de acordo com a hermenêutica constitucional e os princípios tópicos de interpretação da Constituição.

Logicamente, essa postura mais ativa da Magistratura implicará zonas de tensões entre os demais poderes. Entretanto, esse não é um argumento válido para o não aperfeiçoamento das funções do Poder Judiciário, vez que existem mecanismos na própria Constituição hábeis a solucionar os conflitos.

Por outro lado, não se está aqui se defendendo uma espécie de ditadura judicial, como querem alguns, mas sim uma postura judicial no sentido de se defender e efetivar o máximo possível os direitos sociais.

Para isso, deve se fazer uma releitura do princípio da separação dos poderes, no sentido de se extrair do seu núcleo imutável e da idéia de que se constitui um meio para realização dos direitos fundamentais, um fundamento para otimização e proteção destes.

4.2. EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS

De início, cabe observar que a eficácia a ser estudada no presente tópico é a jurídica, preconizada por Silva, entendida esta como “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita.”³²⁵.

Diferencia-se este tipo de eficácia (jurídica) da eficácia social das normas (ou efetividade), que será estudada no capítulo 3.3. Esta última se refere ao “fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.”³²⁶, ou seja, é a real capacidade de produzir efeitos no mundo fático, regrando a conduta humana que ela objetiva regular.

³²⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 66.

³²⁶ *Ibidem*, p. 65.

Registre-se, ainda, que a eficácia jurídica é um antecedente lógico necessário em relação à efetividade ou eficácia social, porquanto somente aquilo que tem aptidão para produzir efeitos é que pode ou não produzi-los. Assim, não se pode falar em eficácia social de uma norma se ela não tiver eficácia jurídica.

Por todos estes motivos é que, antes de se adentrar no estudo da efetividade das normas de direitos sociais, que será estudada no capítulo 3.3 deste trabalho, mister se faz uma análise da eficácia jurídica das normas constitucionais a fim de que, à luz desse estudo, se possa chegar a uma hermenêutica que leve à otimização de eficácia desses direitos.

4.2.1. Classificação das normas constitucionais quanto à eficácia jurídica

No que se refere à classificação das normas constitucionais quanto à eficácia, importa trazer à baila algumas das mais conhecidas antes de se proceder a um estudo mais detido sobre a eficácia jurídica das normas programáticas que versam sobre direitos sociais.

Antes ainda, porém, cumpre observar que a questão das classificações, como é cediço, tem uma grande dose de subjetivismo e um certo grau de arbitrariedade. De fato, não se pode dizer que uma determinada classificação seja certa ou errada, mas apenas que é adequada ou não para a compreensão do objeto de estudo.

Bastos e Britto expõem a seguinte classificação: a) normas de aplicação, que incidem imediatamente; b) normas de integração, onde se tem a necessidade de uma norma integradora infraconstitucional. Dentre estas últimas, existem as normas completáveis, que necessitam de uma complementação, e as normas restringíveis, passíveis de redução de seu campo de incidência³²⁷.

Barroso, por sua vez, propõe a seguinte: a) normas constitucionais de organização, que têm por objeto organizar o poder político; b) normas constitucionais

³²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais** São Paulo: Saraiva, 1982, p. 35-37.

definidoras de direito, que têm por objeto a fixação dos direitos fundamentais dos indivíduos; c) normas constitucionais programáticas, que têm por objeto traçar os fins a serem alcançados pelo Estado.³²⁸

Barbosa, baseado na doutrina clássica norte-americana, que divide as normas constitucionais do ponto de vista de sua aplicabilidade em *self executing provisions* e *not self executing provisions*, traduzidas respectivamente como disposições auto-aplicáveis ou auto-executáveis e disposições não auto-aplicáveis ou não auto-executáveis. As primeiras são auto-executáveis porque não dependem de legislação ordinária integrativa, regulando elas mesmas de forma direta as matérias, situações ou comportamentos. Já as não auto-executáveis dependem de leis ordinárias para sua aplicação³²⁹.

Segundo, pois, Barbosa, as normas constitucionais auto-aplicáveis são as que dispõem dos seguintes assuntos: I – vedações e proibições constitucionais; II – os princípios da declaração dos direitos fundamentais do homem; III – as isenções, imunidades e prerrogativas constitucionais³³⁰.

O presente trabalho, porém, ao tratar dos princípios fundamentais na Constituição brasileira de 1988, quase sempre apresentados através de normas programáticas, não pode deixar de trazer a tradicional classificação de Silva.

Após proceder a uma profunda análise da eficácia jurídica das normas constitucionais, Silva chega à conclusão de que toda norma constitucional é sempre executável por si mesma, até onde possa, até onde seja possível sua execução³³¹. Propõe, então, a chamada tríplice divisão das normas constitucionais quanto à eficácia, que seriam assim divididas: I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida³³².

Segundo essa classificação, as normas de eficácia plena são as que produzem (ou podem produzir) seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição; as normas de eficácia contida, igualmente produzem (ou podem produzir) todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição, mas é permitido ao legislador ordinário

³²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 94.

³²⁹ Op. cit., p. 475-478.

³³⁰ Ibidem, p. 477.

³³¹ Op. cit., p. 76.

³³² Ibidem, p. 77.

limitar alguns dos seus efeitos, sob certas circunstâncias. Por fim, as normas de eficácia limitada são as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os efeitos essenciais, porque o legislador constituinte não estabeleceu uma normatividade para tanto, deixando ao cargo do legislador ordinário ou de outro órgão do Estado³³³.

Essa última categoria é dividida ainda em normas limitadas de legislação, vez que remetem ao legislador a sua integração, e as normas programáticas, que estabelecem programas de atuação para o Estado e que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais.³³⁴

4.2.2. Eficácia das normas programáticas de direitos sociais

A discussão acerca da eficácia jurídica - e, por conseqüência, da efetividade das normas programáticas - encerra amplas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Até o momento, não se tem uma convergência de posições no sentido de que estas normas possam ser exigidas judicialmente, gerando direitos subjetivos e vinculando o Estado ao cumprimento de suas disposições, em que pese a maioria dos doutrinadores não admitir que uma Constituição contenha em seu texto promessas meramente simbólicas ou irrealizáveis.

Para Silva, as normas programáticas possuem eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico, necessitando de leis ou de outras providências por parte do Estado para desenvolver integralmente a sua eficácia³³⁵.

Por outro lado, a posição de Grau a respeito das normas programáticas é a de que há um caráter reacionário nessas normas, pois nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do direito, mas sobretudo ao poder de reivindicação

³³³ Ibidem, p. 83.

³³⁴ Ibidem, p. 150.

³³⁵ Op. cit., p. 150-151. No mesmo sentido, Miranda (op. cit., p.218) para quem as normas programáticas “não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos”.

das forças sócias. O que teria a sociedade civil a reivindicar já está contemplado na Constituição. Não se dando conta, no entanto, da inocuidade da contemplação desses “direitos sem garantias”, a sociedade civil acomoda-se, alentada e entorpecida pela perspectiva de que esses mesmos direitos um dia venham a ser realizados³³⁶.

Noutra passagem, Grau reconhece ser a Constituição toda ela norma jurídica e como tal, com aplicação direta, vinculando o Judiciário, Executivo e Legislativo. Nessas condições, as normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário³³⁷.

Como se vê, o grande questionamento que se põe na doutrina é a respeito da juridicidade das normas programáticas, ou seja, são elas ineficazes ou dotadas de valor meramente diretivo? ou são elas dotadas de eficácia, ainda que reduzida?

Por isso, o presente capítulo se dispõe a abordar estas questões, começando pelo posicionamento controvertido do português Canotilho - um dos maiores estudiosos sobre o assunto, que causou perplexidade aqui no Brasil ao mudar o seu entendimento sobre a eficácia das normas programáticas – e terminando pela exposição do entendimento mais adequado sobre a matéria.

4.2.2.1. O Pensamento de Canotilho

Inicialmente, em seu livro *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Canotilho defende a idéia de que as normas programáticas estão longe de configurar “simples programas, proclamações, exortações morais, declamações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, determinações programáticas, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade”³³⁸. A inclusão dessas normas na

³³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Constituição brasileira e as normas programáticas**, Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 4, Rio de Janeiro, Forense, p. 42.

³³⁷ *Ibidem*, p. 43.

³³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 298-299.

Constituição acentua que a vontade dos órgãos encarregados de realização dos programas constitucionais é um elemento condicionante de sua força normativa³³⁹.

Assim, há uma vinculação do legislador com os preceitos estabelecidos pela Constituição posto que o legislador

está normativo-constitucionalmente obrigado a <<cumprir>> ou a <<realizar>> os preceitos constitucionais que careçam de concretização legislativa, sendo importante debater-se o meio de evitar que ele protele essas tarefas para as <<calendas gregas>>”³⁴⁰.

Contudo, essa vinculação não se opera nos mesmos moldes em que ocorre a do administrador à lei. Vale dizer: “a liberdade de conformação do legislador, não é o correlato, a nível legislativo, do poder discricionário, a nível administrativo”³⁴¹.

Disso se depreende que a visão de Canotilho é de que o legislador está vinculado juridicamente à Constituição e, por conseguinte, aos seus programas, restando a ele obedecer aos fins expressos na Carta Magna sem padecer do vício da discricionariedade.

No entender do mencionado doutrinador, portanto, as normas programáticas produzem efeitos jurídicos de caráter impositivo, ou seja:

Às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder público (Crisafulli). Mais do que isso, a eventual mediação concretizadora, não significa que este tipo de norma careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela **interpositio** do legislador; é a positividade das normas-fins e normas-tarefas (normas programáticas) que justifica a necessidade de intervenção dos órgãos legiferantes. (...)

Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às normas programáticas, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre ‘norma jurídica actual’ e ‘norma programática’ (aktuelle

³³⁹ Ibidem, p. 298.

³⁴⁰ Ibidem, p. 256.

³⁴¹ Ibidem, p. 63.

RechtsnormProgrammsatz): todas as normas são actuais, isto é, têm força normativa independente do acto de transformação legislativa.³⁴²

Como se vê, a posição inicial de Canotilho em relação às normas programáticas é bastante clara: não existe distinção entre normas programáticas e normas atuais, posto que todas as normas constitucionais têm força normativa independentemente de qualquer ato do legislativo. E mais: todos os órgãos concretizadores (Legislativo, Executivo e Judiciário) estão vinculados positivamente no sentido de concretizar estes tipos de normas.

Posteriormente, quase quinze anos depois, Canotilho reviu os seus conceitos, demonstrando o seu novo entendimento no ensaio *Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*, obra que veio a ser incorporada à segunda edição de *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, em seu Prefácio.

O autor lusitano passa a ver na vontade transformadora da Constituição dirigente um elemento utópico e arrogante, vez que a pretensão voluntarista de regular domínios que lhe são estranhos acabaria por abrir caminho para a ditadura partidária e para a coerção moral e psicológica. Além disso, ignoraria outras formas de direção política alheias ao Estado, como as formas de delegação/descentralização da regulação, os modelos neocorporativos e os de autodireção social, ante os quais o Estado retornaria ao seu papel subsidiário, de mero garantidor³⁴³.

Haveria, assim, um equívoco em tentar promover, de forma irreal, uma folha de papel em um instrumento dirigente da sociedade, vez que, ainda que a previsão constitucional de fins e tarefas do Estado seja um elemento idôneo a conferir-lhe maior legitimidade, seria um exagero tentar esgotar todas as tarefas estatais no texto constitucional, bem como não seria adequado sujeitar ao monopólio estatal o desempenho de todas as tarefas públicas³⁴⁴.

Além disso, pecaria a Constituição dirigente na extensão acrítica da aplicabilidade imediata, própria dos direitos fundamentais da liberdade, aos direitos

³⁴² Ibidem, p. 183.

³⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, Prefácio, p. IX-XI.

³⁴⁴ Ibidem, Prefácio, p. XV.

fundamentais sociais, em geral dependentes da ação do legislador para alcançar a plenitude dos seus efeitos³⁴⁵.

Entretanto, alerta para o fato de que permanece indispensável à Constituição a previsão dos direitos e liberdades mínimos, de modo a que estejam presentes as condições elementares para o exercício da cidadania pessoal, política e econômica, a ser mantida, por sua vez, a salvo das maiorias parlamentares³⁴⁶.

Em relação aos direitos sociais, Canotilho continua a afirmar que a sua positivação é uma exigência ética e jurídica para o livre desenvolvimento da personalidade e para a proteção da dignidade humana, desde que não se atire o Estado à ingovernabilidade com a consagração, sob a forma de direitos fundamentais, de matérias que, na verdade, devam estar sujeitas às políticas públicas e, assim, ao jogo político³⁴⁷.

O Estado, pois, não poderia assumir uma posição totalizante e planificadora global, porquanto o constitucionalismo moralmente reflexivo demandaria a constitucionalização da responsabilidade social (onde o Estado dividiria com outros agentes a realização de políticas públicas, passando a atuar de forma subsidiária), a prevalência da diversidade sobre o autoritarismo e do contrato sobre a lei, para que haja o fim das desigualdades e para a tolerância e diálogo entre as culturas. Somente desta maneira, seria ainda admissível a materialização da política com fundamento em normas programáticas³⁴⁸.

Por último, defende ele a idéia de que a Constituição dirigente, como estatuto jurídico do político, desconsideraria a auto-referenciabilidade e a auto-organização de vários sistemas sociais e a própria rebeldia do político a uma conformação autoritária, para concluir que, caso o dirigismo constitucional seja entendido como normativismo revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta, assim como também estará fadada ao fracasso se não considerar os processos de abertura do direito constitucional aos direitos internacional e aos direitos supranacionais, pois numa época de múltiplas cidadanias seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição³⁴⁹.

³⁴⁵ Ibidem, Prefácio, p. XV-XVI. Nesse sentido, o §1º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, à luz das novas idéias do autor, consagra posição insustentável.

³⁴⁶ Ibidem, Prefácio, p. XX.

³⁴⁷ Ibidem, Prefácio, p. XXI.

³⁴⁸ Ibidem, Prefácio, p. XXII-XXIII.

³⁴⁹ Ibidem, Prefácio, p. XXIII-XXX.

4.2.2.2. Concretização de acordo com a realidade brasileira

Na segunda parte deste trabalho, foi visto que a aplicação do Direito, atividade posterior à interpretação, é um processo de criação de normas individuais. Partindo do conhecimento do objeto interpretado, o operador jurídico retira das múltiplas interpretações possíveis da norma a mais adequada para a solução do caso concreto.

Verificou-se também que a interpretação constitucional se diferencia da interpretação das demais normas jurídicas em muitos aspectos, em razão da hierarquia e da necessidade de legitimidade da Constituição, da variabilidade e aplicabilidade de suas normas, bem como de suas peculiaridades semânticas.

O aspecto principal, porém, do processo de interpretação e aplicação das normas constitucionais é o seu elemento político, que é de maior intensidade que as demais normas do ordenamento jurídico. Ao se reconhecer uma carga política de maior intensidade na Constituição, conseqüentemente, os métodos utilizados para se interpretar as normas constitucionais devem ser diferenciados dos métodos de conhecimento das normas infraconstitucionais,³⁵⁰ porquanto “o erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental”³⁵¹.

Rememoradas essas considerações, já estudadas na segunda parte desta obra, tem-se que a interpretação/aplicação das normas constitucionais não pode prescindir da análise da realidade concreta. Aqui entra em voga os métodos pós-positivistas, atentos mais a concretização material da Constituição do que ao positivismo formalista e técnico.

A interpretação constitucional é um processo de concretização e visa a uma tomada de decisão no caso concreto. Assim, “aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da ‘realidade’ a ser ordenada”³⁵².

³⁵⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 420.

³⁵¹ Ibidem, p. 420.

³⁵² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61.

Não se pode transpor, portanto, sem as devidas adaptações, o pensamento de Canotilho³⁵³, próprios da sociedade portuguesa, para a realidade brasileira.

Portugal, atualmente, é um Estado inserido no Mercado Comum Europeu, cujo estágio de integração é bem diferente do Mercosul, no qual o Brasil encontra-se inserida. Além disso, o estágio de desenvolvimento do Estado português é muitas vezes superior do da Revolução de 1976, cuja Constituição foi originariamente elaborada sob a inspiração de um movimento revolucionário, que recebeu uma base teórica da concepção inicial de Canotilho sobre a Constituição dirigente.

Neste contexto é que se explica a própria mudança de concepção de Canotilho. A derrocada do dirigismo constitucional diz respeito exatamente à sua desilusão diante da existência de fórmulas que, por mais que exprimissem o espírito revolucionário no momento constituinte de 1976, estabeleciam promessas utópicas de felicidade que, por serem inalcançáveis, serviriam apenas para o descrédito da Constituição.

Uma vez superada a quadra histórica da revolução e consolidadas as instituições democráticas, não caberia mais a positivação, em sede constitucional, de um normativismo revolucionário que atribuísse ao Estado toda a responsabilidade pela condução da vida social. Na verdade, esse normativismo revolucionário que se adequava a um momento de instabilidade já não seria mais conveniente para uma nova circunstância de harmonia institucional.

Muito embora a Constituição brasileira de 1988 não tenha apresentado o mesmo vezo socializante da portuguesa, o fato é que ambas foram elaboradas em circunstâncias similares de redemocratização e superação de regimes autoritários.

Mesmo com essa ausência de impulso revolucionário, a tese inicial de Canotilho sobre a Constituição dirigente alcançou um notável prestígio entre os doutrinadores brasileiros, o que em parte pode ser explicada pelas mesmas circunstâncias políticas e históricas em que se encontravam ambos os países. A questão que se põe agora é a seguinte: é o constitucionalismo moralmente reflexivo aplicável à moderna circunstância social, econômica e política brasileira?

A primeira observação que se impõe é a seguinte: não existe na Carta Magna brasileira o mesmo impulso revolucionário da lusitana, elaborada em 1976.

³⁵³ Ou de qualquer outro doutrinador estrangeiro.

Daí que é totalmente insubsistente a preocupação do doutrinador sobre o fato do dirigismo constitucional ser entendido como normativismo revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. É que, no Brasil, a Constituição se limitou a instituir um Estado voltado para a redução das desigualdades e para a promoção da justiça social (artigos 3^o e 170 da CF), não tendo jamais a pretensão de realizar um movimento revolucionário.

Uma segunda constatação diz respeito ao atual distanciamento social, econômico e político entre Portugal e Brasil. O Estado brasileiro é um país de modernidade tardia onde, além da péssima distribuição de riqueza, existem inaceitáveis padrões de desenvolvimento social. A fome ainda é uma das principais causas de morte; o percentual da população brasileira abaixo da linha de pobreza é estarrecedor; alfabetização ainda é um sonho distante em muitos lugares do país. Enfim, a promessa de instituição de um Estado voltado para a redução das desigualdades e para a promoção da justiça social nunca saiu do papel.

Assim, é totalmente inadmissível abrir mão de um programa de justiça social no Brasil, posto que neste o Estado ainda é o principal ator para a condução de um projeto de transformação social. Falar em constitucionalismo moralmente reflexivo, onde o Estado dividiria com outros agentes as responsabilidades sociais, é totalmente inaceitável, salvo se, no caso brasileiro, estes outros agentes é quem atuassem de forma subsidiária. Entender o contrário significaria, além do retorno ao tempo das Constituições-garantia (onde o Estado era visto como um inimigo a ser controlado), uma temeridade posto que é, no mínimo ingênuo, acreditar que a sociedade civil assumirá com vantagens as atribuições que o Estado já não vem honrando adequadamente.

É nessa ordem de idéias que Streck defende a adoção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia, como o Brasil, na qual se apontaria o conteúdo programático dirigente mínimo a constar da Constituição, assim como os respectivos mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática³⁵⁴.

³⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 131-132.

Para ele, o procedimentalismo³⁵⁵ somente seria aplicável nos países onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais tenham sido resolvidos, ou seja, onde já se verifique a emancipação social e a plena autonomia dos indivíduos. Em suma, onde haja uma autêntica democracia substantiva³⁵⁶.

Ocorre que a realidade brasileira é diametralmente oposta a dos países desenvolvidos, tendo em vista que existe no país um vergonhoso quadro de desigualdades sociais e o próprio princípio democrático é de aplicação oblíqua vez que o sistema eleitoral brasileiro é falho, com uma predominância de uma estranha “troca de favores”³⁵⁷.

Assim, ainda que não seja possível a adoção no Brasil de uma postura completamente substancialista, para Streck é indispensável empunhar a bandeira da Constituição como repositório dos valores fundamentais da sociedade e, mais dos que isso, como base para o estabelecimento de uma ordem social voltada para a promoção de um conteúdo material de vida e para realização da modernidade que busque a implementação da igualdade material entre os indivíduos³⁵⁸.

A Constituição dirigente ainda é o arcabouço normativo necessário para o desenvolvimento de um projeto de combate à pobreza e desigualdade, mediante esquemas de socialidade.³⁵⁹

No Brasil, onde o Estado ainda exerce uma posição nuclear no desenvolvimento da sociedade, não é admissível, por enquanto, que lhe seja retirada a centralidade do processo de evolução social. Logo, o Poder Público deve manter-se na realização de tarefas e da promoção de fins, razão pela qual o agente político precisa estar vinculado negativa e, sobretudo, positivamente na consecução de seu mister.

E é precisamente este o propósito da Constituição dirigente: eleger parâmetros de vinculação material para os detentores do poder político não apenas para

³⁵⁵ Movimento que sustenta, em linhas gerais, que a Constituição não deve assumir a tarefa impossível de propor a cristalizar valores supostamente caros ao Estado e à sociedade, cabendo-lhe apenas disciplinar o procedimento democrático, sob pena de impedir uma geração de autogovernar-se segundo as decisões da maioria, submetendo-se às gerações anteriores. Ao contrário, o movimento do substancialismo propõe, em linhas gerais, a prevalência das Constituições sobre as maiorias eventuais, defendendo a existência de valores constitucionais substantivos e do seu papel de vetor hermenêutico do Direito infraconstitucional.

³⁵⁶ Ibidem, p. 173.

³⁵⁷ Ibidem, p. 189-190.

³⁵⁸ Ibidem, p. 325.

³⁵⁹ Ibidem, p. 131-132.

vedar-lhes certas condutas, como também para obrigá-los a cumprir tarefas e direcionar suas ações para alcançar finalidades determinadas.

Não há, pois, como sustentar a tese do constitucionalismo moralmente reflexivo para o caso brasileiro. A interpretação/aplicação de uma norma é um processo de concretização, onde a realidade sociológica não pode deixar de ser considerada.

E essa realidade no Brasil aponta atualmente, via de regra, para a necessidade de vinculação de todos os poderes à implementação, na medida do possível e de acordo com o caso concreto, dos direitos sociais consignados nas normas programáticas.

4.3. EFETIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS

4.4.1. O § 1º do artigo 5º da Constituição Federal

Um dos temas que mais controvérsias suscitam em Direito Constitucional encontra-se no art. 5º, §1º da Constituição brasileira de 1988 que assim preceitua: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Este dispositivo está em consonância com outros no mesmo sentido, promulgado por Constituições onde vigora o Estado Democrático de Direito, como a de Portugal, cujo art. 18/1 assevera que: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

A propósito, comentando o preceito na Constituição Portuguesa, Vieira de Andrade salienta que o referido dispositivo está a autorizar a aplicação direta e imediata, sem necessidade de intermediação do legislador ordinário, das normas de direitos fundamentais, posto que o conteúdo destes “é ou deve ser concretizado ao nível da Constituição, em último análise por intermédio de uma interpretação criadora; não

necessitam da mediação legislativa e não dependem, nem podem depender, por isso, das opiniões ou opções das leis ordinárias”³⁶⁰.

Havendo, pois, concordância com Vieira de Andrade, conforme o que foi acima reproduzido, a interpretação do §1º do art. 5º, será feita a nível de Constituição, através de uma interpretação que crie condições de que este dispositivo seja aplicado direta e imediatamente, sem qualquer limitação.

Ocorre que a Constituição portuguesa estabelece uma distinção entre os direitos, liberdades e garantias, que correspondem aos direitos de defesa e se encontram no Título II da referida Carta, e os direitos económicos, sociais e culturais, que estão no Título III. De acordo com essa diferenciação, a norma que consagra a aplicabilidade imediata só se refere aos direitos de defesa, o que exclui do âmbito de sua aplicação os direitos económicos, sociais e culturais³⁶¹.

Portanto, uma assertiva que desde já deve ser ressaltada é que não se pode dar ao preceito da Constituição nacional o mesmo tratamento que foi conferido pelos portugueses. Ou seja, tem-se que buscar subsídios interpretativos na doutrina nacional a fim de se dar um tratamento adequado, sempre no sentido de uma hermenêutica constitucional que desenvolva a eficácia dos direitos sociais.

Pode-se, então, partir do entendimento, majoritário entre os doutrinadores³⁶², de que o referido dispositivo normativo aplica-se aos direitos fundamentais que estejam localizados em qualquer parte da Constituição e mesmo em tratados internacionais (art. 5º, § 2º, da CF), vez que o texto constitucional pátrio não fez a mesma distinção do português. Pelo contrário, da simples interpretação literal do dispositivo, tem-se que este se refere expressamente aos *direitos e garantias fundamentais*, tal como consagrado na epígrafe do Título II da Constituição brasileira.

Outra questão preliminar que deve ser ressaltada é que, muito embora este dispositivo se aplique aos direitos fundamentais independentemente de sua localização, a sua eficácia não é a mesma quanto aos direitos fundamentais de defesa e os direitos à prestação. Por isso, é que o presente trabalho examinará mais adiante a eficácia das referidas categorias, que apresentam estruturas diferenciadas, levando-se em consideração o dispositivo em análise.

³⁶⁰ Op. cit., p.140.

³⁶¹ SARLET, op. cit., p. 255.

³⁶² Ibidem, p. 254-255.

No que tange à eficácia do princípio da aplicabilidade imediata, as posições da doutrina nacional oscilam entre as mais pessimistas e as mais otimistas, havendo, como era de se esperar, doutrinadores que assumem uma posição intermediária.

Entre as posições mais pessimistas, encontra-se a de Ferreira Filho, que assim comenta o referido princípio:

A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela não é auto-executável pela *natureza das coisas*.

Ora, de duas uma, ou a norma definidora de direito ou garantia é completa, e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso em que não poderá ser aplicada. Pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope, como disse o francês.³⁶³

Entre os mais otimistas, situa-se a posição de Grau para quem todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, inclusive as programáticas, são auto-executáveis, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo, devendo o Estado “prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição de seu cumprimento.”³⁶⁴

É importante destacar a posição de Piovesan, a qual afirma que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, cabendo “aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental.”³⁶⁵

³⁶³ Op. cit., p. 100. No mesmo diapasão, Silva (op. cit., p. 180) aduz que “a eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais”.

³⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 279.

³⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

O legislador deve proceder à concretização dessas normas em tempo razoável, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, não podendo reduzir a força normativa imediata dessas normas e nem editar preceitos formal ou materialmente incompatíveis com estas. O mesmo deve ocorrer em relação ao governo e à administração, que têm uma importante tarefa na concretização dos direitos fundamentais. No que se referem aos órgãos jurisdicionais, devem: a) interpretar os preceitos de direitos fundamentais, na sua aplicação aos casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima; b) no caso de ausência de leis concretizadoras, densificar os preceitos de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata³⁶⁶.

Em posição intermediária, Sarlet, partindo da premissa de que o dispositivo normativo em análise não se aplica a toda a Constituição, sob pena de equiparar direitos fundamentais e demais normas constitucionais, sustenta, citando inclusive Piovesan, que a referida norma impõe ao Estado a maximização da eficácia dos direitos fundamentais³⁶⁷.

O autor explica, então, que não há como se alinhar aos defensores da capitulação daquela norma, pois estaria reconhecendo que o preceito é inexistente ou, no mínimo, ineficaz³⁶⁸. Por outro lado, aceitar o outro extremo, qual seja, da aplicação direta, implica inobservância de limites importantes, como a reserva do possível, a da falta da legitimação dos tribunais para aplicação de medidas sócio-econômicas e a colisão de direitos fundamentais³⁶⁹.

Assim, faz uma distinção entre dois grupos de normas: as de insuficiente normatividade, que precisam de uma interposição do legislador para gerar a plenitude de seus efeitos; e as de suficiente normatividade, que não reclamam atos de natureza concretizadora e podem ser imediatamente aplicadas aos casos concretos³⁷⁰.

Levando em conta essa distinção, Sarlet afirma que o preceito do art. 5º, § 1º da Constituição brasileira de 1988 contém uma norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou

³⁶⁶ Ibidem, p. 105-106.

³⁶⁷ Op. cit., p. 244.

³⁶⁸ Ibidem, p. 244.

³⁶⁹ Ibidem, p. 245.

³⁷⁰ Ibidem, p. 245.

maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais³⁷¹.

Em razão deste caráter principiológico, entende o doutrinador que se deve levar em consideração o caso concreto, de forma a “atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais”³⁷². Eventual e excepcional recusa de aplicação, em razão da ausência de ato concretizador, deve ser necessariamente fundamentada e justificada.

Tem razão Sarlet. É que sendo a referida norma um princípio constitucional, não pode ser tratado na base do tudo ou nada, como são as regras. A sua eficácia deve ser analisada à luz do caso concreto, de acordo com a função que os direitos fundamentais desempenham no ordenamento jurídico. Função esta que tem de ser enxergada sob a ótica da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, ou seja, sob a perspectiva de seu significado para a sociedade, para o interesse público, para a vida comunitária, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.

A proposta de Sarlet está também de acordo com a eficácia subjetiva dos direitos fundamentais, no sentido de que, de acordo com a presunção anunciada, em regra, o dispositivo assegura aos cidadãos direitos subjetivos. Somente nos casos em que, após a análise da hipótese concreta e da estrutura normativa, esta presunção (relativa) seja quebrada é que, após a devida fundamentação, os indivíduos não poderão exigir os direitos previstos nas normas definidoras de direitos fundamentais.

Uma outra vantagem da teoria de Sarlet é que a mesma encontra-se de acordo com a hermenêutica concretizadora de Hesse, analisada na segunda parte deste trabalho. Por este método de interpretação constitucional, o intérprete é obrigado a fazer um cotejo entre a realidade e estrutura da norma, para, após um procedimento racional e controlável, tomar a decisão adequada.

Mormente em se tratando de direitos fundamentais, onde as normas geralmente não são muito bem definidas e estruturadas, havendo em diversas situações colisões de direitos, a hermenêutica de Hesse, juntamente com os princípios tópicos de interpretação constitucional (máxime o da razoabilidade e o da concordância

³⁷¹ Ibidem, p. 245.

³⁷² Ibidem, p. 246.

prática), assume uma relevante função na otimização das diversas categorias de direitos fundamentais para os casos concretos que são levados à apreciação do Poder Judiciário.

Ainda, a posição de Sarlet encontra-se no meio caminho das posições pessimistas, que negam a eficácia do dispositivo constitucional, e das otimistas, que pregam a máxima eficácia do referido dispositivo para todas as normas de direitos fundamentais, independentemente das categorias normativas desta classe de direitos.

Reconhecendo o avanço da posição de Sarlet, tecendo-lhe, porém, críticas, Moro assevera que este tipo de interpretação pode “caso tratado equivocadamente, contribuir apenas para a justificação mais técnica e elaborada de decisões que neguem a eficácia às normas de direito fundamental, principalmente quando envolvidos direitos a prestações estatais”³⁷³.

Embora exista essa possibilidade, tem-se que uma Hermenêutica que vise desenvolver a eficácia das normas de direitos fundamentais, embora deva reconhecer a sua relevância, não pode se fundamentar em assertivas deste jaez.

Primeiro, os princípios existentes no Direito Constitucional impõem a ponderação do intérprete, que pode e deve se municiar de todo o instrumental hermenêutico concretizador, mas de forma racional e equilibrada. A hermenêutica cumpre o seu papel quando orienta o operador do direito no sentido de extrair das normas em geral a maior efetividade possível. Se o intérprete se utilize mal dos instrumentos teóricos que lhe são postos a sua disposição, tal comportamento não é problema da hermenêutica, mas de outras ciências sociais que estudem a conduta humana.

Além disso, as diversas formas de comportamento que os operadores do direito podem assumir não são privilégios apenas dos princípios, mas também das normas que enunciam regras. O que, em outras palavras, pode-se afirmar que, não havendo vontade e nem conduta ética por parte do intérprete, também as regras jurídicas podem receber um tratamento equivocado, de sorte que as alegações de Moro contra a posição de Sarlet não podem prosperar.

Efetivamente a posição de Sarlet é a que mais se coaduna com uma hermenêutica concretizadora dos direitos fundamentais – principalmente em relação aos direitos sociais - porquanto põe à disposição do intérprete diversas soluções adequadas e

³⁷³ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 69.

possíveis à luz dos casos concretos, de acordo com a eficácia objetiva e subjetiva desta classe de direitos. Além disso, não faz letra morta do dispositivo constitucional, como tentam alguns doutrinadores ao realçarem que o princípio da aplicabilidade imediata atenta contra a natureza das coisas.

4.4.2. Efetividade dos direitos sociais de defesa

Consoante demonstrado na primeira parte deste trabalho, há um equívoco na idéia de que os direitos sociais representam sempre direitos à uma prestação material. Existem vários direitos sociais positivados na Constituição brasileira que protegem os indivíduos contra as ingerências do Estado, consubstanciando verdadeiros direitos de defesa.

Feita essa consideração preliminar, tem-se que, em relação aos direitos de defesa, predomina o entendimento que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais tem plena eficácia³⁷⁴.

Analisando a Constituição espanhola, Enterría argumenta que, consubstanciando deveres de abstenção ou omissão por parte do Estado em relação à esfera de autodeterminação dos indivíduos, a mera ausência de lei não constitui obstáculos para a realização dos direitos de defesa, porquanto, via de regra, nada mais se exige do Estado do que permanecer omissos³⁷⁵.

Com a ressalva de que o princípio da aplicabilidade imediata na Espanha só alcança os direitos de defesa e não os direitos à prestação, o certo é que a necessidade de interposição da lei para o gozo dessa categoria de direitos atenta contra a sua própria essência, vez que, via de regra, as normas que consubstanciam tais direitos não exigem do Estado uma prestação, mas tão somente uma abstenção³⁷⁶.

³⁷⁴ SARLET, op. cit. p. 269.

³⁷⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª Ed. Madrid: Civitas, 1985, p. 65.

³⁷⁶ Neste sentido, BARROSO. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 105.

Em razão, portanto, da própria natureza desses direitos, mesmo na ausência de lei, pode o juiz determinar pela via hermenêutica a sua concretização, maximizando a sua eficácia³⁷⁷, posto que os direitos fundamentais se fundam na Constituição e não na lei, pelo que se deixa claro que é a lei que deve se mover no âmbito dos direitos fundamentais e não o contrário.

Uma distinção, porém, se faz necessária. É que nem sempre todas as normas da Constituição definidoras de direitos fundamentais, versam estritamente sobre direitos de defesa. Algumas existem que além de tratar dessa categoria jurídica, consignam também direitos à prestação, pelo que assumem a qualidade de normas de baixíssima densidade normativa, que demandam lei para sua concretização.

É o que ocorre, *verbi gratia*, com o dispositivo normativo do artigo 5º, XXXV (que garante o acesso ao Judiciário, sendo, portanto, predominantemente direito de defesa). Mister se faz que a lei venha dispor sobre o direito processual que viabilize a atuação do Estado na solução dos conflitos para que os indivíduos possam ter acesso ao Judiciário.

Portanto, as normas de baixa densidade normativa, que necessitam de concretização e consignam direitos a prestações jurídicas, não são auto-exequíveis por si mesmas e precisam de lei que lhes desenvolvam a eficácia.

Já as normas de alta densidade normativa, que necessitam de lei apenas para a sua regulação e, portanto, não consignam direitos a prestações jurídicas, são auto-executáveis, podendo e devendo o juiz ao apreciar o caso concreto, nesta hipótese, implementar o direito de defesa nela consignado.

Sobre o assunto, ao analisar a Constituição portuguesa, fazendo a distinção entre normas constitucionais auto-exequíveis e não auto-exequíveis, sem se referir, porém, estritamente aos direitos de defesa, Miranda tece os seguintes comentários:

Se a norma constitucional for exequível por si mesma, o sentido específico do art. 18.º, n.º 1, consistirá na possibilidade imediata de invocação dos direitos por força da Constituição, ainda que haja falta ou insuficiência da lei. A regulamentação legislativa, se se der, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, porventura,

³⁷⁷ SARLET, op. cit. p. 270.

necessária), pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos.

Pelo contrário, se a norma não for exequível por si mesma (...) o sentido do art. 18º, nº 1, será a adstrição do legislador a editar as medidas legislativas para dar cumprimento à Constituição (...). Na falta dessas medidas, ocorrerá inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente sujeição ao regime de controlo do art. 283º.

O legislador ordinário *regulamenta* simplesmente as normas constitucionais auto-exequíveis e *concretiza* as normas não exequíveis.³⁷⁸

A questão deve, portanto, ser assim colocada: as normas de direitos fundamentais que demandam lei apenas para a sua regulação podem ser consideradas como estritamente de direitos de defesa, pelo que, sendo a legislação de certa forma desnecessária, pode o juiz implementar desde logo o direito de defesa nela consignado. É o que ocorre com a norma do art. 7º, X, da Constituição Federal (que protege o salário na forma da lei), vez que a lei pode até ser extremamente útil; mas não impede, neste caso, de se proteger o salário.

Por outro lado, as normas que demandam lei para sua concretização, ou seja, que também consignam direitos a prestações jurídicas, não autorizam que o juiz implemente o direito de defesa nele consignado desde logo, mas sim em uma ação direta de constitucionalidade por omissão.

Deve, porém, o magistrado levar em consideração, nos casos concretos, a presunção da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, só deixando de concretizar o direito de defesa consignado na norma, de forma excepcional e devidamente fundamentada, ou seja, quando ficar evidente que aquela norma necessita de uma interposição legislativa. Assim, numa zona cinzenta, na dúvida, deve o juiz implementar o direito de defesa, baseando-se, outrossim, no princípio tópico da interpretação conforme os direitos fundamentais.

Não foi isso o que aconteceu com a norma constitucional que garante o direito de greve aos servidores públicos (art. 37, VII, da CF), onde o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 20-4 (19.05.94), decidiu que o direito de greve dos servidores públicos, por tratar-se de norma de eficácia limitada,

³⁷⁸ Op. cit., p. 277-278

dependia de concretização legislativa, o que resultou na declaração de inconstitucionalidade por omissão e na mera ciência da decisão ao Congresso Nacional.

Sem adentrar nas críticas doutrinárias que não se fizeram esperar, o certo é que o Supremo julgou de forma manifestamente contrária ao sentido do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. É que não se trata de uma norma carente de concretização, mas de mera regulação legislativa, ou seja, a lei só iria estabelecer os contornos do exercício desse direito, não sendo imprescindível para o exercício deste.

Além disso, no mínimo, a Corte Suprema fez pouco caso da presunção decorrente da referida norma, pelo que, sendo esta um mandado de otimização, e na ausência de uma justificativa plausível para a sua não aplicação, deveria o Supremo Tribunal assegurar a fruição do direito de defesa, vez que

Outra possibilidade – talvez a mais adequada à hipótese – não deixaria de considerar a circunstância de que a Constituição remeteu a concretização do direito em questão ao legislador (não apenas para fins de eventual restrição) reconhecendo, todavia, que, em face da desnecessidade de qualquer outra providência, a não ser a edição da norma legal reclamada pelo Constituinte, haveria de prevalecer a presunção decorrente do art. 5º, § 1º, da CF, que, atuando como mandado de otimização, autorizaria, mediante o recurso ao Mandado de Injunção (independentemente de uma declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade por omissão), fosse, desde já, assegurada judicialmente aos particulares a efetiva fruição da liberdade fundamental³⁷⁹.

Resumindo, pois, o que até agora foi explicitado, verifica-se que, via de regra, os direitos de defesa – e nesta categoria estão agregadas certos direitos sociais – são desde já auto-executáveis. Assim, nas normas que demandam lei apenas para a regulação – ou seja, as normas em que a lei pode ser útil, mas não impedem o gozo do direito nela consignado – pode o juiz desde já assegurar a liberdade fundamental. Somente quando o dispositivo normativo, apesar de ser predominantemente direito de defesa, consignar também uma prestação jurídica, ou seja, for carente de concretização, é que a implementação deste direito deve ser feita por norma infra-constitucional.

³⁷⁹ SARLET, op. cit., p. 274.

Nos casos concretos que lhe são submetidos, deve o magistrado se fundamentar na presunção da aplicação imediata dos direitos fundamentais, ou seja, deve presumir que aquele direito não necessita de lei, somente deixando de aplicar o direito de defesa consignado quando tiver plena certeza da necessidade de interposição do legislador.

4.4.3. Efetividade dos direitos sociais à prestação

Se em relação aos direitos de defesa, o princípio da aplicabilidade imediata tem plena eficácia, porquanto, em regra, nada mais se exige do que uma abstenção estatal; no que se refere aos direitos a prestação, onde se demanda uma atuação positiva do Estado, a implementação prática e efetiva do referido princípio oferece maior dificuldade.

Os obstáculos a serem transpostos são consideráveis, pois depende não só de fatores metajurídicos, mas também da persistente visão positivista de boa parte da doutrina e da jurisprudência.

Por outro lado, a maioria das normas que consignam direitos a prestação se enquadra na categoria de normas programáticas, que, consoante já visto, encontram dificuldades para o desenvolvimento de sua plena eficácia.

Em primeiro lugar, tem-se que o custo da realização de grande parte dos direitos prestacionais é bem maior do que os direitos de defesa e, sendo assim, depende muito da conjuntura econômica do Estado.³⁸⁰ Assim, não há como exigir do ente estatal um determinado direito se, em face da escassez de recursos, ele não tem como realizá-los. O grande argumento, pois, que se levanta contra a implementação dos direitos prestacionais é que estes devem ser efetivados de acordo com possibilidade e disposição por parte do destinatário da norma, pelo que se convencionou chamar de reserva do possível.

Outro dos argumentos metajurídicos que se levanta contra a plena eficácia do referido princípio diz respeito à falta de qualificação e/ou legitimação dos

³⁸⁰ SARLET, op. cit., p. 275.

tribunais para a implementação de determinados programas sócio-econômicos³⁸¹. Parte da doutrina acredita que, em certo sentido, a Magistratura não tem condições técnicas suficientes para efetivar as políticas públicas consubstanciadas nas normas programáticas. Trata-se de função mais afeta à Administração Pública, que tem, segundo alguns, um maior preparo técnico e político. De outra banda, o Judiciário, nesta visão estreita, não tem legitimidade suficiente porquanto os seus membros não foram eleitos pelo povo, ao contrário dos membros do Parlamento e do Executivo³⁸².

Em relação aos argumentos jurídicos, tem-se que o preenchimento do vazio legislativo ordinário pelos juízes e tribunais atentaria contra o princípio da separação dos poderes, porquanto a competência para edição e execução das leis seria do Legislativo e Executivo, respectivamente³⁸³.

Outro dos argumentos jurídicos levantados diz respeito às características normativo-estruturais de grande parte dos direitos às prestações, mormente dos direitos sociais prestacionais³⁸⁴. É que, ao contrário dos direitos de defesa, os direitos às prestações normalmente são positivados de forma vaga e aberta, o que deixa ao legislador uma certa liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora, vez que até mesmo o objeto destes direitos são indefinidos. Um bom exemplo são os direitos à educação e à saúde. Quais são exatamente as prestações que compõem o objeto destes direitos? Existem prestações mínimas a serem implementadas pelo Estado ou, em outras palavras, há um mínimo vital que o Estado não pode deixar de efetivar?

Para além das dificuldades apontadas, procura-se modernamente uma hermenêutica constitucional que garanta a máxima eficácia dos direitos a prestações, mormente os direitos sociais prestacionais. Essa necessidade é justificada plenamente nos países em desenvolvimento, onde a maior parte de suas populações vivem na extrema miséria e onde as políticas públicas são realizadas geralmente para fins eleitoreiros, resultando, portanto, numa carência de eficácia social.

Nessa linha, surgem as seguintes indagações: até que ponto os custos para a concretização configuram obstáculos à realização plena e imediata dos direitos sociais prestacionais? Tem o Judiciário qualificação e legitimidade para implementá-los em sua totalidade ou somente o mínimo vital pode gerar direitos subjetivos?

³⁸¹ *Ibidem*, p. 276.

³⁸² *Ibidem*, p. 276.

³⁸³ *Ibidem*, p. 277.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 277.

Essas e outras perguntas serão respondidas nos tópicos seguintes, verificando os argumentos dos mais diversos doutrinadores, na esteira do método dialético e procurando sempre uma hermenêutica constitucional capaz de extrair desta categoria de direitos fundamentais a máxima eficácia.

4.4.3.1. A reserva do possível

Dispõe a reserva do possível que o juiz, ou mesmo o Poder Público, não pode efetivar ou desenvolver direitos, sem que existam meios materiais para tanto. Assim, de acordo com essa linha de entendimento, o real cumprimento do direito prestacional está condicionado à efetiva disponibilidade de recursos, porquanto não se pode gastar aquilo que não se tem.

No fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica são exatamente os seus custos. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos.³⁸⁵ Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, “um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”³⁸⁶.

Além dos consideráveis custos dos direitos prestacionais, bem maiores que os dos direitos de defesa, tem-se que a concessão de determinadas prestações, ou seja, a realização de determinados direitos, pode implicar a inviabilização da consecução de outros. Assim, caberia ao Poder Legislativo, que tem legitimidade democrática, avaliar quais seriam as prestações sociais mais necessárias à sociedade e, com isso, fazer sua opção política³⁸⁷.

Trata-se, para os que defendem este ponto de vista, de um problema eminentemente de competência posto que “a outorga ao Poder Judiciário da função de

³⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 477.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 477.

³⁸⁷ SARLET, *op. cit.*, p. 286.

concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito”³⁸⁸.

Para Vieira de Andrade, a Constituição não pode precisar exatamente qual o conteúdo das prestações por ela previstas e tampouco as condições e pressupostos para a aferição desses direitos. Tais diretrizes se encontrariam no campo da opção política, que no Estado Democrático é exercida em matéria legislativa pelo Poder competente, qual seja, o Poder Legislativo³⁸⁹.

Nessa linha de argumentação, os direitos à prestação só podem ser respondidos pelo legislador, a quem se destina em última análise a norma de direito fundamental prestacional. Já o Executivo, ou seja, o administrador, se aterá às condições fornecidas pelo legislativo que, por seu turno, estarão expressas no orçamento do Estado³⁹⁰. Entretanto, essa barreira orçamentária não pode ser absoluta, intransponível. O esforço concretizador do intérprete não pode ser fadado ao fracasso em face de uma lei orçamentária, que nem sempre é justa.

Além disso, não se pode perder de vista o intenso déficit social que assola o Brasil e demais países em desenvolvimento, pelo que não se pode simplesmente transpor conceitos ou dogmas de um país para o outro sem se ater à realidade sócio-cultural existente. É o que afirma Krell, ao comparar os direitos sociais na sociedade alemã e na brasileira:

A dogmática jurídica alemã é, em muitos aspectos, transponível ou adaptável para o Brasil, já que muitos preceitos e formulações das Cartas de 1988 e anteriores foram fortemente inspirados pela Lei Fundamental Alemã. Todavia, isto não acontece com os direitos sociais, que quase não constam da atual constituição germânica. Devemos lembrar que os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (centrais) como a alemã, ou numa periférica como a brasileira. Não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem levar-se em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos³⁹¹.

³⁸⁸ Ibidem, p. 286.

³⁸⁹ Op. cit., p. 205-206.

³⁹⁰ Ibidem, p. 206.

³⁹¹ KRELL, Andréas J. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: **A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 36.

Assim, o intérprete constitucional dos direitos fundamentais sociais não pode apenas se ater aos argumentos lógicos³⁹², em sua vertente positivista, pelo que se negaria efetividade a grande parte das normas da Constituição. Ao contrário, deve sopesar, de acordo com o princípio da concordância prática ou da harmonização, os diversos valores para, no caso concreto, extrair do conteúdo da norma, que não se confunde com o seu texto, a interpretação mais consentânea com a realidade subjacente.

Para isso, a releitura do princípio da aplicabilidade imediata, sob o ângulo da sua eficácia otimizadora, permite ao aplicador da Constituição estabelecer uma presunção de que a norma de direito fundamental deve ser implementada. Somente diante de uma comprovação efetiva, invertendo-se o ônus da prova, de que o Estado não tem recursos suficientes em nenhuma de suas rubricas orçamentárias é que pode o Magistrado deixar de efetivar as normas prestacionais. Mesmo nesse caso, porém, pode haver uma concretização parcial do conteúdo normativo, de acordo com a possibilidade estatal.

Quanto à questão do objeto da prestação, é fato que em muitos casos não se pode determinar a sua abrangência. *Verbi gratia*, o direito a Educação: Quais seriam as prestações que estariam abrangidas por este direito. Entretanto, a delimitação do âmbito do objeto há de ser feita consoante os princípios e métodos de interpretação constitucional, máxime o princípio da proporcionalidade e o método concretizador Hesse, pelo que o Juiz deve ter a sensibilidade social e o bom senso para verificar, no caso concreto, o que pode ou não ser concedido ao jurisdicionado.

Diante da inoperância legislativa e executiva de um país para com a realização dos direitos fundamentais sociais, pode o Poder Judiciário concretiza-los no caso concreto, tornando viva a vontade constitucional, sem que, com isso, se possa argumentar com o princípio da separação dos poderes, que, conforme visto anteriormente, precisa sofrer uma releitura.

Dentro dessa linha, invoca-se mais uma vez, como conclusão deste tópico, a lição de Krell, que advoga a tese da implementação dos direitos sociais pelo Judiciário nestes termos:

³⁹² Nesse sentido, assim dispõe Krell (op. cit., p. 40): “A interpretação dos direitos sociais não é uma questão ‘lógica jurídica’, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo.”

Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis; normalmente há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação destes pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes. No entanto, está com razão José Alcebíades quando afirma que ‘a consolidação dos direitos sociais e sua conseqüente implementação precisa estar vinculada a uma visão sociológica e política do jurídico, assim como a uma visão jurídica da política’.³⁹³

4.4.3.2. O mínimo existencial

A teoria do mínimo existencial – ou mínimo social ou vital – é fruto da doutrina alemã do pós-guerra, que teve de superar a inexistência de qualquer direito fundamental social na Lei Fundamental de Bonn. Mediante interpretação sistemática do princípio do Estado Social (art. 20, I, da Lei Fundamental), a Corte Constitucional alemã conseguiu extrair do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física o direito a um mínimo de existência, que deveria ser desenvolvido pelo Judiciário através de uma casuística gradual e cautelosa³⁹⁴.

A idéia, portanto, de proteção e garantia de uma existência digna está ligada diretamente ao Estado Social, que tem como obrigação “controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um “status” mínimo de satisfação das necessidades pessoais.”³⁹⁵.

Ao contrário do Estado liberal, abstencionista por natureza, tem o Estado Social o dever de, no mínimo, criar condições favoráveis ao desenvolvimento da personalidade humana em toda a sua extensão, devendo ainda buscar oferecer aos seus cidadãos a igualdade de oportunidades que a pobreza, por si só, já é capaz de retirar.

³⁹³ Ibidem. p. 31.

³⁹⁴ Ibidem, p. 42.

³⁹⁵ Ibidem, p. 42.

Não se quer dizer com isso que o Estado deva em toda e qualquer hipótese socorrer os indivíduos através de ajudas materiais - pelo que isso se confundiria com mero paternalismo, muito comum nos países em desenvolvimento -, mas que tem a obrigação de garantir, no mínimo, a fração nuclear de dignidade da pessoa humana, que se liga nas sociedades contemporâneas aos postulados humanistas e de democracia, porquanto

Da avaliação de todos os elementos, apurou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana comporta várias modalidades de eficácia jurídica em faixas diferentes de sua extensão. É possível reconhecer eficácia positiva ou simétrica às faixas que compõem o seu núcleo, especialmente àquelas que dizem respeito a condições materiais da existência, isto é, exigibilidade da prestação em si diante do Poder Judiciário – e essa constatação foi o objetivo principal de estudo. Em suma: o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias³⁹⁶.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo básico que deve ser garantido pelo judiciário, Piovesan afirma que este valor “impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”³⁹⁷.

Constata-se, então, que o Poder Judiciário deve garantir as condições materiais básicas de existência de toda e qualquer pessoa, porquanto estas estão ligadas à fração nuclear da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Entretanto, para além dessa fração nuclear, estará o Judiciário invadindo o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias.

Do que até agora foi exposto, surgem as seguintes indagações: o mínimo existencial gera direitos subjetivos? Em caso afirmativo, pode o Poder Judiciário

³⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248.

³⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 833, ano 94, p. 41-53, mar. 2005, p. 49.

determinar ao Executivo que garanta esta prestação ao jurisdicionado? Ainda em caso positivo, qual seria o objeto destas prestações?

A primeira das questões parece ter uma solução simples. Tendo o Estado o dever de fornecer a prestação, conseqüentemente, tem o particular o direito subjetivo de exigí-la.

Entretanto, a resposta a essa indagação não é tão simples quanto parece e, logicamente, a resposta a segunda e terceira indagações formuladas são condicionadas à afirmativa da primeira.

Preliminarmente, há de se ter em consideração a distinção entre direitos originários e derivados à prestação. Os originários são direitos que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que o consagram; já os derivados são “posições jurídico-subjetivas deduzidas não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a prestações, mas, sim, da concretização destas pelo legislador ordinário”³⁹⁸.

Para Sarlet, não existe muita controvérsia no que diz respeito à possibilidade dos direitos derivados à prestação gerarem direitos subjetivos.³⁹⁹ A controvérsia se cinge, segundo o autor, à possibilidade dos direitos originários à prestação outorgarem direitos subjetivos⁴⁰⁰.

Após fazer um apanhado dos entendimentos dos mais diversos doutrinadores, afirma o doutrinador que “mesmo entre os autores mais liberais, admite-se a existência de hipóteses nas quais não é possível investir o particular de um direito subjetivo a determinada prestação estatal.”⁴⁰¹ Cita, então, como exemplos, os limites fáticos da reserva do possível e a dificuldade de se determinar o conteúdo e alcance da prestação que constitui o seu objeto sem a interposição do legislador (aspectos normativo-estruturais), aduzindo, outrossim, que ambos os argumentos “estão ligados ao problema do objeto do direito fundamental e, por conseguinte, à sua função como direito a prestações”⁴⁰².

Depois, então, de analisar os argumentos desfavoráveis à outorga de direitos subjetivos e os mais diversos direitos originários à prestação previstos na

³⁹⁸ SARLET, op. cit., p. 203-204.

³⁹⁹ Ibidem, p. 294.

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 303.

⁴⁰¹ Ibidem, p. 303.

⁴⁰² Ibidem, p. 304.

Constituição brasileira, Sarlet chega à conclusão “de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização pelo legislador.”⁴⁰³ Assim, “há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador”⁴⁰⁴.

Realmente, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, impõe-se, pelo menos, o mínimo de garantia às condições existenciais. Não há como não se assegurar este mínimo sob pena de se fazer letra morta o dispositivo constitucional e de se ter uma ilegítima subversão de valores.

A esse respeito, Alexy contrapõe o direito fundamental a um mínimo vital, já consagrado pelo direito alemão, afirmando categoricamente que, em que pese os direitos sociais mínimos terem consideráveis efeitos financeiros quando são muitos os que o fazem valer, só isso não justifica a não existência destes direitos, posto que a competência privativa do legislador não é ilimitada e nem absoluta, sendo que certos direitos individuais podem ter mais pesos que as razões de políticas financeiras⁴⁰⁵.

Diante desse posicionamento, parece perfeitamente sustentável que, no Brasil, tão carente de posições emancipatórias, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no art. 1^o, III, da Constituição Federal de 1988, os operadores do direito busquem pautar suas decisões privilegiando o mínimo vital em detrimento da reserva do possível, sempre observando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A interpretação das normas programáticas deve buscar, antes de tudo, a concretização dos direitos sociais, que fazem parte do mínimo vital, e que são também considerados direitos fundamentais, como já foi visto.

Se as normas constitucionais possuem um caráter indeterminado, por vários motivos – inclusive propositadamente – a interpretação há que ser criadora, concretizadora. O problema está nos limites dessa concretização, que nem sempre são bem definidos, o que fez com que surgissem diversas teorias, buscando um método seguro para efetiva concretização das normas constitucionais.

⁴⁰³ Ibidem, p. 345.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 346.

⁴⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales (Theorie Der Grundrechte)** Trad. Esp. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 495.

Entre as teorias concretizadoras está a que adota os princípios de interpretação constitucional, como critérios normativos de decisão dentro dos limites do texto. Esta teoria tem como expoente Konrad Hesse.

Para Hesse, a interpretação constitucional é uma concretização, onde se admite que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constitucional⁴⁰⁶.

O teor da norma só completar-se-ia no ato interpretativo. Seu método concretista tem três elementos básicos: a norma que vai se concretizar, a compreensão prévia do intérprete e o problema concreto a resolver⁴⁰⁷.

Não há como negar, portanto, que o aplicador das normas constitucionais, através de uma interpretação concretizadora – tendo em vista, outrossim, o caráter político das normas constitucionais – deve procurar sempre efetivar os direitos sociais previstos na Constituição, estejam eles contidos em normas-regras, em normas-princípios ou, ainda, em normas meramente programáticas.

⁴⁰⁶ Apud Paulo BONAVIDES, op. cit., p. 439.

⁴⁰⁷ Idem, p. 440.

5 - CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, foi analisada a teoria dos direitos fundamentais, mostrando os seus fundamentos básicos, a perspectiva histórica no que tange às suas dimensões, a multifuncionalidade juntamente com a eficácia objetiva e subjetiva, as suas características essenciais e as estruturas das normas que versam sobre essa categoria de direitos.

Em que pese às acaloradas discussões acerca de sua ontologia, o entendimento que predomina entre os doutrinadores é que os direitos fundamentais são aqueles que primordialmente visam assegurar a dignidade humana. De acordo com esse seu desiderato, portanto, tem amplo espectro de atuação, de forma que a sua concretização é exigência do próprio Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais, no evolver da história, passaram por uma grande evolução, não só no sentido de aumento de sua quantidade, mas também no de sua qualidade. Daí se falar também em dimensões dos direitos fundamentais. O que antes eram apenas direitos que buscavam somente limitar o poder estatal (direitos da liberdade), agora são também direitos da igualdade e da solidariedade, chegando-se atualmente a uma quarta dimensão.

Ainda nessa análise dogmática, verificou-se que os direitos fundamentais possuem um caráter multifuncional, ou seja, exercem várias funções no ordenamento jurídico. Possuem uma dupla perspectiva: a subjetiva, poderes ou competências que têm os seus titulares de realizarem as suas pretensões; e a objetiva, sob a ótica de seu significado para a sociedade ou como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos.

A par das características e das estruturas das normas que versam sobre direitos fundamentais, ficou demonstrado que estes têm importância ímpar para o desenvolvimento da sociedade e do Estado, de modo que o estudo do desenvolvimento da eficácia de qualquer das categorias destes direitos (máxime a dos direitos sociais) já justificaria qualquer tipo de trabalho.

Ainda nesta pesquisa, foram verificadas as especificidades das normas constitucionais, assim como os métodos modernos de interpretação destas.

Foi feita também uma avaliação do papel dos juízes na superação de certos dogmas - tidos, até então, como inquebrantáveis - e o que eles podem fazer para a construção de uma hermenêutica otimizadora dos direitos sociais.

Restou demonstrado, ao final, que o argumento da ausência de disponibilidade financeira (conhecida como reserva do possível) não pode ser utilizado indiscriminadamente para a escusa do cumprimento das normas de direitos sociais.

Cumpridos os objetivos específicos a que se propôs, considerando as mais diversas variáveis (tais como a cultura jurídica brasileira, ainda apegada ao formalismo positivista, e os fatores culturais, políticos e econômicos da sociedade brasileira, que dificultam a efetivação da Constituição Federal), este trabalho não perdeu de vista o seu objetivo principal, que foi buscar uma hermenêutica constitucional voltada para a melhoria de eficácia das normas de direitos fundamentais sociais.

Nesse contexto, a primeira hipótese suscitada para resolução dos problemas fundamentais da pesquisa evidenciou-se amplamente confirmada, porquanto se chegou à conclusão de que somente uma hermenêutica que atenda às especificidades das normas constitucionais, mormente as que versam sobre os direitos fundamentais, é que será capaz de solucionar a problemática da eficácia.

É que a atividade interpretativa não pode ser desprovida de métodos próprios para o conhecimento, apreensão e criação dos objetos. Isto porque o sujeito que observa dado fenômeno estará sempre conhecendo um objeto e criando algo novo que não está totalmente inserido no objeto, mas nas condições pessoais do observador.

Parte-se da premissa de que há uma verdadeira intercomunicação entre o sujeito que observa e o objeto que está sendo observado, não existindo uma neutralidade no ato interpretativo, porquanto, além da posição relativa do objeto observado, há inevitavelmente as concepções pessoais do intérprete, que interferem no processo de observação.

Não sendo, portanto, a atividade interpretativa neutra, pode-se dizer que esta pode chegar a vários resultados possíveis e até mesmo adequados para a solução dos casos concretos, pelo que errada é a pretensão absoluta de que a interpretação só pode chegar a um resultado correto.

Na interpretação das normas constitucionais, deve o hermenauta ficar atento para as suas especificidades e, principalmente, para o conteúdo político nelas existentes, procurando sempre o equilíbrio entre o jurídico e o político, sem deixar jamais nenhum deles prevalecer.

O que é certo, e isso ficou também amplamente confirmado, é que a interpretação das normas constitucionais, em virtude do seu caráter também político e de outras peculiaridades, não pode ser igual a das demais normas do ordenamento jurídico. Assim, os métodos clássicos de interpretação das normas jurídicas, muito embora possam também ser utilizados, não são perfeitamente hábeis para resolver os diversos problemas constitucionais.

Obedecendo à força dos argumentos até aqui esposados, tem-se que a segunda hipótese formulada nesta pesquisa também é verdadeira, posto que os modernos métodos de interpretação da Constituição podem e devem ser utilizados na solução dos problemas jurídicos, vez que são frutos de uma nova visão, baseada no pós-positivismo, que privilegia a eficácia das normas constitucionais, ao invés da percepção simplesmente técnica, lógica e formalista.

É que a nova metódica constitucional não mais questiona a enorme importância dos princípios no ordenamento jurídico. São eles que dão coerência ao sistema, informando-o com a lógica que lhes é peculiar e dotando todas as normas constitucionais de um certo conteúdo valorativo e racional.

Também não mais questiona a sua normatividade. Os princípios são normas jurídicas diferenciadas das regras, o que faz com que a sua interpretação e aplicação não obedeça à lógica do tudo ou nada, mas sim através da ponderação, verificando-se, em cada caso concreto, qual é o que tem maior peso ou importância.

Particularmente importante também para interpretação e concretização das normas constitucionais são os *topois* de interpretação constitucional, estudados no capítulo 4 da segunda parte deste trabalho. O manejo adequado destes princípios de interpretação permite que se construa uma hermenêutica adequada para a otimização de eficácia dos direitos fundamentais sociais.

A presente obra, em sua terceira parte, também constatou que a Constituição possui uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado, que imprime também ordem e conformação à realidade.

Diante dessa constatação chegou-se, sem necessidade de maiores digressões, à conclusão de que as normas constitucionais devem ser interpretadas de forma a se obter a máxima eficácia ou, como bem afirma Hesse, de acordo com o princípio da ótima concretização da norma, que deve consolidar e preservar a força normativa da Constituição.

Para isso, confirmando a terceira hipótese desta pesquisa, é preciso uma nova tomada de posição por parte dos juízes em relação ao papel que lhe é destinado pela Constituição. Isto significa uma mudança de paradigmas no que tange à interpretação da Carta Magna, passando de uma postura passiva e submissa aos demais poderes para uma outra, ativa e consciente de suas funções em um Estado Democrático de Direito.

Necessário se faz a revisão de inúmeros dogmas, tais como o da supervalorização do princípio da legalidade ao invés da constitucionalidade; o da separação dos poderes, que em muitos casos torna sem efeito a função jurisdicional, e o do legislador positivo, corolário do princípio da separação dos poderes.

Em relação à eficácia jurídica das normas constitucionais que carecem de concretização, foi visto no presente trabalho que a posição inicial de Canotilho era no sentido de que as normas programáticas tinham força normativa independente de ato legislativo, estando os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) vinculados positivamente no sentido de concretizar estes tipos de normas.

Posteriormente, o autor português reviu o seu posicionamento inicial em relação às normas programáticas, passando a ver na vontade transformadora da Constituição dirigente um elemento utópico e arrogante, vez que a pretensão voluntarista de regular domínios que lhe são estranhos acabaria por abrir caminho para a ditadura partidária e para a coerção moral e psicológica.

Assim, com essa mudança de paradigma, o Estado não pode assumir uma postura planificadora sem desconsiderar o processo de abertura constitucional, nem, outrossim, consagrar, sob a forma de direitos fundamentais, matérias que, na verdade, devam estar sujeitas às políticas públicas e, assim, ao jogo político.

Embora haja essa posição do autor no sentido de se rever ou romper com o constitucionalismo dirigente, plenamente admissível atualmente para o Estado português, não se pode, sem as devidas adaptações, transpor de imediato esse pensamento para os países em desenvolvimento. É que nestes países, onde a miséria e a fome assolam

com pleno vigor, ainda o Estado deve assumir, pelo menos por um bom tempo, uma postura planificadora e mais ativa na implantação dos direitos sociais.

A hermenêutica constitucional, em contato com a realidade que lhe é subjacente, demanda uma interpretação que vincule o Estado, em certas hipóteses, ao cumprimento das normas constitucionais. A não ser assim, o processo de abertura constitucional pecaria por desconsiderar seu principal desiderato, que é a construção de uma sociedade justa em que todas possam efetivamente participar da vida social e política do Estado.

No que se refere à efetividade das normas de direitos sociais, concluiu-se que estas devem, via de regra, serem concretizadas e cumpridas. Em que pese certos obstáculos, tais como a reserva do possível, a interpretação dessas deve, considerando a eficácia objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, objetivar sua máxima concretização. O juiz só pode deixar de efetivar os direitos sociais, quando plenamente comprovado sua impossibilidade.

De todo o exposto, conclui-se efetivamente que a hermenêutica constitucional não pode ficar presa ao rigorismo da técnica e dos argumentos lógicos. Deve dar preferência pela construção material da Constituição, devendo retirar de sua força normativa, bem como dos demais princípios tópicos de interpretação constitucional, a máxima eficácia dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGRAVO REGIMENTAL no Recurso Extraordinário 309381. DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 01/05/2006.

AGUIAR E SILVA, Valéria Curi. O art. 2º da CF/88 sob enfoque interpretativo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 53, ano 13, p. 148-180, out-dez 2005, p. 162.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales (Theorie Der Grundrechte)** Trad. Esp. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed., atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Marília; SAMPAIO, Silva. **Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Ruy. **República: Teoria e Prática**. Petrópolis: Vozes, 1978.

_____. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BELLO FILHO, Ney Barros. **Sistema Constitucional Aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**. São Paulo: Manole, 2005. V. 1.

BITTAR, Eduardo C. B.. **Curso de Filosofia do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, trad. Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. Trad. Maria Celeste dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 28º ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CALVO GARCIA, Manuel. **Introducción al derecho: Lecciones de teoría del derecho**. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo**. 2ª ed. São Paulo: Madras, 2005.

DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª Ed. Madrid: Civitas, 1985.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas.** Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trota, 2001,

FERRAZ, Anna Cândida. **Processos informais de mudança da Constituição.** São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1995

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedé. **Controle Judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica.** 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da Magistratura.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HABEAS CORPUS 76371 / SP. SÃO PAULO. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 13/05/2006.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000

KRELL, Andréas. **Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais**. In: KRELL, Andréas (org). *A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. 2ª ed. Campinas: Minelli, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUÑO, Antônio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

LYRIO PIMENTA, Paulo Roberto. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____. **Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões** in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Direitos Fundamentais, tomo IV.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad. Pedro Mota. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3ª ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. Trad. Virgínia K. Kupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PEREIRA DE FARIAS, Edilson. **Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. **O Mercado de Trabalho Humano**. São Paulo: LTr, 1998.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 833, ano 94, p. 41-53, mar. 2005.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leônidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Vol. I, parte geral, trad. Cabral de Moncada. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1947.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Valores Superiores e Interpretação Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Trad.de José Maria Perez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995

SUORDEM, Fernando. **O princípio da separação dos poderes e os novos movimentos sociais – A Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização**. Coimbra: Almedina, 1995.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudência**. Trad. Luiz Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.