

**JOÃO PEDRO GEBRAN NETO**

**A APLICAÇÃO IMEDIATA DOS  
DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS  
A BUSCA DE UMA EXEGESE EMANCIPATÓRIA**

**Dissertação apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso de  
Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências  
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Professor Clèmerson Merlin Clève**

**CURITIBA**

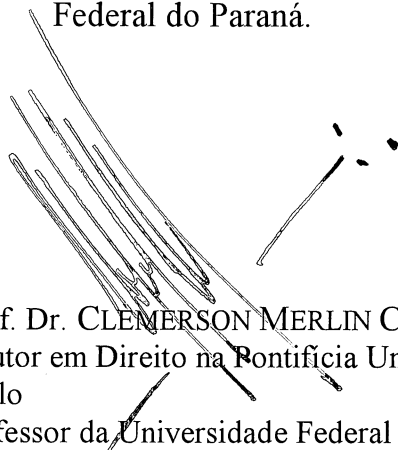
**JUNHO 2001**

## TERMO DE APROVAÇÃO


**JOÃO PEDRO GEBRAN NETO**

### **A APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS A BUSCA DE UMA EXEGESE EMANCIPATÓRIA**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.



Presidente e Orientador: Prof. Dr. CLEMERSON MERLIN CLÈVE  
Doutor em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Professor da Universidade Federal do Paraná (UFPR)



2º Examinador: Prof.ª REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI  
Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná  
Professora da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP)



3º Examinador: Dr. WILSON RAMOS FILHO  
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná  
Professor da Faculdades Brasil (UNIBRASIL)

Curitiba, 26 de junho de 2001

Dedico este trabalho aos meus familiares, em especial aos meus filhos João Guilherme e João Gabriel, fontes de minhas maiores alegrias e preocupações.

Dedico-o, ainda, ao povo brasileiro, que, ao longo de sua existência, vem se fazendo forte, apesar dos seus governantes.

## AGRADECIMENTOS

Os estudos realizados para este trabalho não são obra de um homem só. Impõe-se portanto um preito de gratidão àqueles que colaboraram nas minhas pesquisas, nos meus estudos e reflexões. Também é imprescindível o agradecimento aos que privei de minha participação mais ativa em suas vidas.

Desde minhas primeiras aulas do curso de mestrado encontrei no colega Sérgio Fernando Moro, também juiz federal, um amigo. Homem culto e perspicaz emprestou sua inteligência aos mais importantes debates travados em sala de aula, inclusive instigando-me ao estudo da aplicação imediata dos direitos individuais e coletivos. Nossa afinidade e amizade só fizeram crescer nesse período, sendo certo que colaborou decisivamente com sugestões e críticas para o resultado deste trabalho.

Desempenhou papel igualmente relevante o professor e meu orientador Clèmerson Merlin Clève. Mais que orientar o estudo do Direito Constitucional, ensinou-me a buscar a concretização dos direitos previstos na Carta Magna, especialmente os direitos fundamentais. Crítico intransigente da concepção programática da Constituição, impôs aos seus alunos um intenso regime de estudos, buscando forjar novos constitucionalistas e, principalmente, juristas preocupados com a conjunção dos dados normativos e os dados da realidade. Se a Constituição Federal de 1988 representou — e ainda representa — fonte de luz para a transposição das abissais diferenças sociais do País, ensinou-nos esse emérito constitucionalista paranaense que essa luz não deveria apenas iluminar o abismo, mas servir de energia geradora para a superação das distâncias.

Este trabalho nasceu imbuído desse signo de superação, e, se algum mérito tiver, deverá ser creditado àqueles que me auxiliaram a pensar o Direito. Seus vícios, entretanto, decorrem da minha limitada capacidade de compreender os problemas e criar proposições cientificamente defensáveis.

Disse que este trabalho não foi tarefa de um homem só. E de fato nunca me senti sozinho nesta caminhada. Contei com o imprescindível suporte familiar: a fortaleza do homem está na família, onde encontra amparo, calor, amor e compreensão para os momentos mais difíceis da vida; também é no lar que se é mais generosamente recompensado com alegrias e satisfações.

Tenho a felicidade de contar com uma esposa amorosa e companheira, que nestes mais de quinze anos de constante namoro esteve ao meu lado em todos os sonhos e viagens. Conto com dois filhos maravilhosos — seu amor só é comparável à alegria constante que me trazem. Entre a presença perene de tantos outros familiares, destaco a de meus pais, a cujo amor jamais poderei corresponder com igual intensidade.

Agradeço também a todas as pessoas que direta ou indiretamente colaboraram neste trabalho: aos funcionários da Biblioteca da Justiça Federal em Curitiba, em especial a Maria Emília e a Mônica; aos servidores da Vara Federal em que jurisdiciono; aos servidores do Departamento de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná, entre tantos.

Para finalizar, quero deixar consignada minha gratidão a todos os professores do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná, os quais, certamente, cada um a seu modo, auxiliaram no aprimoramento do meu conhecimento da ciência do Direito.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	viii
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS – APLICAÇÃO IMEDIATA</b> .....	3
2.1 DIREITO COMPARADO .....	7
2.1.1 Lei Fundamental de Bonn .....	9
2.1.2 Constituição Espanhola .....	10
2.1.3 Constituição Portuguesa .....	12
2.2 DIREITO BRASILEIRO .....	15
2.2.1 Precedentes .....	15
2.2.2 Propostas na Constituinte .....	16
2.2.3 Texto Final e Justificativa .....	19
2.3 INTERPRETAÇÃO ATUAL E SUAS VICISSITUDES .....	20
2.3.1 Doutrina Vigente .....	20
2.3.2 Crítica à Hermenêutica Corrente .....	23
<b>3 ELEMENTOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	26
3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	26
3.1.1 Breve Esboço Histórico do Constitucionalismo .....	26
3.1.2 Do Núcleo Essencial de Hermenêutica .....	30
3.1.3 Do Núcleo Essencial do Direito .....	34
3.2 ELEMENTOS DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS EM GERAL .....	37
3.2.1 Elemento Gramatical .....	38
3.2.2 Elemento Histórico .....	39
3.2.3 Elemento Sistemático .....	42
3.2.4 Elemento Teleológico .....	44
<b>4 METODOLOGIA DA INTERPRETAÇÃO</b> .....	46
4.1 INTERPRETAÇÃO E OS INTÉRPRETES .....	46
4.1.1 Dogmática Jurídica e Sua Crítica .....	46
4.1.2 Interpretativismo e Não-Interpretativismo .....	51
4.1.3 Dos Intérpretes .....	55
4.2 MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO .....	58
4.2.1 Interpretação Jurídico-Sistemática .....	58
4.2.2 Interpretação Tópica .....	60
4.2.3 Interpretação Tópico-Sistemática .....	65
4.3 NOVOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO .....	70
4.3.1 Interpretação Científico-Espiritual de Smed .....	70
4.3.2 Interpretação Estrutural-Concretizante de Müller .....	71
4.3.3 Teoria Estrutural de Robert Alexy .....	77
<b>5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE INTERPRETAÇÃO</b> .....	87

5.1 DIVISÃO QUANTO AO TIPO DE NORMA A SER INTERPRETADA .....	87
5.2 NORMAS JURÍDICAS EM GERAL .....	87
5.2.1 Supremacia da Constituição.....	91
5.2.2 Presunção de Constitucionalidade das Leis .....	94
5.2.3 Interpretação Conforme à Constituição .....	95
5.2.4 Da Razoabilidade e da Proporcionalidade .....	99
5.3 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	104
5.3.1 Unidade.....	105
5.3.2 Concordância Prática.....	107
5.3.3 Força Normativa .....	107
5.3.4 Máxima Efetividade .....	110
<b>6 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>112</b>
6.1 DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS.....	112
6.1.1 Existência, validade e Eficácia.....	112
6.1.2 Distinção entre Regras e Princípios.....	116
6.2 TEORIAS DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	121
6.2.1 Normas Auto-Aplicáveis e Não-Auto-Aplicáveis.....	121
6.2.2 Divisão Tricotômica de José Afonso da Silva .....	122
6.2.3 Classificação das Normas Constitucionais quanto a Sua Possibilidade de Fruição por Luís Roberto Barroso .....	128
6.3 DIREITOS A PRESTAÇÃO EM ALEXY E SUA FRUIÇÃO .....	131
6.4 O PROBLEMA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS E O DIREITO A ALGO .....	137
<b>7 INTERPRETAÇÃO DO PARÁGRAFO PRIMEIRO DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....</b>	<b>140</b>
7.1 RETOMANDO O TEMA PROPOSTO .....	140
7.2 NOVA EXEGESE .....	142
7.2.1 Interpretação Restritiva quanto ao Alcance .....	142
7.2.2 Interpretação Extensiva quanto a Eficácia.....	144
7.2.3 Eficácia Vertical e Horizontal dos Direitos Fundamentais .....	149
7.3 DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	152
7.4 CONSEQUÊNCIAS DO NOVO TRATAMENTO AO PRECEITO .....	158
7.4.1 Colmatação de Lacunas .....	158
7.4.2 Aplicação Imediata dos Direitos Jusfundamentais Objetivos e Subjetivos .....	166
7.4.3 Integração da Norma pelo Juiz — Construtivismo ou Não-construtivismo Judicial.....	173
7.4.4 Limites da Atuação Judicial.....	178
<b>8 CONCLUSÃO E SÍNTESE .....</b>	<b>183</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>187</b>

## RESUMO

Procurou-se investigar os contornos do artigo 5º, § 1º, da Carta Constitucional brasileira, porque as respostas obtidas na doutrina nacional, apesar de aparentemente ampliativas, revelam-se, no fundo, muito tímidas, uma vez que acabam por equiparar a aplicação imediata dos direitos fundamentais com a força normativa da Constituição. A partir dessa constatação, enveredou-se pelos caminhos da hermenêutica constitucional, como meio hábil para produção de novo resultado. Socorreu-se, também, do direito comparado, uma vez que a norma em exame foi colhida pelo legislador-constituente em diplomas de outros países. Para a interpretação da Constituição, foram fixados alguns pontos relevantes, tais como divisão das normas constitucionais em regras e princípios, adoção da lei de colisão como mecanismo para solução de conflito aparente de normas, análise dos elementos de interpretação das normas e alguns métodos de interpretação. Sobre o último aspecto, reconhecendo a inexistência de um método único ou ideal, decidiu-se por acolher a teoria estrutural-concretizante de Friedrich Müller como método razoável de interpretação (concretização das normas). Também foram objeto de exame alguns princípios constitucionais que orientam a interpretação das normas constitucionais e das normas infraconstitucionais. Os princípios da interpretação conforme, da força normativa, da unidade, da proporcionalidade, da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade, dentre outros, servem de norte ao intérprete. Por fim, por esses caminhos se chegou à conclusão de que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal determina a aplicação imediata do *caput* e dos seus incisos (direitos e deveres individuais e coletivos), independentemente de *interpositio legislatoris*. Havendo lacuna legislativa, pode e deve ser completado o dispositivo constitucional, diante do caso concreto, pelo Poder Judiciário, por força de expressa disposição constitucional, independentemente de mandado de injunção, ao qual cabe garantir e efetivar os demais direitos fundamentais, sempre que houver omissão legislativa. Por fim, conclui-se que a integração da norma constitucional pelo Poder Judiciário não é ato de puro decisionismo, mas sim de concretização segundo os limites e termos da própria positividade normativa e dos demais princípios que orientam e regem essa tarefa.

## 1 INTRODUÇÃO

Apesar das diversas críticas que vem sofrendo ao longo dos seus mais de doze anos de vigência, a Constituição Federal de 1988 não teve a oportunidade de produzir a maioria dos efeitos pretendidos pelo legislador constituinte.

Havia profunda preocupação quanto à aplicação do novo texto, a ponto de se incluírem nele dispositivos diversos cuja redação não deixava dúvida quanto à sua vigência imediata. O ápice dessa preocupação estava centrado nos direitos e garantias fundamentais do cidadão, restando expressamente previsto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Entretanto, por mais paradoxal que seja, malgrado os esforços quanto à efetiva aplicação da nova Carta, seus dispositivos que não estabeleciam normas constitucionais de princípio institutivo<sup>1</sup>, na sua maioria, restaram sem aplicação imediata, incluindo-se neste rol os direitos fundamentais.

Aí reside o paradoxo, porque exatamente naquilo que o legislador-constituinte teve o maior cuidado na máxima efetividade da norma que houve insuficiente desenvolvimento do tema. Cuidando de lhe dar grande amplitude, acabou a doutrina por lhe diminuir a eficácia, restando reconhecida apenas a produção de efeitos decorrentes de sua eficácia mínima, para a maioria das normas alcançadas pelo transcrito parágrafo.

O que se pretende neste trabalho é buscar uma solução emancipatória, que possibilite ao preceito constitucional produzir efeitos na sua plenitude, alcançando não só os fins visados pelo legislador-constituinte, mas, principalmente, permitindo que as normas constitucionais produzam imediatamente a sua maior eficácia.

<sup>1</sup> Expressão empregada no sentido que lhe empresta José Afonso da SILVA (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 119).

Como ponto de partida, têm-se os diferentes métodos de interpretação das normas em geral, que se seguem dos métodos próprios de interpretação da Constituição, para, finalmente, se buscar a trilha da interpretação do parágrafo referido.

Toma-se como pressuposto a aptidão de todas as normas constitucionais para produzir efeitos, ainda que com eficácia mínima, mas sempre orientando-se pelo princípio da máxima efetividade e da aplicação imediata dos direitos individuais e coletivos.

Como assinalou o professor Ricardo LYRA, em aula inaugural proferida no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná em 9 de março de 1998, tem-se procurado transferir para a Carta Magna todas as mazelas e dificuldades administrativas do País, sem que ao menos tenha sido dada oportunidade para que seus efeitos fossem produzidos.

Ao lado da hermenêutica, é necessário trilhar pelos campos da eficácia, da validade e da aplicabilidade das normas constitucionais para, finalmente, com base nos pressupostos e métodos antes traçados, atingir a solução emancipatória preconizada, dando a maior aplicação possível aos direitos e garantias individuais.

Extraír o máximo de eficácia do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, este o tema que se pretende explorar, com o fito de dar nova dinâmica à até agora vigente interpretação constitucional.

## 2 DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS – APLICAÇÃO IMEDIATA

Datada de 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, na Sessão Solene de sua promulgação, foi chamada de “a Constituição Coragem, a Constituição Cidadã, a Constituição Federativa, a Constituição Representativa e Participativa, a Constituição do Governo Síntese Executivo-Legislativo, a Constituição Fiscalizadora”, pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, deputado Ulysses GUIMARÃES<sup>2</sup>.

Os constituintes acenavam com uma proposta progressista e de volta ao Estado democrático de Direito, visando resgatar as dívidas sociais e políticas de um país que tinha passado por um período de restrição de direitos. Reconhecia-se, de antemão, que não se tratava de um documento perfeito, prevendo-se uma revisão para cinco anos após sua promulgação, mas de uma Carta “que será útil, pioneira e desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria”<sup>3</sup>, na expressão do constituinte referido.

Decorridos mais de doze anos da promulgação da Constituição Federal do Brasil, o cenário nacional já não é o mesmo. Ocorreram várias mudanças positivas, permitidas e desejadas pela nova Lei Maior. muitos de seus institutos foram de capital importância para a reestruturação do Estado, para o resgate de direitos, de esperanças e de dignidade.

Entretanto, boa parte da Constituição não passou, até o momento, de promessas não cumpridas, de desejos não realizados, de conselhos não ouvidos por quem tinha o poder-dever de fundar — de fato e de direito — o Novo Estado que se preconizava.

<sup>2</sup> GUIMARÃES, U. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 25, n. 100, p. 10, out./dez. 1988.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 10.

Tentou o legislador-constituente criar instrumentos para a defesa do próprio diploma, fosse com a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, na forma do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, fosse com o instituto do mandado de injunção, criado pelo inciso LXXI<sup>4</sup>, do mesmo artigo, fosse, por fim, com a declaração de inconstitucionalidade por omissão, nos termos do parágrafo segundo do artigo 103<sup>5</sup>.

Malgrado esses esforços, a prática tem demonstrado ser necessário mais que a simples intenção dos constituintes para que se façam valer os direitos constitucionalmente previstos.

As modernas técnicas de hermenêutica, os caminhos da retórica e, principalmente, a vontade política (considerada tanto como vontade do poder público, quanto como vontade do poder legislativo e exigência da própria sociedade) nem sempre têm servido para dar efetividade àquilo que foi pretendido pelos representantes do povo. Deve-se admitir que o constituinte esteve à frente de seu tempo, projetando um cenário de dever-ser, de justiça social — como é desejável —, cuja concretização ocorrerá conforme a hegemonia predominante entre as diferentes forças que compõem nossa sociedade e segundo, ainda, as possibilidades de modificação da realidade.

Roberto LYRA FILHO trata bem desse dinâmico e dialético processo, ao assentar que

Justiça é Justiça Social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação duma sociedade, em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece no movimento de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias

<sup>4</sup> “LXXI conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;...”

<sup>5</sup> “§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessária e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

contradições brotarão as novas conquistas. À injustiça, que um sistema institua ou procure garantir, opõe-se o desmentido da Justiça Social conscientizada; às normas, em que aquele sistema verta os interesses de classes e grupos dominadores, opõem-se outras normas e instituições jurídicas, oriundas de classes e grupos dominados, e também vigem, e se propagam, e tentam substituir os padrões dominantes de convivência impostos pelo controle social ilegítimo; isto é, tentam generalizar-se, rompendo os diques da opressão estrutural. As duas elaborações entrecruzam-se, atiram-se, acomodam-se momentaneamente e afinal chegam a novos momentos de ruptura, integrando e movimentando a dialética do Direito. Uma ordenação se nega para que outra a substitua no itinerário libertador. (...) O Direito, em resumo, se apresenta como positivação da liberdade conscientizada nas lutas sociais e formula os princípios supremos da Justiça Social que nelas se desvenda.<sup>6</sup>

Papel relevante desempenha o intérprete da Constituição nesse processo, porque, calcado num mesmo texto, procura extrair normas jurídicas adequadas ao momento de sua aplicação, dando, por vezes, novos contornos a antigos institutos ou conceitos jurídicos, o que mantém a atualidade de documentos centenários, como, por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos<sup>7</sup> ou, mesmo, o nosso Código Civil<sup>8</sup>.

Nesse pano de fundo da justiça social sobressaem os direitos e garantias individuais, albergados no art. 5º da Constituição brasileira, que tem por escopo proteger os principais e mais simples direitos da pessoa humana.

Se no momento da promulgação da nova ordem constitucional era tolerável uma interpretação restritiva de alguns preceitos, inclusive de sua aplicabilidade, hoje, ante um pretendido autêntico Estado democrático de Direito, deve ser extraído de tais preceitos o máximo de sua efetividade.

<sup>6</sup> LYRA FILHO, R. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1982. (Coleção Primeiros Passos). p. 120-124.

<sup>7</sup> A evolução do princípio do *due process of law* no Direito norte-americano é expressão da dinâmica interpretação dada à Constituição dos Estados Unidos da América. Partiu-se de noção meramente formal para, num segundo momento, alcançar uma dimensão material. Sobre o tema, veja-se o trabalho do professor C.R.S. CASTRO, **O devido processo legal e a razoabilidade das leis** (2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1989).

<sup>8</sup> Sem embargo das revisões que sofreu e que deva sofrer para manter-se atual e útil, deve-se reconhecer que o Código Civil ainda desempenha seu papel, sofrendo releitura a partir de cada uma das Constituições a que sobreviveu, especialmente a partir da vigente Carta.

Destaca-se o **princípio da efetividade** especialmente quando se tem norma constitucional de conteúdo indeterminado ou com pouca densidade normativa, que dá ao intérprete menos afeito à matéria a falsa impressão de pouca ou nenhuma força normativa.

Os atos jurídicos comportam análise segundo sua existência, validade e eficácia. Esse último aspecto interessa sobremaneira ao tema, pois consiste na aptidão para a produção de efeitos que resultem nas conseqüências que lhe são próprias, principalmente do ponto de vista da eficácia social. Não basta que determinada norma tenha validade e produza efeitos jurídicos; é imprescindível que também possua eficácia social, o que, em última análise, implica a aptidão desta para modificar a realidade de fato.

A efetividade está ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição e ao reconhecimento de sua força normativa, visto que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e sua inobservância deve deflagrar os mecanismos próprios de cumprimento forçado. Assim, a efetividade é a realização concreta, no mundo dos fatos, dos comandos abstratos contidos na norma.

É através desse prisma que deve ser analisado o art. 5.º, 1º, da Constituição Federal, quanto à efetividade e abrangência.

Quanto à eficácia, entendem a maioria dos doutrinadores nacionais que a regra constitucional deve ser analisada em sintonia com a regra de direito fundamental que especificamente se pretende aplicar. Assim, é o texto do direito fundamental que indicará a possibilidade de aplicação imediata da norma ou a necessidade de sua integração por outro comando legislativo infraconstitucional.

Quanto à abrangência, tendem a maioria dos intérpretes a estender a regra da aplicação imediata a todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, especialmente àqueles enumerados no Título II.

É intuitivo que assim seja, por duas razões. Primeiro, porque a regra expressamente se refere a “direitos e garantias fundamentais”, expressão idêntica à do Título II. Segundo, porque é aparentemente mais vantajosa essa interpretação,

privilegiando e elastecendo o princípio da defesa da dignidade da pessoa humana como norteador da hermenêutica constitucional, consoante preconizado por José Carlos Vieira de ANDRADE.<sup>9</sup>

Entretanto, só aparentemente tal critério é benéfico, porque ao mesmo tempo em que amplia o campo de direitos sujeitos à aplicação imediata, enfraquece e diminui o sentido e o conteúdo dessa expressão, reduzindo sua força normativa.

## 2.1 DIREITO COMPARADO

A introdução de uma nova ordem constitucional no Brasil decorreu de um longo processo histórico que em muito se assemelhou ao vivido por outros países.

Do início dos anos sessentas até meados dos oitentas, o Brasil viveu sob um regime militar e autoritário, com sensível supressão de direitos e garantias políticas e, principalmente, individuais.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1/69, eram considerados meras disposições programáticas, pois, de fato, foram suprimidos pela ditadura militar.

Após o crescente esgotamento do regime autoritário através de um processo de resistência e luta das forças democráticas, passou-se para uma fase de ruptura com a ordem ditatorial e conseqüente abertura política.

Com a conquista da abertura política no início do governo do General Figueiredo e da anistia a políticos e intelectuais cassados pelos governos militares anteriores, as forças sociais passaram a reorganizar-se em movimentos, associações e novos partidos políticos, fazendo crescer e se consolidar a oposição ao regime ditatorial.

<sup>9</sup> “A unidade de sentido dos direitos fundamentais, tal como a entendemos, representa a unidade de *concepção antropológica* que está na base do conjunto normativo que formam. A concepção do Homem como ser autónomo, livre e responsável dá conteúdo ao princípio da dignidade da pessoa humana como princípio regulativo dos direitos fundamentais e permite, deste modo, uma aplicação coerente dos preceitos constitucionais respectivos” (ANDRADE, J.C.V. de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 130).

A esse processo seguiu-se a formação de alianças políticas de grupos heterogêneos que buscavam a hegemonia nacional. Em 15.1.85 elegeu-se Presidente da República o então governador de Minas Gerais Tancredo Neves, tendo como Vice-Presidente o senador maranhense José Sarney.

Antes mesmo de tomar posse, o novo Presidente foi acometido de séria enfermidade, morrendo em 21.4.85. Assume a Presidência da República o Vice-Presidente, primeiro interinamente e, depois, em definitivo.

Assumindo o compromisso de Tancredo Neves, em 18 de julho de 1985, o presidente José Sarney constituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Decreto n.º 91.450), presidida pelo constitucionalista Afonso Arinos de Melo Franco. A essa Comissão, composta de 50 pessoas de diferentes segmentos da sociedade, alcunhada de Comissão dos Notáveis ou Comissão Afonso Arinos, incumbiu-se a tarefa de realizar um anteprojeto de Constituição, que serviria de base para discussão da Assembléia (congressual) Constituinte.

A partir da Emenda Constitucional n.º 26/85, convocou-se uma Assembléia Constituinte não-exclusiva, que, muito embora tenha optado por realizar um trabalho próprio e independente do texto constitucional elaborado pela Comissão Afonso Arinos, dele incorporou aspectos importantes.

A mobilização e discussão nacional da nova Carta levaram diversos setores da sociedade a estabelecer inúmeras propostas, que variaram desde cartas inteiras até emendas populares.

Apesar dos esforços na elaboração de Constituição legitimamente brasileira, é necessário reconhecer – e até mesmo louvar – que foram as constituições alienígenas as grandes fontes inspiradoras de muitos de nossos preceitos constitucionais<sup>10</sup>.

Países como a Alemanha, Espanha e Portugal tinham experimentado em um passado relativamente recente um processo histórico semelhante ao brasileiro, saindo de um período autoritário e procurando estabelecer um Estado democrático de Direito.

<sup>10</sup> TAVARES, A.L. de L. A Constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 28, n. 109, p. 71-108, jan./mar. 1991.

Esse quadro nacional implicou algumas características fundamentais do novo texto, que devem ser tomadas em conta para sua análise.

Primeiro, as experiências vividas no Brasil durante o período autoritário (21 anos) acarretaram a inclusão de alguns dispositivos que, mais que assegurar direitos, buscavam cercar os cidadãos de garantias contra novos regimes autoritários<sup>11</sup>.

Segundo, a Constituição promulgada é compromissória, produzindo textos que buscavam conciliar as diferentes forças que compunham a Assembléia Nacional Constituinte.

Terceiro, a reprodução de regras de algumas constituições estrangeiras remete o intérprete à doutrina dos respectivos países, porquanto, ainda que não se trate do mesmo texto nem do mesmo sistema ela oferece um caminho para a interpretação da Constituição brasileira (interpretação genética).

No que diz respeito à aplicação imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal brasileira), ela foi inspirada no artigo 18, 1, da constituição portuguesa que, por sua vez, se apoiou nas constituições espanhola e alemã.

### 2.1.1 Lei Fundamental de Bonn

Estabelece a Lei Fundamental de Bonn, no art. 1º, 3: “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”.

Tal dispositivo decorre da trágica experiência alemã do nazismo<sup>12</sup>, que tornou letra morta a Constituição da República Weimar, uma vez que adotou os direitos fundamentais como princípios a serem desenvolvidos pelo legislador, ou seja,

<sup>11</sup> Também comunga desta visão dos fatos I.W. SARLET, no seu livro *A eficácia dos direitos fundamentais* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 65-68).

<sup>12</sup> HECK, L..A. Os direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn. *Revista de Informação Legislativa*, a. 28, n. 109, jan./mar., p. 3301991.

convertendo-os num espaço vazio<sup>13</sup>. A Constituição nazista não passava de um repositório de intenções, as quais dependiam da lei ordinária para tornarem-se efetivas.

A desvinculação desse processo de submissão da constituição à legislação infraconstitucional somente ocorreu a partir do reconhecimento da superioridade hierárquica das cartas constitucionais e do conseqüente processo de controle da constitucionalidade das leis.

Reforçando a supremacia constitucional e seu poder normativo, a Lei Fundamental de Bonn fez inserir o preceito supratranscrito, tendo por objetivo fundamental a vinculação dos poderes a dispositivos que assegurassem direitos fundamentais, conferindo a eles efeito vinculante, ao mesmo tempo tornando-os imediatamente aplicáveis.

Por força do efeito vinculante, o legislador não poderá aprovar lei, o executivo não poderá editar ato administrativo e o juiz não poderá emitir decisão que sejam incompatíveis com os direitos fundamentais.

### 2.1.2 Constituição Espanhola

O constituinte espanhol, inspirado na Lei Fundamental de Bonn, fez inserir em seu texto regra análoga à alemã, dispondo, no art. 53, 1, *a*: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos u libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a”.

A justificativa de introdução desse dispositivo constitucional também se encontra no processo histórico espanhol, que deixara para trás um regime autocrático,

<sup>13</sup> Ver GUERRERO, M.M. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 3.

que violava direitos individuais dos cidadãos, e adotava concepção formal dos direitos fundamentais, sempre fazendo-os depender de legislação ordinária.

O preceito transcrito, além de reforçar o disposto no artigo 9.1 da Constituição espanhola<sup>14</sup>, que impõe a sujeição dos poderes públicos à Constituição, persegue outros objetivos fundamentais. Segundo Medina GUERRERO, de um lado serve para impor à Administração e aos Tribunais a imediata aplicação dos direitos sem necessidade de *interpositio legislatoris*; de outro, e no que concerne ao legislador, com a extensão de sua vinculação a todos os poderes públicos se quer sublinhar que os direitos fundamentais não podem ficar à mercê da lei, porém, em conexão com a garantia do conteúdo essencial, vêm a pôr em evidência que *a sujeição geral do legislador à Constituição se faz mais intensa quando estão em jogo os direitos fundamentais*.<sup>15</sup>

Por força da tradição constitucional espanhola de negar supremacia e eficácia aos direitos fundamentais, o constituinte também decidiu incorporar a vinculação ao conteúdo essencial enquanto elemento integrante do que denomina “el derecho fundamental de los derechos fundamentales”.

Duas conseqüências o autor extrai do preceito: a) impõe à Administração e aos Tribunais a imediata concretização dos direitos fundamentais sem necessidade de *interpositio legislatoris*; b) considerando a garantia do conteúdo essencial e o fato de que os direitos fundamentais não podem ficar à mercê da lei, sujeita o legislador à Constituição, criando uma vinculação tanto na perspectiva negativa quanto na perspectiva positiva.

Na perspectiva negativa, implica a proibição ao legislador de autorizar qualquer ingerência dos poderes públicos que não esteja constitucionalmente

<sup>14</sup> Artigo 9.1. “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

<sup>15</sup> GUERRERO, p. 4.

fundamentada, respeitados os limites essenciais dos direitos. Na positiva, é de fato um mandado para que os legisladores desenvolvam plenamente sua eficácia.

Ao lado das concepções do Estado liberal de defesa constitucional do cidadão diante do poder público, conferindo-lhes um catálogo de direitos subjetivos, outras missões foram acometidas aos direitos fundamentais, segundo as dimensões objetivas, plasmando por uma convivência humana justa e pacífica, visando a construção de um Estado social e democrático de Direito, conforme o artigo 1.1 da Constituição Espanhola. “Em su dimensión objetiva, los derechos imponen al legislador el mandato de garantizar su vigencia; en cuanto derechos subjetivos, prohíben al legislador autorizar ingerencia alguna en el ámbito por ellos acotado, a menos que de la Constitución pueda desprenderse lo contrario”<sup>16</sup>.

### 2.1.3 Constituição Portuguesa

Diferente não é o sentido da Constituição portuguesa – que em muitos dispositivos foi fonte inspiradora para o constituinte brasileiro – ao fixar, no art. 18, I, que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

É importante esclarecer que, por força do disposto no art. 17, da própria Constituição portuguesa, “O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”. O título II (nominado “Direitos, Liberdades e Garantias”) compreende os artigos 24º ao 57º da referida carta magna, que correspondem a três capítulos: Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais; Direitos, Liberdades e Garantias de Participação Política; Direitos, Liberdades e Garantias dos Trabalhadores.

O referido artigo 18º da Lei Maior foi comentado por CANOTILHO e VITAL MOREIRA, cuja precisão impõe uma transcrição:

<sup>16</sup> GUERRERO, p. 8.

A primeira característica do regime próprio dos “direitos, liberdades e garantias” consiste em que os respectivos preceitos são, não apenas normas preceptivas (e não simples normas programáticas), mas sobretudo normas de *eficácia imediata*, sendo “directamente aplicáveis” (n.º 1). Esta aplicação directa traduz-se no seguinte: a) os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias carecem de mediação, desenvolvimento ou concretização legislativa para serem aplicáveis, pelo que se aplicam mesmo na *ausência de lei*; b) são inválidas as leis que infringam os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias (tal como as que infringam qualquer outra norma constitucional), sendo eles aplicáveis, nesse caso, *contra a lei e em vez da lei*. Ponto duvidoso quanto à aplicação do primeiro princípio (aplicação mesmo na ausência de lei) é o que se refere aos casos em que é a própria Constituição a remeter expressamente para a lei a regulamentação de um ou mais aspectos do regime do certo direito fundamental.<sup>17</sup>

Procurando estabelecer um sentido próprio para o preceito constitucional, leciona Vieira de ANDRADE<sup>18</sup> que primeiramente se deve reconhecer um carácter jurídico-positivo para todas as normas por ele albergadas, como explicitação do princípio da constitucionalidade, com efeitos derogatórios (anulatórios) das normas que as contrariem, bem como determinar a interpretação da legislação infraconstitucional em conformidade com a Constituição. Mas isso não é tudo, porque o princípio da constitucionalidade vale para todas as normas constitucionais indistintamente, embora em diferentes graus de eficácia.

Assim, o comando constitucional transcrito deve possuir um *plus* em relação ao princípio da constitucionalidade, valendo “como indicador da exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua ‘perfeição’, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o **dever** dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a **autorização** para com esse fim concretizarem por via interpretativa”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> CANOTILHO, J.J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1984; p. 164.

<sup>18</sup> ANDRADE, p. 255 e ss.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 256-257.

Essa solução não encontra maiores dificuldades de aplicação quando se trate dos direitos de abstenção do Estado, não podendo os poderes públicos invocar falta de regulamentação para proibir ou recusar o exercício desses direitos pelos indivíduos. O problema é realmente complexo quando se trate de direitos à prestação.

Assevera o autor português que tais direitos têm conteúdo determinável, por via de interpretação, ao nível constitucional, o que torna a prestação legislativa vinculada e obrigatória, e, de fato, tratando-se de direito essencial, “não faltará lei. Contudo, mesmo que a lei não existisse, sempre os preceitos seriam directamente aplicáveis na medida em que com base neles o juiz pode, pelo menos, *declarar* o conteúdo e os limites do direito individual, sendo pensável até a *condenação* concreta do Estado à prática do acto omitido indispensável à plena realização desse direito”<sup>20</sup>.

Embora tenha procurado enfrentar a questão, calçou-se Vieira de ANDRADE numa solução fática, dizendo que por certo não faltará lei infraconstitucional que complemente o comando constitucional. Passando ao largo da questão, sem uma abordagem científica mais aprofundada, lançou luzes quanto à possibilidade de colmatação do comando pelo Poder Judiciário, mediante a concretização.

CANOTILHO, na obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, também assinala que os direitos, liberdades e garantias têm aplicabilidade directa, dizendo que

aplicação directa significa, desde logo, nesta sede – direito, liberdade e garantias – a rejeição da “idéia criacionista” conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. Krüger) que, na época actual, se assistia à deslocação da doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para doutrina da “reserva de lei dentro dos direitos fundamentais”. Aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (cfr. Arts. 17º e 18º/1). Significa também que eles “valem directamente contra a lei”, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição (cfr. CRP, art. 18º/3).<sup>21</sup>

<sup>20</sup> ANDRADE, p. 258-259.

<sup>21</sup> CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1052.

Relembre-se que o catálogo de direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição Portuguesa é quase tão extenso quanto direitos e deveres individuais e coletivos expressos nos 71 incisos do artigo 5º da Constituição Brasileira.

## 2.2 DIREITO BRASILEIRO

### 2.2.1 Precedentes

O direito brasileiro, até a promulgação da Carta Constitucional de 1988, desconhecia disposição semelhante à inserta no § 1º do art. 5º, referente à aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais.

O legislador constituinte foi buscar inspiração na Lei Fundamental de Bonn (art. 1º, 3) e nas Constituições portuguesa (art. 18, I) e espanhola (art. 53, 1), estabelecendo “aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais” (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal brasileira de 1988).

Este tema foi objeto de profunda preocupação, durante os debates da Assembléia Nacional Constituinte, motivando a apresentação de várias proposições nos trabalhos das subcomissões temáticas. Dentre as diversas propostas, algumas procuravam dar maior consistência ao dispositivo legal, ligando-o diretamente ao mandado de injunção e prevendo a possibilidade de juízes ou tribunais suprirem as lacunas, “à luz dos princípios fundamentais da Constituição e das Declarações Internacionais de Direitos de que o País seja signatário”<sup>22</sup> e dando força de lei ao suprimento normativo judicial<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Artigo 32 do projeto apresentado pela Comissão de Sistematização da Constituição Federal de 1988.

<sup>23</sup> FERREIRA FILHO, M.G. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 29, p. 35-43, jun. 1988.

### 2.2.2 Propostas na Constituinte

O processo de elaboração da nova Constituição da República Federal do Brasil teve seu primeiro esboço no anteprojeto elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais<sup>24</sup>, presidida por Afonso Arinos de Melo Franco, restando por este motivo conhecida como Comissão Afonso Arinos.

No décimo artigo, esse anteprojeto já preconizava a adoção de medidas de imediata aplicação dos direitos e garantias constantes na Constituição, ao dispor:

Art. 10 - Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

§ 1º - Na falta ou omissão da lei o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional.

§ 2º - Verificando-se a inexistência ou omissão da lei, que inviabilize a plenitude da eficácia de direitos ou garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao poder competente a edição da norma que venha a suprir a falta.<sup>25</sup>

Em painel realizado pelo Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas, em 6 de novembro de 1986, fazendo alusão ao artigo supratranscrito do anteprojeto apresentado pela Comissão Afonso Arinos, o professor Cândido Mendes de Almeida, relator do capítulo referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, assinalou:

Na falta ou omissão de lei prevista para discipliná-las, o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional. Verificada a inexistência ou omissão da lei, inviabilizando a plenitude da eficácia dos direitos e garantias asseguradas nessa Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao poder competente a edição de norma que venha a suprir a lacuna. Numa palavra, no essencial aos direitos, não se prevê o vácuo da disposição normativa e se chama o juiz a suprir, no caso concreto, aquela urgência de aplicação em que o clamor de uma consciência e da imediata necessidade desse exercício não possa apelar para nenhuma *vacatio legis*, nem para nenhum espaço, dentro do que deva ser essa urgência e esse cometimento à auto-aplicação da lei, isto é, do direito. E se entende

<sup>24</sup> Comissão instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18 de julho de 1985.

<sup>25</sup> REVISTA DE CIÊNCIA POLÍTICA. Rio de Janeiro: FGV, v. 30, p. 10, jan./mar. 1987. Edição especial.

também, até onde se chega por essa idéia, que esse novo artigo preceitua que todos têm direito ao pleno exercício da cidadania, cabendo ao Estado garantir formal e materialmente a sua eficácia.<sup>26</sup>

Como resultado da composição das diversas forças políticas que compunham a Assembléia Constituinte, diversos segmentos da sociedade providenciaram propostas de redação ao novo texto constitucional.

O Partido da Frente Liberal (PFL), juntamente com o Instituto Tancredo Neves, apresentou, em maio de 1987 proposta de redação do capítulo referente aos direitos e garantias individuais, prevendo, no parágrafo 42, que “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota. A lei e a interpretação judicial não poderão restringir quaisquer desses direitos mediante requisitos de forma, tempo, natureza da matéria ou outro qualquer”<sup>27</sup>.

Além desses contributos da sociedade, as diversas comissões que compunham a Assembléia Constituinte fizeram inserir, em seus respectivos capítulos, normas que assegurassem a aplicação imediata dos direitos fundamentais.

A Comissão da Soberania dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher apresentou a seguinte proposta:

Art. 6º - As prerrogativas individuais inerentes ao exercício da soberania do povo e os direitos e garantias constitucionais têm aplicação imediata e são protegidos pela ação direta de inconstitucionalidade.

Parágrafo único - Cabe a ação direta de inconstitucionalidade nos casos de:

a) normas de qualquer grau e origem ou atos jurisdicionais ou administrativos de qualquer natureza ou hierarquia, que inviabilizem o pleno exercício das prerrogativas inerentes a soberania popular e dos direitos e garantias constitucionais;

<sup>26</sup> REVISTA DE CIÊNCIA POLÍTICA, p. 123.

<sup>27</sup> INSTITUTO TANCREDO NEVES E PARTIDO DA FRENTE LIBERAL. *Uma contribuição ao debate: a Constituição da Nova República*. Brasília, 1987. p. 25.

b) inexistência ou omissão de normas de qualquer grau e origem, ou de atos administrativos ou jurisdicionais sem os quais é inviável o pleno exercício das prerrogativas inerentes.<sup>28</sup>

Redação muito semelhante foi apresentada pela Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, que sugeriu o acréscimo de um novo instrumento de garantia dos direitos, o *mandado de garantia social*, que teria cabimento “nos casos de inexistência ou omissão de norma de qualquer grau ou origem, ou de ato jurisdicional ou administrativo sem o que se torne inviável o pleno exercício das prerrogativas inerentes a soberania dos direitos e garantias constitucionais”<sup>29</sup>.

Durante os trabalhos da Constituinte, a Comissão de Sistematização, na fase de Projeto de Constituição, apresentou a seguinte redação:

Artigo 31 - Os direitos, liberdades e prerrogativas previstos nesta Constituição não excluem outros inerentes aos princípios fundamentais da Nação, ou constantes de Declarações Internacionais assinadas pelo País.

§ 1º - As normas que definem esses direitos, liberdades e prerrogativas têm eficácia imediata.

§ 2º - Na falta de leis, decretos ou atos complementares necessários à aplicação dessas normas, o juiz ou o Tribunal competente, deve suprimir lacunas, à luz dos princípios fundamentais da Constituição e das Declarações Internacionais de que o País seja signatário, recorrendo de ofício, sem efeito suspensivo, ao Supremo Tribunal Federal.

§ 3º - Os suprimentos normativos deduzidos em última instância, na forma do parágrafo anterior, terão vigência de lei até que o órgão competente os revogue por substituição.<sup>30</sup>

Ao cabo das discussões na Comissão de Sistematização da Constituição, foi apresentada a seguinte proposta de redação, em relação à eficácia dos direitos e garantias constitucionais:

<sup>28</sup> SENADO FEDERAL, Sistema de Informações do Congresso Nacional. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/sicon/si\\_Bases.asp?bn=M&bv=4&base=APEM&np=2](http://www.senado.gov.br/sicon/si_Bases.asp?bn=M&bv=4&base=APEM&np=2)> Acesso em: 29 maio 2001.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ou das convenções e atos internacionais de que o País seja signatário e tenham sido ratificados. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”<sup>31</sup>

Lamentavelmente, prevaleceu uma das proposições mais tímidas, estabelecendo a *aplicação imediata*, sem, contudo explicitar seu conteúdo, forma e alcance.

Isso, porém, não representa obstáculo para a otimização da regra constitucional vigente. Ao contrário, é verdadeiro estímulo aos intérpretes para uma exegese que leve à superação das vicissitudes técnicas do texto e das omissões dos órgãos competentes.

### 2.2.3 Texto Final e Justificativa

Em fevereiro de 1988, os parlamentares pertencentes ao chamado “Centrão”<sup>32</sup> aprovaram emenda supressiva das diversas propostas de dispositivos relativos à aplicação imediata dos direitos e garantias individuais. Por iniciativa dos constituintes Gastone Righi, José Costa e Alfredo Campos, restou aprovada inserção do parágrafo 60, ao artigo 6º do Projeto de Constituição Federal com o seguinte teor: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Durante a votação em plenário, explicando o sentido da emenda, anotou o presidente da Assembléia Nacional Constituinte, deputado Ulysses GUIMARÃES:

<sup>31</sup> Informação extraída do JORNAL DE BRASÍLIA. 06 out. 1987. p. 4.

<sup>32</sup> Ficou conhecido por “Centrão”, durante os trabalhos da Assembléia Constituinte, um grupo de parlamentares de diferentes partidos que diziam não se alinhar com as propostas dos partidos sociais, tampouco com as neoliberais. Grosso modo, é possível defini-lo como um grupo composto por parlamentares conservadores, constituído por representantes de proprietários rurais, de industriais brasileiros, grandes grupos econômicos nacionais, dentre outros, que buscavam tanto a preservação do mercado e de seus interesses no País, quanto fazer frente aos grupos ligados ao ideário socializante. Dado o grande número de integrantes, acabou se firmando como o fiel da balança nas diferentes propostas polêmicas existentes na Assembléia Nacional Constituinte.

“... a emenda objetiva expungir qualquer dúvida sobre o texto. Não é necessário lei complementar para que a sua aplicabilidade seja garantida. É isso que querem os autores da proposição”<sup>33</sup>. Confirmando a veracidade da assertiva, um dos autores da emenda, o deputado Gastone Righi, completou a expressão do Presidente da Assembléia: “Aliás, nem se justificaria que os direitos e garantias desta Constituição tivessem aplicação apenas quando a lei complementar os regulamentasse”<sup>34</sup>.

Como se depreende do simples cotejo entre a emenda transcrita e a redação do atual § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, esta foi a redação que prevaleceu, buscando, a *mens legislatoris*, evitar que os preceitos relativos aos direitos fundamentais dependessem de legislação que os regulamentassem. O vocábulo *complementar*, referido nos pronunciamentos do Presidente da Assembléia Constituinte e do deputado autor da emenda, à toda evidência, não possui sentido técnico, referindo-se apenas à legislação que viesse a completar o comando normativo.

Se é verdade que a *mens legis* não é necessariamente coincidente com a *mens legislatoris*, num processo de interpretação histórica não se devem ignorar os motivos que levaram o legislador (constituinte) a editar esse comando legal, podendo os debates parlamentares servir de subsídio inicial para a exegese do texto.

## 2.3 INTERPRETAÇÃO ATUAL E SUAS VICISSITUDES

### 2.3.1 Doutrina Vigente

A doutrina nacional, tanto da parte dos juristas mais conservadores quanto daqueles mais progressistas, tem preconizado que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal se reflete em todo o Título II da Constituição Federal (Direitos e Garantias Fundamentais).

<sup>33</sup> DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Brasília, 12 fev. 1988. p. 7314.

<sup>34</sup> Ibid.

Relativamente a seu alcance, somente poderão ser tidas como aplicáveis imediata e efetivamente as normas constitucionais completas na sua hipótese e disposição, isto é, aquelas que fornecem regras que permitem usufruir o direito outorgado ou resguardá-lo.

Essa posição é decorrente da tradicional concepção dos direitos e liberdades constitucionalmente previstos, conforme assevera o constitucionalista português Marnoco E. SOUZA, segundo o qual “os cidadãos possam exercer um direito individual, não basta que o seu exercício ou gozo se encontrem sancionados pela Constituição, visto os direitos individuais, por mais legítimos que sejam, terem dois limites necessários — o respeito do direito igual dos outros e a ordem pública. O exercício, por isso, dos direitos individuais supõe uma regulamentação pelo Estado sem o qual não passam de uma simples promessa”<sup>35</sup>.

Diferente não é o posicionamento da doutrina nacional.

Para Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO<sup>36</sup>, “o alcance razoável desta norma consiste em fazê-la sugerir que se deve procurar dar à regra definidora de direito ou garantia aplicação imediata, dentro do possível, inclusive pelo recurso, normal, à analogia”<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> SOUZA, M.E. *Constituição da República*: comentário, 1913, p. 14, citado por CANOTILHO; GOMES, p. 185.

<sup>36</sup> FERREIRA FILHO, antes mesmo da promulgação da Carta Constitucional, publicou artigo que *ab initio* feria as tentativas de extrair máxima aplicação do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, ao assinalar: “É possível, por outro lado, dar aplicação imediata a todo direito ou garantia fundamental? O próprio Projeto já responde que não, ao prever, segundo já se apontou, o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão, para o caso de falta de suprimento normativo que viabilize tal aplicação” (Aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, p. 40).

<sup>37</sup> FERREIRA FILHO, M.G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, arts. 1º a 43, p. 87.

Segundo Celso Ribeiro BASTOS<sup>38</sup>,

seria um manifesto disparate queremos dar aplicação a essas normas independentemente do fato de estarem a fazer remissão a uma legislação integradora. O que deve ser entendido pelo dispositivo ora comentado é que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata *tanto quanto possível...* Terão aplicação imediata todos os direitos e garantias fundamentais, desde que não obstados por uma expressa referência da lei a uma legislação integradora, nem por um vazio semântico tamanho que torne o preceito absolutamente dependente de uma integração normativa.

José Afonso da SILVA<sup>39</sup> navega em águas semelhantes, quando aborda a temática, ao asseverar que

A **eficácia e aplicabilidade** das normas que contém 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 *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. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto que as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma legislação integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.

O mesmo José Afonso da SILVA, em manifestação mais recente, assentou:

Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o poder judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2, p. 392-393.

<sup>39</sup> SILVA, J.A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo, Malheiros, 1996. p. 178-179.

<sup>40</sup> SILVA, J.A. da. Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará*, v. 9, n. 11, p. 58, 1992.

Diz Flávia C. PIOVESAN:

Observe-se que não obstante este princípio esteja situado topograficamente como parágrafo do artigo 5º da Constituição de 1988, que prevê os direitos e deveres individuais e coletivos, é objeto de seu alcance, reitere-se, todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental. Afasta-se aqui eventual interpretação restritiva que, baseada em argumentações topográficas, venha a sustentar a incidência deste princípio apenas sobre o aludido artigo 5º. A partir de interpretação teleológica do texto, independentemente da topografia constitucional, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos ou garantias fundamentais há de se expandir por todo texto constitucional. Vale dizer: onde se encontre um preceito definidor de direito ou garantia fundamental, estará delineado o campo de incidência do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.<sup>41</sup>

Estas noções, como já se disse, elastecem a aplicação da regra, mas em contrapartida restringem o seu conteúdo.<sup>42</sup>

### 2.3.2 Crítica à Hermenêutica Corrente

Ainda que perfeitamente sustentável, tanto que amparada pela grande maioria da doutrina pátria, tal posicionamento não pode prevalecer.

Em verdade, esta exegese tradicional não traz nenhuma consequência válida para a regra constitucional, trata-a como a todas as demais regras ou, até mesmo, diminui-lhe o âmbito de incidência.

Sem embargo à opinião dos mestres antes referidos, saliente-se que é princípio comezinho da interpretação constitucional a extração da consequência jurídica do comando legal. Esvaziar completamente o conteúdo da norma por meio de artifícios hermenêuticos equivale a negar-lhe qualquer eficácia.

Propugnar pela aplicação imediata dos direitos fundamentais segundo as possibilidades da positivação do texto significa dar, ao parágrafo primeiro em

<sup>41</sup> PIOVESAN, F.C. *Proteção Judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 89-90.

<sup>42</sup> Nesse sentido, ver, ainda, I.M. COELHO (Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandato *[sic]* de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 104, p. 43-58, out./dez. 1989.

comento, apenas *eficácia mínima*, que é atributo de todas as normas constitucionais, inclusive as programáticas<sup>43</sup>, dado o caráter normativo das normas constitucionais.

Clèmerson Merlin CLÈVE, após asseverar que não há dispositivo constitucional despido de normatividade, fundado em antiga lição de Vezio Crisafulli, pontua:

Os princípios, inclusive aqueles enunciados no preâmbulo, dispõem de uma funcionalidade. Ou seja, prestam-se para alguma coisa. São, pois, funcionais. Eles cimentam a unidade da Constituição, indicam o conteúdo do direito de dado lugar e tempo, por isso que fixam “standards” de justiça, prestam-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infraconstitucional e, mais do que isso, experimentam uma **eficácia mínima**, ou seja, se não podem sofrer aplicação direta e imediata, exigindo no mais da vezes (não é o caso dos princípios-garantia) integração normativa decorrente da atuação do Legislador, pelo menos cumprem eficácia derogatória da legislação anterior e impeditiva da legislação posterior incompatíveis com seus postulados.

Aliás, também as normas programáticas atuam, pelo menos, essas últimas funções.<sup>44</sup>

Tem esse mesmo sentido a preleção de Luís Roberto BARROSO, quando trata especificamente das normas programáticas, asseverando que elas investem os jurisdicionados em posição jurídica menos consistente do que as normas de conduta. “Todavia, fazem nascer um direito subjetivo **negativo** de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham aos seus ditames. Por via de consequência, as potencialidades que oferecem são distintas e o intérprete e aplicador da norma tem de ser atento a isso.”<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Entendem-se por normas constitucionais programáticas aquelas indicadoras de valores a serem preservados pelo Estado e das finalidades sociais a serem alcançadas, fixando verdadeiros programas de governo e fins a serem perseguidos pelo Estado.

<sup>44</sup> CLÈVE, C.M. A teoria constitucional e o direito alternativo para uma dogmática constitucional emancipatória. Direito Alternativo. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro, 1993, COAD, p. 49.

<sup>45</sup> BARROSO, L.R.. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 103-104.

Ora, dizer que o art. 5º, § 1º irradia seus efeitos para todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, independentemente de posição topográfica, e em seguida conferir-lhe apenas **eficácia mínima**, implica negar-lhe qualquer conteúdo especial ou, em última análise, negar qualquer validade à norma, porque essa interpretação nada mais faz que dizer que as normas relativas a direitos e garantias fundamentais têm, pelo menos, eficácia mínima, o que já é atributo inerente a **todas as normas constitucionais, independentemente de expressa previsão**.

Daí por que se pretende a superação deste estágio exegético, permitindo a extração de efetivas conseqüências jurídicas do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, ainda que ciente da grande dificuldade que a tarefa acarreta.

### 3 ELEMENTOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

##### 3.1.1 Breve Escorço Histórico do Constitucionalismo

O estudo do Direito constitucional deve partir necessariamente do processo histórico de criação dos Estados democráticos de Direito, no decorrer do qual nasce o constitucionalismo, com as noções de cartas reguladoras das atividades estatais, garantidoras de direitos aos cidadãos e limitadoras dos poderes do Estado e de seus representantes.

A noção de Estado de Direito surge com a derrocada do absolutismo e o início da limitação dos poderes do monarca, fenômeno esse ocorrido marcadamente na Europa, em especial na Alemanha, França e Inglaterra, onde começaram a surgir reações e limitações ao Poder absoluto dos monarcas.

Lembra Jorge Reis NOVAIS, diferenciando os processos de evolução histórica da França e da Alemanha, que floresce na França o “Etat Constitutionnel”,

enquanto a especificidade da teoria do “Rechtsstaat” — na Alemanha — consistiria em ter intuído a importância das regras “jurídicas” no processo de limitação do Estado — e daí a insistência no princípio da legalidade e na justiça administrativa —, já no caso do Estado Constitucional de matriz francesa a tônica seria, antes do mais, colocada nos mecanismos “políticos”, como o controlo parlamentar e as garantias constitucionais.<sup>46</sup>

O processo histórico inglês exsurge a partir da Carta Magna, quando foram traçados os primeiros limites à atividade do soberano. DICEY<sup>47</sup>, citado por Jorge Reis NOVAIS, propõe uma síntese do *rule of law* inglês em três elementos: supremacia absoluta da lei elaborada por processo ordinário; igualdade perante a lei; regras

<sup>46</sup> NOVAIS, J.R. Contributo para uma teoria do Estado de direito. Separata de: **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 29, 1987. p. 44.

<sup>47</sup> Ibid.

constitucionais britânicas como consequência dos direitos dos particulares definidos e defendidos pelos Tribunais.

Os três processos históricos foram distintos, mas essencialmente tinham o mesmo objetivo, a limitação da atividade do Estado-soberano. Esses movimentos sociais, mais o racionalismo e o iluminismo que os sucederam, culminaram por estabelecer direitos e garantias mínimas para os cidadãos.

A esses direitos mínimos se convencionou chamar “direitos fundamentais”, cujo reconhecimento e consagração passaram a ser considerados indispensáveis para a existência de um Estado de Direito. Mas não bastava. Indispensável que viesse acompanhado de regras de supremacia da Constituição ante o poder legislativo ordinário, sob pena de o Estado readquirir, pela via do legislador, os poderes que perdera.

Assim, o Estado de Direito repousa na existência de uma Constituição escrita, que goze de supremacia sobre as demais regras jurídicas e, ao mesmo tempo em que trate da organização estatal, cuide de assegurar aos cidadãos os direitos fundamentais.

Jorge MIRANDA entende “o Estado de Direito como síntese, modelo ou idéia em que se traduzem uma organização constitucional orientada para a garantia e promoção dos direitos fundamentais e um princípio democrático dinamicamente harmonizado com a livre formação da vontade popular e a possibilidade de previsibilidade do futuro e segurança individuais”<sup>48</sup>.

Giuseppino TREVES, por fim, “considera como elementos essenciais da concepção de Estado de Direito a liberdade individual e sua proteção, apesar de, consoante os países a que se aplica ou os diferentes modos de conceber a relação indivíduo-Estado, variarem quer a amplitude da primeira que as técnicas da segunda”<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Apud NOVAIS, p. 15.

<sup>49</sup> Ibid., p. 16.

Jorge Reis NOVAIS, convergindo com Giuseppino TREVES, observa que a liberdade e os direitos fundamentais do cidadão são os componentes essenciais do Estado de Direito, e que “a limitação jurídica do Estado e dos titulares do poder só encontra sentido, justificação e inteligibilidade em função do respeito, garantia e promoção dos direitos e liberdades fundamentais”<sup>50</sup>.

O Estado de Direito racionalista e iluminista cedeu lugar a um Estado formal de Direito, autoritário e mantenedor do *status quo*, atendendo a aspiração da burguesia, que deu sustentação política ao novo Estado.

Após a Primeira Grande Guerra Mundial, o panorama histórico-social muda drasticamente, especialmente em consequência da miséria e da ruína econômica dos países. Esse o pano de fundo para a concepção de um Estado social democrático, sob pena de total subversão da ordem vigente e perda da hegemonia pela burguesia. “...tratava-se agora de proclamar um novo “ethos político”: a concepção da sociedade não já como um *dado*, mas como um objeto suscetível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado com vista à realização da justiça social.”<sup>51</sup>

Sucedem-se as fases do *intervencionismo econômico do Estado*, o *dirigismo* e, por fim, a *planificação*. O Estado deve agir globalmente, passando a política econômica a constituir o fundamento para a estruturação da sociedade. Se anteriormente o Estado já desempenhava funções sociais, como segurança, saneamento, limpeza, etc., agora assume perspectiva mais ampla, havendo uma passagem da quantidade à qualidade da prestação estatal, na expressão de Forsthoff.<sup>52</sup>

O Estado social acaba por assumir a tarefa de libertar a sociedade da miséria, das necessidades e dos riscos. Assim, num processo de estadualização da sociedade e socialização do Estado se corporifica o princípio da socialidade enformador do novo Estado social.

<sup>50</sup> NOVAIS, p. 16.

<sup>51</sup> Apud NOVAIS, p. 193.

<sup>52</sup> Ibid., p. 196.

Seguindo a linha de pensamento de Jorge Reis NOVAIS, para

que o qualificativo “social” aposto ao Estado não seja mero “afã retórico” não basta a intervenção organizada e sistemática do Estado na economia, a procura do bem-estar, a institucionalização dos grupos de interesses ou mesmo o reconhecimento jurídico e a consagração constitucional dos direitos sociais; é ainda imprescindível a manutenção ou aprofundamento de um quadro político de vida democrática que reconheça ao cidadão um estatuto de participante e não apenas, como diz Garcia-Pelayo, de mero *recipiente* da intervenção “social” do Estado.<sup>53</sup>

Tal perspectiva valoriza sobremaneira — e é condição essencial para sua validade — o Estado democrático. Por fim, entende o autor que são três os princípios constitucionais estruturantes do Estado social e democrático de Direito: “a segurança jurídica que resulta da protecção dos direitos fundamentais, a obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática”<sup>54</sup>.

Para tanto, necessariamente deve o Estado ter no seu conteúdo constitucional o reconhecimento “da dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade e os direitos fundamentais como princípios básicos da convivência social e objectivos da limitação jurídica do Estado — esse é o único **ponto fechado** na caracterização material do Estado de Direito...”<sup>55</sup>.

Como visto nesse breve esboço histórico, desde a Declaração dos Direitos do Homem até o advento da Segunda Guerra Mundial prevaleceu no mundo ocidental uma concepção de Estado liberal, com restrições à ação estatal e um catálogo mínimo de direitos e garantias individuais. Após a Segunda Grande Guerra ocorre uma mudança paradigmática, voltando-se as cartas constitucionais para modelos democráticos e social-democráticos, estabelecendo direitos fundamentais de primeira, segunda

<sup>53</sup> NOVAIS, p. 202.

<sup>54</sup> Ibid., p. 224.

<sup>55</sup> Ibid., p. 228-229.

e terceira gerações. A finalidade do Estado é atender aos compromissos sociais, buscando o fim das desigualdades.

Longe de alcançar seu intento, principalmente no Brasil, onde sequer chegou a ser realmente instituído, o Estado social e democrático de Direito está sofrendo (ou já sofreu) radical alteração para um Estado neoliberal globalizante. O Direito constitucional, inclusive no Brasil, não está imune de tais mudanças, sendo constante o uso dos vocábulos “reformas”, “mudanças”, “globalização”, “integração”, etc. Neste contexto, é imprescindível que se repense o papel do Estado brasileiro e sua Carta (que já sofreu 31 emendas em menos de treze anos de existência).

Num momento em que o homem passa a ser codificado, em que as relações, órgãos e pessoas são medidos segundo cifras econômicas, em que eficiência é confundida com capacidade de arrecadação, é imperativo que os juristas reafirmem seu papel de salvaguarda da Carta Constitucional, buscando não só preservar mas principalmente concretizar os direitos fundamentais assegurados na Constituição de 1988, através de uma interpretação principiológica e de máxima efetividade. Não se pode admitir o retorno ao constitucionalismo formal, com a Lei Maior tomada como carta de intenções, cuja desobediência mereça simbólica reprovação política. Não! É necessário afirmar e reafirmar o compromisso com a Constituição material, com a Constituição cidadã, com a Constituição que, apesar dos defeitos e promessas não-cumpridas, tem vistas para o futuro e para seu papel principal: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF), buscando “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, II, CF).

### 3.1.2 Do Núcleo Essencial da Hermenêutica (Dignidade da Pessoa Humana)

O princípio da dignidade da pessoa humana antes referido, além de configurar o mínimo necessário para um Estado social de Direito, funciona como

pedra angular para a interpretação constitucional, servindo de norte e como última *ratio* para se dirimir conflitos entre interpretações.<sup>56</sup>

José Carlos Vieira de ANDRADE, após analisar os direitos fundamentais em três ordens, assinala que, “há um conjunto de direitos fundamentais, do qual decorrem todos os outros: o conjunto dos direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens. E, esses direitos (pelo menos, esses) não admitem hoje, nem mais de uma leitura nem pretextos económicos ou políticos para a violação do seu conteúdo essencial”<sup>57</sup>.

É nesse contexto, segundo Vieira de ANDRADE, que deve ser entendido o **princípio da dignidade da pessoa humana**, previsto logo no art. 1º da Constituição portuguesa, como fundamento do estatuto jurídico dos indivíduos. Ele deve ser “interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como ser autónomo (livre)”<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> “A unidade de sentido dos direitos fundamentais, tal como a entendemos, representa a unidade de *concepção antropológica* que está na base do conjunto normativo que formam. A concepção do Homem como ser autónomo, livre e responsável dá conteúdo ao princípio da dignidade da pessoa humana como princípio regulativo dos direitos fundamentais e permite, deste modo, uma aplicação coerente dos preceitos constitucionais respectivos”, na feliz expressão de Vieira de ANDRADE (p. 130). Esta função instrumental do princípio da dignidade da pessoa humana é apontada, na doutrina nacional, por Ingo Wolfgang SARLET, assinalando que “serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna. Esta eficácia de natureza jurídico-objetiva não se restringe a estes aspectos, assumindo ainda maior relevância quando se verifica que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, em verdade, uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é acima de tudo a Constituição da pessoa humana por excelência. Neste sentido, costuma afirmar-se que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimas caso se pautarem pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, a dignidade constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor.” (p. 110-111).

<sup>57</sup> ANDRADE, p. 25.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 101.

Também no Direito constitucional brasileiro é verdadeira essa perspectiva, porque o legislador-constituente estabeleceu como premissa de nossa Carta a criação de um Estado democrático de Direito, que tem como um dos seus cinco fundamentos a dignidade da pessoa humana.<sup>59</sup>

Conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana é tarefa difícil, dada a sua abrangência. Leciona Ingo Wolfgang SARLET que a violação desse princípio ocorre sempre que a pessoa humana for rebaixada a objeto, a mero instrumento, coisificada; sempre que restar descaracterizada como sujeito de direitos.<sup>60</sup> Por isso que o princípio engloba, por exemplo, em sua dimensão individual, a igualdade de tratamento, a proteção à integridade física, a liberdade de pensamento e expressão, a autodeterminação. Na dimensão social, envolve a garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, abrangendo alguns direitos sociais e direitos a prestações materiais por parte do Estado.

Trata-se de direito individual indisponível, intimamente ligado com a autonomia e autodeterminação de cada pessoa, mas também relacionado com a igualdade entre os homens e a garantia de um mínimo vital. Trata-se de limite e tarefa de persecução estatal porque, ao mesmo tempo que estabelece a defesa dos direitos individuais, especialmente da liberdade física e intelectual, a dignidade da pessoa humana também funciona como dever do Estado guiar-se visando garantir a cada um o pleno exercício da dignidade e o mínimo para viver.

Embora a dignidade da pessoa humana constitua reduto intangível e inalienável de cada indivíduo, poderá sofrer restrições ante a colisão de direitos, mas sempre respeitando o princípio da proporcionalidade.

<sup>59</sup> Ao lado da dignidade da pessoa humana, o Constituinte brasileiro, no artigo 1º da Constituição Federal, erigiu como fundamento de nosso Estado a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

<sup>60</sup> SARLET, op. cit., p. 107.

O substrato material do princípio da dignidade da pessoa humana, na expressão de Edílson Pereira NOBRE JÚNIOR, é representado pelos seguintes pontos:

(a) reverência à igualdade entre os homens (art. 5º, I, CF); b) impedimento à consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar na observância de prerrogativas de direito e processo penal, na limitação da autonomia da vontade e no respeito aos direitos da personalidade, entre os quais estão inseridas as restrições à manipulação genética do homem; c) garantia de um patamar existencial mínimo.<sup>61</sup>

Nessa perspectiva é que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser lido como o núcleo essencial da hermenêutica. Ao tempo das primeiras Constituições, que procuravam limitar o poder absoluto dos soberanos, os direitos fundamentais eram concessões aleatórias do Estado de direitos e garantias individuais. Agora, com a primazia dos direitos humanos, essa perspectiva se inverte, sendo o Estado transformado em instrumento desses direitos vitais mínimos. Aqui reside a exegese emancipatória, porque o intérprete deve tomar a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da Constituição, funcionalizando-se o Estado ao cumprimento desta tarefa.

Essa foi a interpretação que orientou o Supremo Tribunal Federal ao julgar Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286-8/RS, referente ao fornecimento de medicamentos a pessoa carente portadora de HIV/AIDS:

**O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.**

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

<sup>61</sup> NOBRE JÚNIOR, E.P. Disponível em:

<[http://buscalegis.cj.ufsc.br/arquivos/artigos/o\\_direito\\_brasileiro\\_e\\_o\\_principio\\_da\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana.htm](http://buscalegis.cj.ufsc.br/arquivos/artigos/o_direito_brasileiro_e_o_principio_da_dignidade_da_pessoa_humana.htm)>.

- O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

#### A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

#### DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5.º, caput e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.<sup>62</sup>

### 3.1.3 Núcleo Essencial do Direito

Como visto, o **princípio de dignidade de pessoa humana** é o núcleo essencial da hermenêutica constitucional, porquanto no catálogo de direitos e garantias individuais está incluído o de preservar a pessoa humana, com um mínimo necessário de garantias.

Ao lado desse núcleo de hermenêutica, há o núcleo essencial de cada direito fundamental, que deve ser respeitado e protegido, seja no que concerne à integração do comando constitucional pela legislação que o complementa, seja na apreciação de questões relativas à colisão de direitos.

<sup>62</sup> Ementa publicada no DJU, Brasília, 24 nov. 2000.

Diferentemente do que ocorre em Portugal, na Alemanha<sup>63</sup> e na Espanha<sup>64</sup>, o conteúdo essencial do Direito no Brasil não se acha acobertado por dispositivo constitucional. Entretanto, independe de disposição expressa tal reconhecimento, devendo ser considerado princípio constitucional implícito na Carta Magna brasileira. É que a violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais importa sua própria eliminação, ainda que parcial. Sua intangibilidade, porém, está assegurada pelo disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, que impede até mesmo a deliberação de proposta de emenda que vise aboli-lo.

Segundo a orientação de Medina GUERRERO, que acolhe a teoria absoluta<sup>65</sup> do núcleo essencial, este é intangível, excluindo por completo qualquer ingerência dos poderes públicos, ainda que esta resulte da persecução de um fim legítimo e seja fruto de respeitosa aplicação do princípio da proporcionalidade.

A definição de conteúdo essencial não é fácil, servindo de *leading case*, na Espanha o julgado STC 11/1981, que, adotando simultaneamente duas posições complementares, assentou:

Primeiro, que o texto a ser interpretado deveria ser analisado tanto sob o ponto de vista da sua linguagem, quanto da metalinguagem<sup>66</sup>, constituindo o conteúdo

<sup>63</sup> “Artículo 19 1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley debiera aplicarse con caracter general y no solo para un caso particular y debiera especificar, ademas, el derecho en cuestion indicando el articulo correspondiente.

2. En ningun caso se podra afectar al contenido esencial de un derecho fundamental.”

<sup>64</sup> “Artículo 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos.

Solo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en e artículo 161, 1, a”.

<sup>65</sup> Para a teoria relativa do núcleo essencial, este não seria intangível, mas vinculado à noção de proporcionalidade. Somente haveria inconstitucionalidade de determinada lei que atingisse o núcleo essencial do direito quando esta afronta fosse desproporcionada.

<sup>66</sup> “... ou idéias generalizadas e convicções geralmente admitidas entre os juristas, os juízes e em geral os especialistas em Direito. Muitas vezes o nome e o alcance de um direito subjetivo são prévios ao momento em que tal direito resulta reconhecido e regulado por um legislador concreto”. (GUERRERO, op. cit., p. 151).

essencial de um direito subjetivo<sup>67</sup> aquelas faculdades ou possibilidades de atuação necessárias para que o direito seja reconhecido como pertinente ao tipo descrito. Sem essas faculdades ou possibilidades deixa o direito de pertencer a esse tipo e tem de passar a ser compreendido em outro, desnaturando-se.

O segundo caminho possível para definir o conteúdo essencial de um direito consiste em tratar de buscar (...) o interesse juridicamente protegido como núcleo e medula dos direitos subjetivos. Fala-se numa essencialidade do conteúdo do direito para fazer referência àquela parte do conteúdo do direito que é absolutamente necessária para que os interesses jurídicos protegidos, que dão vida ao direito, resultem real, concreta e efetivamente protegidos.<sup>68</sup>

Medina GUERRERO conceitua o **conteúdo essencial do direito** como “aquele que integra as faculdades e possibilidades de atuação necessárias para identificar-se o direito como pertinente a seu tipo abstrato; tipo que preexiste conceitualmente ao momento legislativo”<sup>69</sup>.

Analisando a praxis jurisprudencial da Corte Constitucional Espanhola sobre o conteúdo essencial, verifica o autor referido<sup>70</sup> que a maioria dos julgadores procura desviar da questão, sem estabelecer qual seja o conteúdo essencial do direito. Isso não vem ocorrendo quando se trata de norma cujo conteúdo essencial já se acha definido de longa data ou está estipulada em tratados internacionais ou na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

<sup>67</sup> Não é objeto de preocupação deste trabalho discorrer sobre direito subjetivo, mas é necessário caracterizá-lo ‘como poder de ação destinado à satisfação de um interesse determinado, isto é, a norma jurídica tem como uma de suas características o fato de sua bilateralidade, pois que dirigida a duas partes, atribui a uma delas a faculdade de exigir da outra um certo comportamento’, na conceituação de Regina Maria Macedo Nery FERRARI (Necessidade de regulamentação constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 18, p. 69, jan./mar. 1993).

<sup>68</sup> GUERRERO, op. cit., p. 152.

<sup>69</sup> Ibid., p. 155.

<sup>70</sup> Ibid., p. 160-165.

Tal modo de proceder é aceitável quando se pode aferir a inconstitucionalidade através do princípio (e subprincípios) da proporcionalidade. Entretanto, se estes restarem atendidos, necessário se verificar a ocorrência, ou não, de violação do conteúdo essencial, sob pena deste ser considerado sinônimo de proporcionalidade.

Por mais difícil que seja a tarefa, a regra do artigo 53.1 da Constituição espanhola reclama a aplicação autônoma da preservação do conteúdo essencial do direito como técnica autônoma destinada ao controle dos limites proporcionados.

### 3.2 ELEMENTOS DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS EM GERAL

Antes de tratar de interpretação das normas constitucionais, necessária se faz uma digressão sobre alguns elementos de interpretação das normas em geral.

Há consenso na doutrina de que a interpretação das normas é una, muito embora ela seja efetivada por meio de diversos elementos. Preferível a utilização do vocábulo *elemento* (em lugar de método) para designar as diferentes formas de construção da interpretação, porquanto não representam verdadeiros métodos (caminhos) para obtenção de resultado (a exegese). Seja qual for o método de hermenêutica utilizado pelo intérprete, necessariamente serão utilizados conjuntamente os elementos de interpretação, ainda que nem todos.

Muito além de mero caráter ilustrativo, as regras gerais de interpretação também são fontes de exegese constitucional, usadas no mínimo para se extrair uma primeira e provisória diretriz interpretativa, seguindo os métodos e critérios próprios do Direito Constitucional. Mesmo porque, “a interpretação é uma só; não se fraciona: exercita-se por vários processos...”, na abalizada opinião de Carlos MAXIMILIANO<sup>71</sup>.

Paulo BONAVIDES assevera, citando Kelsen:

“Caso se compreenda por ‘interpretação’ a averiguação do sentido da norma aplicável, o produto dessa atividade não pode ser outro senão a identificação do

<sup>71</sup> MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 106.

quadro que a norma, objeto de interpretação, representa, e com isso o reconhecimento de várias possibilidades contidas no interior desse quadro". A interpretação de uma lei, prossegue Kelsen, não deve conduzir, de necessidade, a uma só decisão certa, mas possivelmente a várias. E todas, desde que se possam aferir pela norma a interpretar, são de igual valia, posto que apenas uma, no ato da decisão judicial, venha a positivar-se.<sup>72</sup>

Os principais elementos de interpretação, seguindo a clássica apresentação de Savigny, são o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico<sup>73</sup>:

### 3.2.1 Elemento Gramatical

As normas jurídicas se expressam por intermédio das palavras, sendo intuitivo que primeiro se interprete o sentido dessas palavras através de uma análise tanto sintática quanto semântica.

A interpretação gramatical tem dupla função, como bem anotado por Inocêncio Mártires COELHO<sup>74</sup>: é o ponto de partida da hermenêutica, ao mesmo tempo que funciona como limite dessa interpretação.

Como ponto de partida, devem os termos ser considerados tanto em seu sentido técnico quanto no sentido comum, ampliando-se ao máximo as possibilidades exegéticas.

A questão terminológica é ainda mais candente no Direito Constitucional, porque as Cartas Políticas, especialmente as mais recentes, como a nossa, são geradas em meio a um grande e dialético processo político, nem sempre privilegiando a

<sup>72</sup> BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 367.

<sup>73</sup> Sobre o tema da interpretação das normas em geral e das normas constitucionais veja-se, também: CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 212-262; BRUM, N. de B. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 16-38; BONAVIDES, op. cit., p. 356 e ss.; BARROSO, L.Ro. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 97 e ss.

<sup>74</sup> COELHO, I.M. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 58.

melhor técnica. Aponta Linares QUINTANA que “As palavras empregadas na Constituição devem ser entendidas em seu sentido geral e comum, a menos que resultem claramente de seu texto que o constituinte quis referir-se ao seu sentido técnico-jurídico”<sup>75</sup>.

Afirma-se também que é corolário da interpretação gramatical a inexistência de palavras supérfluas ou expressões destituídas de conteúdo significativo, possuindo o texto uma função e um sentido próprios.

Daí ser imperativo que este método interaja com os demais processos de interpretação das normas, para que se possam obter os diferentes significados de um mesmo texto. Por isso que Carlos MAXIMILIANO assinala, sobre a interpretação filológica, que “a linguagem, embora perfeita na aparência, pode ser inexata; não raro, aplicados a um texto, lúcido à primeira vista, outros elementos de interpretação conduzem a resultado diverso do obtido com o só emprego do processo filológico”<sup>76</sup>.

Destarte, o método gramatical figura como primeiro combatente da batalha interpretativa, indicando tanto o primeiro sentido da interpretação, quanto o limite de arbítrio do intérprete. O sentido literal lingüisticamente possível deve necessariamente ser conjugado com outros métodos de interpretação.

### 3.2.2 Elemento Histórico

A interpretação histórica consiste na busca do sentido da lei através dos trabalhos preparatórios e da legislação precedente (*occasio legis*). Toda norma é fruto dos movimentos sociais e políticos existentes em determinado tempo, podendo resultar ou de inovação na ordem jurídica vigente – v.g., o Código de Defesa do Consumidor — ou apenas de superação e melhoria da ordem – v.g., o Estatuto da Criança e do Adolescente. Observando os motivos que resultaram na elaboração da

<sup>75</sup> LINARES QUINTANA, citado por BARROSO, *Interpretação ...*, p. 121.

<sup>76</sup> MAXIMILIANO, p. 113.

norma, as forças políticas que concorreram para sua elaboração e o momento histórico em que ela foi instituída é possível vislumbrar o fim para o qual se destina e um vetor interpretativo.

Esse método tem peculiar importância nas primeiras exegeses de determinadas normas, principalmente quando se trata de regulação de situação jurídica absolutamente nova, o que requer seja analisada a intenção do legislador, ou quando determinada norma (ou grupo de normas) inverte substancialmente a posição legislativa anterior. É o caso das duas legislações supra referidas: a primeira inovando o ordenamento jurídico, e a segunda alterando substancialmente a filosofia de tratamento da questão.

Este método, porém, não pode levar ao exagero, porque, depois de editada, passa a norma a ter verdadeiramente vida autônoma, independente da vontade de legislador ou dos motivos que a determinaram.

Na interpretação das normas constitucionais, o elemento histórico ganha especial relevo, principalmente quando cria nova regra jurídica ou quando muda radicalmente o tratamento jurídico em relação à Constituição anterior.

“Claro que há limites a serem impostos à interpretação histórica. Nem mesmo o constituinte originário pode ter a pretensão de aprisionar o futuro. A patologia da interpretação histórica é o originalismo...”<sup>77</sup>.

A história precedente à norma pode servir de subsídio para a fixação de seu sentido inicial, mas a realidade que sucede sua vigência deve ser igualmente considerada pelo intérprete, analisadas as variações de tempo, do momento social, da política vigente, etc., para reafirmar seu significado anterior ou mesmo dar novo sentido ao mesmo dispositivo.

A interpretação histórica e seus limites restaram bem analisadas em voto da lavra do ministro Celso de Mello, nos Embargos Infringentes à ADIN 27-6/DF. Após

<sup>77</sup> BARROSO, *Interpretação...*, p. 126. O preâmbulo das Constituições é uma tentativa do legislador-constituente de esclarecer o momento histórico da sua elaboração, bem como fixar a sua filosofia.

tecer considerações sobre a Constituição como carta política e compromissória e advertir que não deve o intérprete, malgrado o respeitável e ponderável valor dos trabalhos constituintes e da vontade do legislador, subordinar-se aos elementos históricos, disse o Ministro Celso de Mello em seu voto<sup>78</sup>:

A invocação do valor desse método interpretativo — que considera, como pontos essenciais no processo de revelação da vontade constituinte, subjacente às formulações normativas consubstanciadas na Constituição, os trabalhos parlamentares — introduz o tema, tão versado na literatura jurídica nacional e comparada, da investigação do “**original understanding**”, isto é, a busca do pensamento e a pesquisa da intenção originária dos constituintes (Enrique Alonso Garcia, op. cit., p. 142).

O originalismo, contudo — enquanto designação doutrinária desse método de interpretação — possui um peso específico, porém relativo, como antes já assinalado, na exata medida em que os seus postulados não condicionam e nem vinculam o intérprete na definição e na fixação do alcance do sentido normativo das regras constitucionais.

*Ao acentuar a relatividade desse método interpretativo, ressalta o magistério doutrinário* (Enrique Alonso Garcia, op. loc. cit.) que essa fórmula — a de privilegiar a intenção motivadora da decisão constituinte — pode conduzir a situações absolutamente inaceitáveis, como a de virtualmente imobilizar o intérprete, ou de estratificar determinados conceitos ou, ainda, a de impor rígida inteligência ao texto, vinculando, indiscriminadamente a todos, à mera intenção, ou àquilo que se presume, até arbitrariamente, haver sido a intenção do constituinte, sem que se ofereça ao aplicador do direito qualquer possibilidade de opção interpretativa *no processo de compreensão da norma constitucional*.

Em passagem seguinte, conclui com propriedade:

Os condicionamentos hermenêuticos impostos pela exacerbação do legislador constituinte, e da intenção que o animava em determinado momento histórico, reduziriam, de modo extremamente inconveniente, a interpretação constitucional, a uma “**dimensão voluntarista**” (J.J. Gomes CANOTILHO, op. cit., p. 167), que se revela de todo incompatível com o verdadeiro significado da Constituição, que, sendo, no magistério da doutrina, “um complexo normativo aberto a uma interpretação pluralista dos seus vários destinatários” (CANOTILHO, op. loc. cit.), jamais poderá ficar subordinada à rigidez imobilizante de seu sentido ou de seus objetivos, o que certamente derivaria da preconizada indagação da intencionalidade subjetiva dos “framers”, ou seja, da pesquisa da vontade originária dos próprios autores do instrumento constitucional.

<sup>78</sup> Ementa publicada no DJU, Brasília, 12 mar. 1991, Ementário nº 1611-3 do STF, Rel. Min. Aldir Passarinho.

A mudança de interpretação das normas, dando novo sentido ao velho texto, exige extraordinário esforço de justificação. Isso ocorre especialmente em função de modificações da realidade político-social, devendo o intérprete assinalar os motivos que o levaram a se afastar do critério anterior e adotar novo sentido. A dinâmica da realidade social não deve ser acompanhada de alteração legislativa da Constituição, e sim de nova exegese do texto.

Esta mudança de realidade político-social levou a Corte Constitucional Alemã a cunhar a expressão “apelo ao legislador”, significando que numa determinada situação considerada potencialmente inconstitucional, se exorta o legislador a que proceda, imediatamente ou dentro de certo prazo, as alterações legislativas necessárias para atendimento ao texto constitucional.

Estabelecendo a existência de um direito posto e de um direito pressuposto, discorre Eros Roberto GRAU sobre a peculiar análise do processo histórico e a interpretação dos textos, assinalando que mesmo não constando de texto escrito, determinados princípios podem ser extraídos do momento histórico em que estão inseridos. *In verbis*: “Por certo, há princípios de épocas históricas, princípios que se reproduzem de modo razoavelmente uniforme em múltiplos direitos pressupostos. Isso não invalida, contudo, a verificação de que mesmo esses princípios históricos se manifestam – ou não se manifestam – nos direitos pressupostos que cada direito positivo correspondam.”<sup>79</sup>

### 3.2.3 Elemento Sistemático

O ordenamento jurídico não é um conjunto de disposições fragmentárias, mas um sistema coordenado e harmônico de regras e princípios.

Na antiga e sempre atual lição de Carlos MAXIMILIANO,

<sup>79</sup> GRAU, E.R. *Direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 46-47.

Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com os outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituam elementos autônomos operando em campos diversos.<sup>80</sup>

O intérprete deve analisar a norma juntamente com o todo em que está inserida, verificando se se trata de regra geral ou de exceção. Deve cuidar se determinada interpretação não colide com o restante do ordenamento jurídico de que dimana, ou se os dispositivos devem receber interpretação ampla ou restritiva.

Além de verificar a lei onde está contida, deve também a norma ser observada segundo as demais leis do ordenamento jurídico, e, de um modo muito especial, aquelas que lhe são hierarquicamente superiores. A Constituição, neste aspecto, é luz que ilumina o caminho da interpretação das demais normas jurídicas.

Há, portanto, dupla dimensão na interpretação sistemática: uma reside na análise do ordenamento jurídico em que a norma está inserida, norteando-se a interpretação por aquele conjunto normativo (aspecto interno); outra na análise do relacionamento daquela norma com todo o ordenamento jurídico, considerando-lhe a harmonia e coordenação (aspecto externo).

A primeira perspectiva tem fundamental importância para o Direito Constitucional, dadas as suas peculiaridades de superioridade e originalidade. Os aspectos internos e externos têm relevância na interpretação da legislação infraconstitucional e dos atos normativos.

Foi servindo-se deste elemento de interpretação que o Tribunal Excelso, ao analisar o inciso XI, do artigo 37, da Constituição Federal, no RMS n.º 21992/DF, disse que essa norma se aplica tanto aos servidores ativos quanto inativos, em cotejo do preceito aludido com o artigo 17 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

<sup>80</sup> MAXIMILIANO, p. 166-167.

### 3.3.4 Elemento Teleológico

A interpretação teleológica é conexas com a interpretação histórica, partindo ambas da perspectiva do legislador. Diferenciam-se, porém, porque enquanto a interpretação histórica é voltada para o passado, analisando os projetos que antecederam a lei, os debates legislativos e a *occasio legis*<sup>81</sup>; a interpretação teleológica mira para os fins pretendidos pelos seus autores da lei (*mens legis*).

Assim, deve-se compreender por método teleológico aquele que visa fundamentalmente revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico objeto da tutela. Essa finalidade não é perene, mas viva e mutável, consoante as eventuais modificações da situação fática ou jurídica na qual está inserida.

O texto da norma está dissociado da vontade do legislador-constituente, mas igualmente preocupado com o fim da norma. Refere CANOTILHO à sua função pragmática, assinalando que a interpretação não se dissocia do intérprete, ao mesmo tempo em que “o texto da norma aponta para um *referente*, o que quer dizer constituir o texto um sinal lingüístico cujo significado aponta para um universo de realidade exterior ao texto”<sup>82</sup>.

Na interpretação da Constituição brasileira, verifica-se que os seus fins estão explicitados no artigo 3º, que elege como objetivos fundamentais do Estado construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover

<sup>81</sup> Entende-se por *occasio legis* “o complexo de circunstâncias específicas atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanação do texto; causas mediatas e imediatas, razão política e jurídica, fundamento dos dispositivos, necessidades que levaram a promulgá-los, fatos contemporâneos da elaboração; momento histórico, ambiente social, condições culturais e psicológicas sob as quais a lei surgiu e que diretamente contribuíram para a promulgação; conjunto de motivos ocasionais que serviram de justificação ou pretexto para regular hipótese; enfim o mal que se pretendeu corrigir e o modo pelo qual se projetou remediá-lo, ou, melhor, as relações de fato que o legislador quis organizar juridicamente”, na larga explicação do sempre atual Carlos MAXIMILIANO (op. cit., p. 148-149).

<sup>82</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 221.

o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

“Aliás, por isso que a **Constituição de 1988 é dirigente**. Exatamente porque estabelece os fins, tarefas e objetivos para o Estado e sociedade brasileiros. A atuação governamental, de todos os Poderes, não pode ser concretizada sem a prévia observância dos referidos objetivos. As políticas públicas devem atuar esses objetivos, que densificam uma vontade constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária”, na feliz explicação de Clèmerson M. CLÈVE<sup>83</sup>.

<sup>83</sup> CLÈVE, A teoria constitucional e o direito alternativo..., p.47.

## 4 METODOLOGIA DA INTERPRETAÇÃO

### 4.1. INTERPRETAÇÃO E OS INTÉRPRETES

#### 4.1.1 Dogmática Jurídica e Sua Crítica

No que respeita a metodologia, é necessário fixar como marco inicial a Teoria Pura do Direito, de Hans KELSEN, que procura apresentar o pensamento positivista de hermenêutica jurídica, como representativo não só de uma época, mas essencialmente como formador de uma cultura jurídica que se perpetua e serve, ainda hoje, como paradigma para muitos operadores do direito.

Partindo da distinção entre juízo de ser e juízo de dever-ser, Hans KELSEN afirma que o primeiro implica um modo de observação explicativo a partir da conduta humana, gerando uma ciência sobre os fatos, como a sociologia. O segundo (juízo de dever-ser) parte de uma determinada norma de conduta que impõe o dever-ser, surgindo um modo de observação normativo, gerando uma ciência de normas, como o Direito. Cada norma só pode reconduzir-se a outra norma superior da qual dimana. A Constituição, como norma superior e originária de um dado sistema normativo, reconduz-se, no sentido kelseniano, à norma hipotética fundamental. Trata-se de norma pressuposta pela ciência do Direito.

Essa separação entre a ciência normativa das ciências sociais ou de fatos, bem como de qualquer influxo de proposições de fé, permite aquilo que KELSEN pretende como um conhecimento “puro”. Só assim logra afastar a censura de estar a serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, econômicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser *ciência*. A teoria pura do direito kelseniana não se preocupa com um dado ordenamento jurídico, mas com a estrutura lógica das normas, verificando o sentido, a possibilidade e os limites de todo e qualquer enunciado jurídico.

Karl LARENZ<sup>84</sup> assenta que ao conceber o direito positivo na sua essência e compreendê-lo através de análise de sua estrutura, Kelsen acabou por firmar a própria teoria do positivismo jurídico. Despindo-se de valores predeterminados de razão ou moral, as normas jurídicas podem ter qualquer conteúdo. Ou, nas palavras de KELSEN, citado por LARENZ,

não vale porque tem um determinado conteúdo, mas sim porque foi produzida de determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe. Por isso, continua ele, pode qualquer conteúdo que se deseje ser Direito. Não existe comportamento humano que, em si mesmo, graças àquilo em que consiste, possa ser excluído como conteúdo de uma norma jurídica. O positivismo jurídico não pode ser formulado de modo mais claro do que nestas duas frases.

Esse positivismo jurídico é reafirmado quando, ao tratar da interpretação das normas, busca Kelsen uma absoluta neutralidade por parte do intérprete-aplicador do direito. Se é certo que a ciência do direito não deve ser contaminada com valores pré-conceituais do intérprete, também é certo que a aplicação do direito, destacadamente as decisões judiciais, constitui atos de vontade cuja opção por uma das diferentes posições das partes decorre de juízos de apreensão e compreensão da realidade, nos quais há, sempre, grande subjetivismo. Tanto a interpretação quanto a aplicação da lei “requerem, antes de tudo, actos de julgamento, que se fundam, entre outras coisas, na experiência social, na compreensão dos valores e em uma concepção correcta dos nexos significativos. Nos casos-limite, o decisivo pode ser mesmo a concepção pessoal de quem julga”<sup>85</sup>.

Por fim, importa reconhecer, como LARENZ, que “por pouco que a teoria da interpretação de Kelsen satisfaça o jurista, para quem, ao lado da interpretação literal, a interpretação histórica, a interpretação sistemática e a interpretação teleológica são processos de pensamento habituais, não deve esquecer-se que ela é por

<sup>84</sup> LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983. p. 97.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 107.

completo uma conseqüência do conceito positivista de ciência e que, se se comunga deste conceito, a teoria é perfeitamente inatacável”<sup>86</sup>.

A Dogmática Jurídica kelseniana — apesar de seus méritos — produziu algumas mazelas no pensamento jurídico, as quais se multiplicaram na exata medida de sua importância e dos méritos do seu trabalho. Permitiu o surgimento de um tecnicismo jurídico, influenciando toda uma formação jurídico-acadêmica. Em sua **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**<sup>87</sup>, Plauto Faraco de AZEVEDO sustenta a necessidade de um retorno aos juízos de valor, comprometendo-se o operador do direito com a realidade fática posta, bem como com o resultado de justiça da aplicação da norma.

“Toda e qualquer concepção do direito em geral, e da hermenêutica em particular, que não deite raízes nas necessidades sociais, revela-se inconsistente e insuficiente, por maior que seja o engenho, o rigor lógico ou o grau de abstração que alcance”<sup>88</sup>, sendo indispensável o contexto histórico-social em que se insere e realiza o processo interpretativo, para perceber-se o substrato teórico a orientar o raciocínio na aplicação das normas jurídicas.

Entretanto a cientificidade que se deu ao Direito sempre procurou afastar o aspecto valorativo. Assevera o autor, citando Gustav RADBRUCH:

Com o advento do positivismo jurídico, essa cisão procura assegurar-se foros de cientificidade, ao mesmo tempo em que se aprofunda, transmutando-se em dissensão ou oposição, na medida que “declara-se incientífica toda a contemplação valorativa e os espíritos procuram, conscientemente, limitar-se à investigação empírica do direito existente. O lugar da Filosofia do Direito passa a ser ocupado pela Teoria Geral do Direito (Allgemeine Rechtslehre) e este passa a representar o andar mais elevado e o mais recentemente construído da Ciência Positiva do direito”<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> LARENZ, p. 108.

<sup>87</sup> AZEVEDO, P.F. de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

<sup>88</sup> Ibid., p. 15.

<sup>89</sup> Ibid., p. 19-20.

Na interpretação das normas e sua aplicação no caso concreto reside a maior insuficiência do positivismo jurídico, porque não se pode separar a hermenêutica dos fatos sociais. “É que a atividade do intérprete, especialmente a atividade judicante, tem que ser e efetivamente é essencialmente valorativa.”<sup>90</sup>

Além disso, não se pode pretender dissociar o jurídico do político, porque esse é, ao mesmo tempo, produto da correlação das forças sociais e gênese dos textos legais. O Direito, antes de decorrer de uma ética do dever-ser, é resultado de uma constante relação de forças e interesses de pessoas, grupos e classes sociais. O jurídico é uma forma de institucionalização do político, já que a idéia política forte termina por desembocar na ordem jurídica.

Por isso, “É necessário romper com a visão atomizada do jurídico, o que implica em não absolutizar ou discriminar nenhuma de suas abordagens, mas, ao revés, conhecendo-se e respeitando-se a índole de cada uma, admiti-las como complementares. Por essa forma, poder-se-á conceber o Direito de modo integrado e tratar-se do processo hermenêutico de modo conseqüente”<sup>91</sup>, despindo-se de preconceitos quanto aos meios de interpretação, principiando-se pela Teoria Geral do Direito e pela dogmática jurídica, na medida em que permitem a “apreensão das estruturas ou conceitos jurídicos fundamentais, sem os quais o sistema jurídico-positivo não pode ser coerentemente pensado”.<sup>92</sup>

Mas, não basta a dogmática jurídica redirecionada. É indispensável o contributo de outras perspectivas, como da Filosofia do Direito e da Sociologia Jurídica, ou mesmo reconhecendo como forma válida de interpretação a leitura dos textos que é feita nas ruas. O Direito não é do jurista ou do técnico, mas um conjunto de normas que regula o Estado e a vida dos cidadãos.

<sup>90</sup> AZEVEDO, p. 23-24.

<sup>91</sup> Ibid., p. 26.

<sup>92</sup> Ibid.

Citando Elías DIÁS, sustenta Plauto F. AZEVEDO que

não se entende plenamente o mundo jurídico se o sistema normativo (Ciência do Direito) se insula e separa da realidade em que nasce e à que se aplica (Sociologia do Direito) e do sistema de legitimidade que o inspira e que deve sempre possibilitar e favorecer sua própria crítica racional (Filosofia do Direito). Uma compreensão totalizadora da realidade jurídica exige a complementaridade, ou melhor, a recíproca e mútua interdependência e integração dessas três perspectivas ou dimensões que cabe diferenciar ao falar do Direito: perspectiva científico-normativa; sociológica e filosófica.<sup>93</sup>

Dessa forma, verifica-se que a pretendida neutralidade (kelseniana) serve de sustentáculo para a manutenção de situações injustas, ao mesmo tempo em que livra o jurista de qualquer compromisso com a aplicação do direito, tornando-o verdadeiro mantenedor de iniquidades e do *status quo*, na aceitação da legalidade, seja ela qual for.

Tomando, em conjunto com a ordem jurídica vigente, perspectivas filosóficas e sociológicas, os intérpretes e operadores do direito deixam de atuar como autômatos da ordem jurídica posta, assumindo a postura de modificadores da realidade, contribuindo para tornar real o ideal de justiça e bem comum.

Uma emancipação interpretativa passa pela distinção entre texto e norma, porque esta última não é despida de valor.

Eros GRAU assinala que

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

<sup>93</sup> AZEVEDO, p. 36.

dato prévio — é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: **o significado da norma é produzido pelo intérprete** [sem grifos do autor].<sup>94</sup>

A distinção é fundamental porquanto a unidade sistêmica do ordenamento jurídico não se dá por intermédio de seus textos, mas de suas normas e princípios. “Interpretamos textos, note-se bem; a norma, não a interpretamos — ela é o resultado, não o objeto de interpretação. Mas ela (a norma) preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado. Vale dizer: a norma encontra-se, em estado de potência, involucrada; no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado — é que afirmo que o intérprete ‘produz a mesma’...”.<sup>95</sup>

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

#### 4.1.2 Interpretativismo e Não-Interpretativismo

As correntes de interpretação das normas constitucionais se bipolarizam em interpretativistas e não-interpretativistas<sup>96</sup>.

Os interpretativistas preconizam uma atuação que se limita a captar o sentido dos dispositivos expressos na Constituição. “O interpretativismo indica que o

<sup>94</sup> GRAU, E.R. Prefácio. In: FREITAS, J. *Interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 12.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>96</sup> Sobre o tema, veja-se M.B. de FELIPE. *Originalismo e interpretativismo: DWORKIN vs. Bork*.

juiz, ao decidir questões constitucionais, deveria ater-se a fazer cumprir normas que estão declaradas ou evidentemente implícitas na Constituição escrita.”<sup>97</sup> O limite da competência interpretativa estaria na textura semântica e na vontade do legislador.

Os não-interpretativistas defendem a necessidade e a possibilidade dos intérpretes de invocar e aplicar os valores correntes na sociedade, independentemente dos valores legislativos. À Constituição devem ser sobrelevados os valores constitucionais de justiça, igualdade e liberdade, dando ao hermeneuta maior possibilidade de ampliação interpretativa.

Sem deixar-se tomar por exageros, a postura do intérprete deve ser de superação do texto constitucional, possibilitando uma rica troca de valores entre a realidade juridicamente posta e a realidade social. Não se pretende defender uma das posições, principalmente porque nenhuma delas pode ser tida como verdadeira ou falsa, mas são fundamentalmente frutos de opção ideológica do intérprete e do momento histórico que ele vive.

A interpretação constitucional, siga-se qualquer dos rumos, deve ser sempre voltada para um fim concretizante da norma jurídica.

Na expressão de Patrícia Ulzon PIZARRO,

A interpretação da norma constitucional implica um processo que vai do texto da norma (de seu enunciado) para uma norma concreta — norma jurídica — que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma decisiva para a solução dos casos jurídico-constitucionais, temos o resultado final da concretização. Esta “concretização normativa” é pois, um trabalho técnico-jurídico, é no fundo o lado “técnico” do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é sim a construção de uma norma jurídica.<sup>98</sup>

<sup>97</sup> CARTER, L.H., citado por M.N.I.A. OLIVEIRA. Jurisdição constitucional e política: interpretativismo, não-interpretativismo e suas alternativas políticas e jurídicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 33, n. 132, p. 298, out./dez. 1996.

<sup>98</sup> PIZARRO, P.U. Interpretação constitucional: o método hermenêutico-concretizante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 84, out./dez. 1996.

No mesmo sentido direciona-se Eros GRAU, que, traçando interessante comparação entre a expressão artística e a interpretação, preconiza uma interpretação alográfica do direito, que reclama a intervenção de dois intérpretes “o primeiro intérprete compreende e reproduz e o segundo intérprete compreende através da compreensão/reprodução do primeiro”<sup>99</sup>.

E pouco adiante esclarece o professor: “O texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A sua ‘completude’ [do texto] somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o ‘sentido expressado pelo texto’ já é algo novo, distinto do texto: é a norma”<sup>100</sup>.

Essa lição deita raízes, entre nós, nas palavras de Carlos MAXIMILIANO, para quem

existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptível; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e social.<sup>101</sup>

É a partir da atividade do intérprete que o texto ganha força de norma jurídica. Texto e norma preexistem, mas esta apenas potencialmente, no invólucro do texto. “Vale dizer: a norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição); o intérprete a desnuda. Neste sentido — isto é, no

<sup>99</sup> GRAU, Eros Roberto. A interpretação constitucional como processo. *Revista Consulex*, São Paulo, a. 1, n. 3, p. 40, mar. 1997.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>101</sup> MAXIMILIANO, p. 83.

sentido do desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado — é que o intérprete produz a norma.”<sup>102</sup>

Essa perspectiva concretizante e de produção da norma constitucional orienta este trabalho, motivo pelo qual se procura uma metódica para o atingir o fim colimado.

Como já salientado, os diferentes métodos de hermenêutica não se excluem mutuamente. A contrário, utilizam-se concorrentemente, permitindo a extração do melhor sentido do texto, ainda que alguns dos diversos sentidos apurados sejam, por um motivo ou outro, posteriormente relegados. Isso se dá porque nenhum método é aprioristicamente melhor que os demais, unicamente válido ou mesmo pré-fixado pelo ordenamento jurídico (não sendo sequer admissível, pois aprisionaria o intérprete).

A premissa interpretativa para a legislação em geral — incluindo o texto constitucional — está inserta na Lei de Introdução ao Código Civil que, nos artigos 4<sup>o</sup><sup>103</sup> e 5<sup>o</sup><sup>104</sup>, traz orientação sobre a *integração* e o *cunho teleológico* da interpretação legal, aceitando a doutrina como materialmente constitucional tal regramento.<sup>105</sup>

Essa postura tem um significado importante, porque permite e aceita o convívio de diferentes correntes, ainda que fundadas em premissas absolutamente opostas ou mesmo em diferentes valores ideológicos.

O objeto da interpretação constitucional é a determinação do significado das normas que integram a Constituição, que deve ser feita com dúplice finalidade: a) aplicação direta da norma para reger determinada situação jurídica; b) controle da constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

<sup>102</sup> MAXIMILIANO, p. 83.

<sup>103</sup> “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

<sup>104</sup> “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

<sup>105</sup> Ver BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 99.

A Constituição, como as normas em geral, comporta diferentes métodos exegéticos, segundo a forma e os critérios utilizados pelo intérprete.

#### 4.1.3 Dos Intérpretes

A Constituição é texto que depende de uma atividade interpretativa para se transformar em norma. Daí por que, ao lado dos princípios constitucionais, está a figura do intérprete como exponencial na tarefa de concretização do Estado democrático de Direito, posto que representa o elo de ligação entre o enunciado e a norma de decisão.

A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente que este princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. 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.<sup>106</sup>

A concretização, assim, sempre será permeada pela pré-compreensão que cada intérprete tem da vida, porque sua ideação sempre estará carregada das convicções pessoais, das circunstâncias que o cercam, de conflitos pessoais, ideológicos, psicológicos, valores políticos, etc.

Porém o trabalho hermenêutico deve estar o menos possível sujeito à opinião pessoal do intérprete, residindo nos métodos e em critérios objetivos o mecanismo de superação dessas vicissitudes pessoais do intérprete. De qualquer modo, o processo de concretização das normas implica na intervenção criadora,

<sup>106</sup> HESSE, K. A força normativa da Constituição. tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 22-23. Ver também PERRINI, R.F. Os princípios constitucionais implícitos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 17, p. 174, 1996.

recorrendo a princípios gerais ou a elementos retirados da realidade para determinação, complementação, desenvolvimento e, em casos excepcionais, correção dos dados normativos primários, a fim de obter uma norma de decisão do caso.

É imprescindível que se reconheça a existência de limites para a atividade interpretativa, e eles são fundamentalmente dois: a) a realidade fática, porque não há como modificá-la, devendo o intérprete reconhecer essa limitação como forma de fazer uma interpretação possível e adequada; b) o princípio da legalidade, impondo o respeito ao próprio texto constitucional e estabelecendo segurança jurídica aos cidadãos.

Mas não deve a interpretação constitucional ficar circunscrita ao resultado dos métodos tradicionais ou dos técnicos (interpretação em sentido estrito). É necessário reconhecer como válida, devida, verdadeira e eficaz a interpretação que vem das ruas, das corporações, do sistema público, da sociedade e das relações que se estabelecem entre os cidadãos. A partir da concepção que estes têm da Carta (interpretação em sentido lato) forma-se, pelo menos, um sentido inicial, uma pré-compreensão ou um dos sentidos possíveis para a interpretação constitucional. Isto é o que Peter HÄBERLE convencionou chamar de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, asseverando que não há *numerus clausus* de intérpretes constitucionais<sup>107</sup>.

A Constituição não é, nem pode ser, apenas aquilo que os tribunais e juízes dizem que é, mas sim o resultado vivo da compreensão que toda a sociedade dela tem.

<sup>107</sup> HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 13. HÄBERLE editou sua obra sobre a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, visando estabelecer um método de interpretação, através da integração das diversas exegeses formuladas pelos mais diversos operadores do direito e da própria sociedade. Entretanto, creio que antes de ser um caminho científico, a sociedade aberta representa uma postura do intérprete frente ao seu objeto, tomando em consideração o mais amplo leque de possibilidades, segundo os diferentes sentidos que lhe emprestam outros intérpretes. Mas, esta postura não elimina a adoção de autênticos métodos de interpretação, seja o método jurídico tradicional ou outros mais modernos, como adiante se verá.

O mito da compreensão em sentido estrito, segundo os métodos tradicionais de interpretação, encontra-se superado, pois que o próprio intérprete tem suas próprias pré-compreensões que, inevitavelmente, farão parte do resultado hermenêutico<sup>108</sup>.

Por isso que a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, no sentido dado por Peter HÄBERLE, representa os legítimos intérpretes democráticos, posto que congrega tanto a interpretação em sentido estrito quanto em sentido lato, as quais se relacionam e interpenetram. A democratização do processo hermenêutico decorre da ampliação do número de intérpretes, incluindo os destinatários das normas, porque as vivem e aplicam.

Para HÄBERLE,

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma “sociedade fechada”. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (zünftmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for sociedade.<sup>109</sup>

A ampliação do número de intérpretes não representa enfraquecimento da normatividade constitucional, tampouco a perda de seu sentido ou unidade. Ao contrário, é consequência da necessidade de vincular os diferentes sentidos da lingüística com os dados da realidade, porque repousarão sobre estes a exegese prevalente.

<sup>108</sup> É possível conferir as diferentes convicções ideológicas que resultam na decisão final em diversas votações de órgãos colegiados, quando a direção do voto, num ou noutro sentido, decorre mais dos motivos íntimos de cada um que do próprio texto ou sistema formal. Isto é facilmente perceptível, por exemplo, na discussão que se travou no STF quanto ao local de recolhimento dos condenados à regime aberto, quando inexistia de casa de albergado (Habeas Corpus n.º 68.012/130-SP, Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento pelo Tribunal Pleno, com publicação no **Diário da Justiça** em 02.10.92., extraído da JSTF 172/275-323).

<sup>109</sup> HÄBERLE, p. 13.

“Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém, apenas espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente”<sup>110</sup>, que se reforça com as diversas interpretações resultantes da ampliação dos intérpretes.

Os intérpretes, para a execução de suas tarefas, servem-se de diferentes suportes teóricos que autorizem e legitimem suas conclusões e posições.

## 4.2 MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO

### 4.2.1 Interpretação Jurídico-Sistemática

No que tange à interpretação constitucional, várias teorias surgiram, destacando-se as que preconizam a interpretação constitucional segundo os métodos tradicionais e adequados às leis em geral; e aquelas que sustentam métodos próprios para a hermenêutica constitucional.

Ernest Forsthoff destaca-se como defensor da corrente tradicional, para quem, enquanto lei, a Constituição estaria subordinada às regras de interpretação em vigor para as demais leis e seria assim “comprovável no seu sentido e controlável na sua execução”<sup>111</sup>, segundo os métodos de interpretação desenvolvidos por Savigny (literal, histórico, sistemático e teleológico).

O método clássico de interpretação resulta numa supervalorização dos aspectos formais da Carta Constitucional, afinando-se perfeitamente com uma concepção do Estado liberal, preocupado mais com a perfeita correspondência entre o pensamento político e a forma de sociedade estabelecida que com a justiça, o mérito ou o conteúdo dos direitos constitucionalmente assegurados. A posição que se busca do intérprete é de absoluta neutralidade diante do objeto interpretado, despindo-o de senso crítico ou mesmo de comprometimento com o resultado de sua interpretação.

<sup>110</sup> HÄBERLE, p. 34.

<sup>111</sup> FORSTHOFF, citado por LARENZ, p. 436.

Comenta Karl LARENZ, refutando a posição de Forsthoff, que este “desconhece que é a própria Constituição que torna obrigatória a observância de determinados valores e referência de sentido. Desconhece ainda que também a metodologia de Savigny, pelo menos em relação ao elemento ‘sistemático’, originariamente designado também por Savigny como elemento ‘filosófico’, não exclui de modo algum a questão do sentido”<sup>112</sup>.

Essa forma tradicional de interpretação das normas em geral, transportada para o Direito Constitucional, guarda estreita relação com a interpretação sistemática, segundo um método lógico-dedutivo-silogístico. Aliás, a análise sistemática das normas é um dos elementos da concepção de Savigny.

O ordenamento jurídico não é um conjunto de disposições fragmentárias, mas um sistema coordenado e harmônico de regras que devem ser tomadas tanto no seu aspecto interno quanto no seu aspecto externo.

Daí a existência de uma dupla dimensão da interpretação sistemática. A primeira é a da análise do ordenamento jurídico em que a norma está inserida, norteando-se a interpretação por aquele conjunto normativo (aspecto interno). A segunda reside na análise do relacionamento daquela norma com todo o ordenamento jurídico, de modo a preservar-lhes harmonia e coordenação (aspecto externo).

O aspecto interno tem fundamental importância para o Direito Constitucional, dadas as suas peculiaridades de superioridade e originalidade. O externo, conjugado com o interno, tem relevância na interpretação da legislação infraconstitucional e dos atos normativos.

A interpretação sistemática impõe o respeito a diversos princípios, como coexistência das normas, da posição topográfica, da efetividade, da razoabilidade, entre outros. Por isso,

... é a interpretação lógico-sistemática instrumento poderosíssimo com que averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas. Sua atenção recai sobre a norma jurídica, tomando em conta, como já evidenciara Enneccerus,

<sup>112</sup> LARENZ, p. 437.

“a íntima conexão do preceito, do lugar em que se acha e da sua relação com os demais preceitos”, até alcançar “o laço que une todas as regras e instituições num todo coerente”.<sup>113</sup>

Clarificando este último aspecto, veja-se que a noção de direito de propriedade não pode ser tomada do mesmo modo ao tempo da edição do Código Civil e agora, depois da promulgação da nova Carta Constitucional.

No âmbito do Direito Constitucional está a interpretação sistemática intimamente relacionada com o princípio da unidade da Constituição, uma vez que a Constituição deve ser interpretada de modo harmônico, sendo certo que os conflitos entre as normas constitucionais são apenas aparentes.

Como sói ocorrer com todas as teorias e métodos jurídicos, sempre se lhes contrapõe outra com postulados opostos, em claro movimento dialético. Talvez daí poder-se reconhecer que a sabedoria e a virtude estão no meio, porquanto a própria história da humanidade, incluindo as ciências jurídicas, é formada por fases (teorias ou teses) e reformas (contrateorias ou antíteses) que se acarretam numa terceira via<sup>114</sup>. Em oposição ao método dedutivo, surge um método hermenêutico indutivo, que parte do caso concreto para a interpretação das normas. É o que se dá com a tópica.

#### 4.2.2 Interpretação Tópica

Antigo método de solução dos problemas, o método tópico ressurgiu a partir de Theodor VIEHWEG, com a publicação de seu livro **Tópica e Jurisprudência**, em 1953.

O método interpretativo em geral, adotado principalmente a partir de concepções sistêmicas, é dedutivo por excelência, nem sempre conseguindo atingir

<sup>113</sup> BONAVIDES, p. 363.

<sup>114</sup> Nesse sentido é o comentário de João Maurício ADEODATO quanto à teoria estruturante do Direito, de Friedrich Müller (A “concretização constitucional” de Friedrich Müller. *Revista da Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco*, v. 2, n. 3, p. 223-232, jan./mar. 1997).

critérios de justiça. A tópica, ao reverso, caracteriza-se como método indutivo, porquanto parte do próprio problema e suas diferentes possibilidades de solução. Tais soluções passariam por *topois* ou *loci*, ou seja, pontos de vista pragmáticos de justiça material, a partir dos quais seria orientada a solução dos problemas.

A etimologia da palavra *tópica* vem da composição da palavra grega *topikos*, segundo dicção de De Plácido e SILVA, significando local, ponto principal<sup>115</sup>. Luiz Edson FACHIN refere que seu significado resulta da junção de *topos* como lugar, situação, e *topoi* como orientador da problematização, ponto de referência da argumentação<sup>116</sup>.

Citando Viehweg, FACHIN explica que “a tópica constitui a afirmação de que se trata de uma ‘techne’ do pensamento que orienta o problema”. Ou seja, o pensamento é formado a partir da práxis, contrapondo-se ao método sistemático-dedutivo<sup>117</sup>.

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

pôr em marcha a discussão de um problema e abordá-lo, por assim dizer, de vários lados, bem como para descobrir o contexto inteligível, sempre anterior ao problema, em que este tem lugar... o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema e regressa sempre ao problema. Os nexos dedutivos “tópicos” só podem ser portanto “de um pequeno ou pequeníssimo alcance”; o pensamento tópico não leva a um sistema (total), mas a “uma pluralidade de sistemas, sem demonstrar a sua compatibilidade a parte de um sistema total”. Tem, poder-se-ia dizer, o seu “centro” sempre no problema concreto, não num contexto problemático ou material mais amplo, que simplesmente aflorasse no problema concreto.<sup>118</sup>

<sup>115</sup> SILVA, de P. e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 387. v. 4.

<sup>116</sup> FACCHIN, L.E. Um acórdão de acordo com Viehweg. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 12, p.184, 1990.

<sup>117</sup> Ver BONAVIDES, p. 404-414.

<sup>118</sup> LARENZ, p. 171.

Para LARENZ, a tópica pode ser dividida em dois níveis: num, o mais rudimentar, se lança mão de ponto de vista mais ou menos casual e; noutro, os objetos de pesquisa são coligidos em catálogos tópicos, adequando-se a certos tipos de problemas. Assim, é possível falar em *tópicos jurídicos*, destinados à solução de problemas jurídicos<sup>119</sup>.

Robert ALEXY, citado por LARENZ, entende que só relativamente a problemas jurídicos controvertidos é razoável a utilização da tópica como método de interpretação. “A sua principal insuficiência vê-a na incapacidade de captar o significado da lei, da dogmática e do precedente, bem como em que entre as diferentes premissas a que se recorre nas fundamentações jurídicas, segundo diz, teria de deixar-se aferir pela bitola de ‘se e em que medida’ pode evitar estas insuficiências.”<sup>120</sup>

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

Funciona a tópica principalmente como método acessório e complementar de hermenêutica jurídica, destinado especialmente para solução de conflitos diante do caso concreto. Daí dizer Luiz Fernando COELHO que é a teoria da *praxis*<sup>121</sup>. Ela ganha especial relevo no Direito Constitucional, dada a textura aberta das Cartas e a multiplicidade de valores e interesses nela inseridos, principalmente em Constituições analíticas e compromissórias como a nossa.

Dadas as diferentes forças políticas e ideológicas que compuseram a Assembléia Nacional Constituinte, surgiram diferentes tipos de conflitos de interesse

<sup>119</sup> LARENZ, p. 177-178.

<sup>120</sup> Ibid., p. 181.

<sup>121</sup> COELHO, L.F. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

na elaboração da nova Carta Magna, que resultaram em normas aparentemente ambíguas e contraditórias, as quais, em vez de regular determinada situação, limitam-se a abrir um grande leque de possibilidade. Tanto no campo da aplicação prática isso ocorre, porque os dados da realidade podem colocar em contraposição normas que, aparentemente, nada tenham de conflitantes. Frente ao caso concreto, é que se dá justa composição do conflito (de normas e de interesses), concorrendo norma e realidade para a solução do litígio.

Exemplo em que a solução deve ser orientada pela tópica, ainda como método auxiliar, é o conflito entre o direito à intimidade e à liberdade de imprensa, porquanto a solução pende para um ou outro lado, segundo valores e interesses contrastantes que cercam o caso concreto. Robert ALEXY<sup>122</sup>, recorrendo a importante caso da jurisprudência alemã (caso Lebach), aborda a questão do conflito entre direito a imagem e intimidade *versus* liberdade de comunicação, assinalando que preponderará o interesse de comunicação apenas se estiver relacionado com o interesse público na divulgação dos fatos. Decidiu o Tribunal Constitucional que:

Para a atual divulgação de notícias sobre crimes tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre afigura-se legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação.

A proteção da personalidade não autoriza, porém, que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário.

A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificulta sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura ameaça seriamente o seu processo de reintegração social.<sup>123</sup>

<sup>122</sup> ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 95.

<sup>123</sup> BverfGE 35, 202(203), citado por Gilmar Ferreira MENDES, no prefácio à obra *Colisão de direito*, de Edilson Pereira de FARIAS (Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996).

Conflito também se dá no caso de greve de fome de um presidiário, quando podem colidir os direitos à vida e à integridade física do preso, com o direito à manifestação do pensamento. É lícito eventual protesto contra as condições carcerárias, ou mesmo contra atos da administração do presídio, e não pode o Estado, que mantém o preso em cárcere e é responsável pela manutenção de sua saúde e integridade física, impedir-lhe a greve de fome. Entretanto, quando ocorre periclitção à vida do preso, afasta-se, no caso concreto, sua liberdade de expressão em favor do direito à vida.

A tópica, como ensina J.J. Gomes CANOTILHO,

no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: (a) *caráter prático* da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) *caráter aberto, fragmentário ou indeterminado* da lei constitucional; (3) *preferência pela discussão do problema* em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo. A interpretação da Constituição reconduzir-se-ia, assim, a um *processo aberto de argumentação* entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto. Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários *tópoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema. A tópica seria, assim, uma arte de invenção (*inventio*) e, como tal, técnica do pensar problemático. Os vários tópicos teriam como função: (i) servir de auxiliar de orientação para o intérprete; (ii) constituir um guia de discussão dos problemas; (iii) permitir a decisão do problema jurídico em discussão.<sup>124</sup>

E arremata o mestre lusitano:

A concretização do texto constitucional a partir dos *tópoi* merece sérias reticências. Além de poder conduzir a um casuismo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. A interpretação é uma actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. Müller).<sup>125</sup>

<sup>124</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 214.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 214.

### 4.2.3 Interpretação Tópico-Sistemática

Procurando harmonizar os dois modelos anteriores, unindo a sistemática-silogística e a tópica-causuística, numa autêntica concepção eclética (dialética), é proposto o método tópico-sistemático. Dentre outros méritos, a interpretação tópico-sistemática abre caminho para os novos métodos de interpretação, guardando estreita relação com a posição de Friedrich MÜLLER.

Sistema jurídico, na conceituação de Juarez FREITAS, é “uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”<sup>126</sup>.

Esse conceito, segundo seu próprio autor, vislumbra “a possibilidade epistemológica de uma síntese hermenêutica entre as visões da tópica jurídica e dos defensores do pensamento sistemático, aparente e só aparentemente em contradição”<sup>127</sup>.

A interpretação sistemática é

uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre as várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos (...) Dito de outro modo, verdadeiramente a interpretação sistemática, quando compreendida em profundidade, é a que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, tecida por princípios, normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto.<sup>128</sup>

Para Juarez FREITAS, a principal virtude da interpretação tópico-sistemática consiste na solução de incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre

<sup>126</sup> FREITAS, *Interpretação sistemática do direito*, p. 40.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 54.

normas, valores ou princípios jurídicos pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico (antinomia), preservando-lhe a unidade e coerência.<sup>129</sup>

Sustenta o referido professor gaúcho que a solução das antinomias deve basear-se no **princípio da hierarquização axiológica**, consistente num “metacritério que ordena, diante inclusive de antinomias no plano dos critérios, a prevalência do princípio axiologicamente superior, ou da norma axiologicamente superior em relação às demais, visando-se a uma exegese que impeça a autocontradição do sistema conforme a Constituição e que resguarde a unidade sintética dos seus múltiplos comandos”<sup>130</sup>. Esse princípio, situado no topo do sistema jurídico, funciona como metacritério de solução das antinomias, segundo seu propositor<sup>131</sup>. Posição semelhante é defendida por Otto BACHOFF, Luís Roberto BARROSO, Raúl Canosa USERA e Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO<sup>132</sup>.

O posicionamento adotado por Juarez FREITAS tem o mérito de procurar compatibilizar as interpretações sistemática e tópica, privilegiando a primeira, mas não descurando de reconhecer, na segunda, um meio eficaz de solução do caso concreto. Peca, porém, ao estabelecer aprioristicamente um critério para a solução geral das antinomias jurídicas, principalmente no que respeita ao Direito Constitucional<sup>133</sup>.

O princípio da unidade da Constituição repele duas teses que já foram correntes: a) da existência de antinomias normativas; b) das normas constitucionais

<sup>129</sup> FREITAS, *Interpretação sistemática do direito*, p. 62.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 80-81.

<sup>132</sup> BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 187.

<sup>133</sup> Pecado semelhante, mas fundado em outro metacritério, cometem alguns doutrinadores, sustentando que, em casos de conflito de valores, não sendo possível sua superação, as dúvidas deverão sempre ser decididas em favor da liberdade. Dita regra significa que a liberdade individual em caso de conflito prevalece sobre a obrigação comunitária. Outros garantem que não só nos casos de dúvida, mas sempre e sem exceção, há de se decidir em favor da liberdade.

inconstitucionais.<sup>134</sup> O reconhecimento de uma hierarquização axiológica em sede constitucional implicaria necessária aceitação dessas teses, porque a norma de hierarquia inferior submeter-se à norma superior. Como assinala CANOTILHO, “não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional”<sup>135</sup>.

A solução das aparentes antinomias não se dá segundo uma hierarquização axiológica entre as próprias normas constitucionais, mas segundo um juízo de ponderação dessas normas ante o caso concreto.

Sobre fórmulas *a priori* absolutas, como o metacritério de hierarquização axiológica, salienta Plauto Faraco de AZEVEDO que as normas jurídicas, nascidas como resposta aos estímulos de certos fatos, não podem ser convertidas em

princípios “*a priori*”, com validade absoluta, isto é, universal e necessária. É ao que têm levado a “mania logicista” e as “jurisprudências conceituais”, no esquecimento de que “uma norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, que, enquanto esteja vigente, é revivida de modo atual pelas pessoas que a cumprem ou aplicam, e que, ao ser revivida, deve experimentar modificações para ajustar-se às novas realidades em que e para que é revivida”.<sup>136</sup>

<sup>134</sup> Por ocasião do julgamento da ADIN 815/DF, o Supremo Tribunal Federal, voto da lavra do Min. Moreira Alves, rechaçou de modo explícito esta tese, ao assentar: “A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema da Constituição rígida.

Na atual Carta Magna, ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (art. 102, caput), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.

Por outro lado, as cláusula pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.” (publicado no DJU em 10.05.96, p. 15131).

<sup>135</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1057.

<sup>136</sup> AZEVEDO, p. 1617.

Segundo Friedrich MÜLLER, a tentação a uma valoração e ponderação apriorística revela-se mero subjetivismo, carente de maior fundamentação e de conceitos nítidos, o que deve ser rechaçado em face da objetividade da ciência jurídica.

O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutico e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de conformação do processo prático de geração de direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas.<sup>137</sup>

Direitos constitucionalmente assegurados podem colidir frente a determinados casos concretos, não sendo possível estabelecer, independentemente da situação fática, qual das normas deve prevalecer, segundo um juízo de ponderação. Assim, o metacritério de hierarquização axiológica, por si só, não pode resolver conflitos os conflitos em geral, porque somente o caso concreto indicará a prevalência de um ou outro direito.<sup>138</sup>

Dizendo que nos casos em que haja tensão (conflito ou colisão) de direitos deve prevalecer o critério de ponderação ou balanceamento, assinala CANOTILHO:

Excluem-se, por conseguinte, relações de preferência *prima facie*, pois nenhum bem é, *prima facie*, quer excluído porque se afigura excessivamente débil, quer privilegiado porque, *prima facie*, se afigura com valor “reforçado” ou até absoluto. Isso implica a verificação e ordenação, em cada caso ou grupo de casos específicos, de esquemas de prevalência parciais ou relativos, porque, nuns casos, a prevalência pode pender para um lado e noutros para outro segundo as ponderações ou balanceamentos efectuados *ad hoc*. Finalmente é indispensável a

<sup>137</sup> MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 36.

<sup>138</sup> Nesse contexto, destaca-se o princípio constitucional da proporcionalidade ou razoabilidade (quase sempre, e aqui, adotados como sinônimos), onde as situações fáticas serão confrontadas para se estabelecer qual norma será privilegiada, em determinado caso, na aplicação do princípio constitucional que defenda o interesse preponderante.

*justificação e motivação* da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devem ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça, da segurança jurídica.<sup>139</sup>

Como exemplo, veja-se o direito à intimidade, previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal, confrontado com os direitos à liberdade de comunicação e informação (incisos IX e XIX, do referido artigo). Frente a determinada situação fática, deve prevalecer o direito à intimidade, notadamente das pessoas que não exercem atividade pública<sup>140</sup>. De outra sorte, em relação às pessoas públicas cujas atividades podem gerar interesses jurídicos de outrem, deve prevalecer o direito à liberdade de comunicação<sup>141</sup>.

Sem embargo da crítica que se possa fazer, resta salientar o aspecto positivo do método tópico-sistemático, que procura conjugar a interpretação sistemática com a tópica<sup>142</sup>, devendo a última ser tomada no seu aspecto complementar e acessório diante de casos concretos difíceis, sempre buscando um caminho que leve à coerência sistêmica, mas principalmente que atenda a critérios de justiça.

<sup>139</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1112-1113.

<sup>140</sup> Paradigmático caso de violação a esse direito é assistido diariamente na imprensa, quando pessoas são expostas publicamente por serem meramente suspeitos da prática de delitos. Há flagrante violação do direito à intimidade, supervalorizando-se indevidamente o direito à comunicação.

<sup>141</sup> As atividades diárias do Presidente da República, p. ex., dado o cargo que ocupa e a representação que exerce, são de interesse geral, não se podendo invocar direito à intimidade para ocultar da nação suas atividades. O exercício do cargo é diuturno e o interesse à informação ocorre em tempo integral, evidentemente sem que, para tanto, se chegue a exageros ou absurdos.

<sup>142</sup> O sistema dialético proposto por Juarez FREITAS funda-se na dupla opção hermenêutica: sistemática e tópica. “Sistemático, porque sempre atuante o metacritério racionalizador da hierarquização, que assegura a garantia de racionalidade ao processo. Tópico, porque a hermenêutica se mostra como processo empírico e aporético de sistematização discursiva, sendo que o sistema somente ganha contornos definitivos justamente por força da intervenção do intérprete na sua atuação eletiva entre os sentidos necessariamente múltiplos (*Interpretação sistemática do direito*, p. 120).

## 4.3 NOVOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

### 4.3.1 Interpretação Científico-Espiritual de Smend

Os diversos valores existentes na Constituição — ignorados na interpretação propugnada por Forsthoff — são as referências do método de interpretação científico-espiritual, cujo expoente Rudolf SMEND criando uma concepção sistêmica e espiritualista da Carta Magna. SMEND

vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta. Não é por acaso, diz ele, que a Constituição substancia todos os momentos de integração, todos os valores primários e superiores do ordenamento estatal (direitos humanos, preâmbulo, território do Estado, forma de Estado, pavilhão nacional), enfim, a totalidade espiritual de que tudo mais deriva, sobretudo sua força integrativa.<sup>143</sup>

Segundo o método de SMEND, o intérprete deve ter em conta dois elementos orientadores de sua atividade: a) a Constituição, como um todo, vista numa perspectiva teleológica e no seu sentido material; b) interação dos elementos escritos com os dados da realidade.

A Lei Maior deverá ser compreendida segundo a conexão entre seus diversos institutos e os dados da realidade social onde está inserida, e considerada antes como expressão política do que simplesmente jurídica. Os fatores extraconstitucionais também devem ser considerados, em clara superação do formalismo interpretativo. Assim como Montesquieu, que procurava o espírito das leis, SMEND busca o *espírito da Constituição*.

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

<sup>143</sup> BONAVIDES, p. 394.

#### 4.3.2 Interpretação Estrutural-Concretizante de Müller

Procurando unir as posições casuísticas de Smend e a concepção silogística (forma clássica de hermenêutica, que segue os modelos de Savigny e Forsthoff), surge uma concepção politizada de interpretação das normas constitucionais, que atribui ao intérprete o dever de ser crítico e vinculado aos dados da realidade, sem se descurar dos limites da norma. Na expressão de Friedrich MÜLLER,

Não se deve ignorar aqui que os métodos exegéticos tradicionais já contêm numerosas possibilidades (no entanto, não-refletidas e não-admitidas) de incluir elementos materiais na decisão sobre o caso. Casos desse tipo mostram na sua totalidade que a autolimitação programática aos tradicionais recursos exegéticos auxiliares é ilusória diante dos problemas da práxis, que os recursos metódicos auxiliares não logram mais cobrir e encobrir, nem mesmo no plano verbal, os procedimentos de concretização exercidos na realidade e que os acontecimentos cotidianamente manuseados da concretização hodierna da Constituição dão ensejo ao questionamento da concepção tradicional da norma jurídica e da sua aplicação.<sup>144</sup>

O resultado dessa visão dialética da relação do texto constitucional com a realidade objetiva, é uma teoria normativo-estruturante (concretizante) que, partindo dos elementos clássicos ou tradicionais distinguidos e apontados por Savigny, preconiza outros elementos adicionais cujos postulados são apontados por CANOTILHO:

(1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição); (2) e para captar a transformação das normas à concretizar numa “decisão prática” (a metódica pretende-se ligada a resolução de problemas práticos); (3) a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria *hermenêutica da norma jurídica* que arranca da não identidade entre *norma e texto normativo*; (5) o texto de um preceito jurídico é apenas a parte descoberta do *iceberg* normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange “um domínio normativo”, isto é, um “pedaço da realidade social” que o

<sup>144</sup> MÜLLER, Métodos de trabalho..., p. 33.

programa normativo só parcialmente contempla; (7) conseqüentemente, a *concretização normativa* deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: com os elementos resultantes da interpretação do texto da norma (=elemento literal da doutrina clássica); outro elemento, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa).<sup>145</sup>

Friedrich MÜLLER<sup>146</sup>, calcado em métodos tópicos de interpretação, busca dar ao texto constitucional uma vinculação com a realidade social, reconhecendo nesta, no problema concreto e na norma decorrente do texto, as fontes para a exegese concretizante. Explicando como se realiza essa vinculação, esclarece MÜLLER que a norma jurídica “é um núcleo materialmente circunscritível da ordem normativa, diferenciável com os recursos da metódica racional” — de inspiração savigniniana.

Esse “núcleo” é concretizado no caso individual na norma de decisão e com isso quase sempre também tornado nítido, diferenciado, materialmente enriquecido e desenvolvido dentro dos limites do que é admissível no Estado de Direito (determinado sobretudo pela função limitadora do texto da norma). Por meio de detalhamento [Präzisierung] e concretização recíprocas da norma (nem concluída nem isolável) junto ao conjunto de fatos e do conjunto de fatos (igualmente nem isolável, nem nesse sentido “concluído”) junto à norma descobre-se em um procedimento sempre normativamente orientado o que deve ser de direito no caso individual, em conformidade com a prescrição jurídica. (...) Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentando e nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica.<sup>147</sup>

MÜLLER caracteriza sua concepção como *uma teoria das normas que supera o positivismo*, ou *teoria estrutural pós-positivista da norma*, proclamando a não-identificação entre texto e norma. A compreensão exclusiva da norma pelos dados lingüísticos do texto resultaria numa visão meramente formalista do Estado.

<sup>145</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1087.

<sup>146</sup> MÜLLER, F. *Interpretação e concepções atuais dos direitos humanos*. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 15., 1994, Foz do Iguaçu. *Anais...* Foz do Iguaçu, OAB, 1994. p. 541.

<sup>147</sup> MÜLLER, *Métodos...*, p. 62-63.

O texto da norma deve ser interpretado não só à luz dos elementos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), como também dos referenciais modernos de interpretação (princípios constitucionais de interpretação). Tal composição resultará no que MÜLLER chama de **programa da norma**, com o que se elabora a primeira parte integrante da norma jurídica. Paralelamente são tomados os dados materiais (econômicos, políticos, sociais, técnicos) e os do caso concreto que consistem na área material do direito fundamental. Desde que considerados relevantes e compatíveis com o *programa da norma*, passa-se à segunda parte integrante da norma jurídica, o **âmbito normativo** (área da norma), que contém “os fatos que podem embasar legitimamente a decisão. Assim, a *norma jurídica* acabada, construída pelo juiz – ou por outro jurista, que tomar a decisão – consiste do programa da norma e da área da norma”<sup>148</sup>. Da composição do programa normativo com o âmbito normativo surge a **norma de decisão**, que soluciona concreta e vinculadamente o caso que se acha sob exame.

O trabalho metódico para a descoberta da *norma de decisão* parte de uma concretização: *a) nível primário*, com base nos princípios gerais e especiais, bem como nas normas da Constituição que densificam outros princípios; *b) nível político-legislativo*, segundo as diferentes formas que os órgãos legiferantes concretizam, por meio de decisões políticas os preceitos da Constituição; *c) nível executivo e jurisdicional*, decorrente das sucessivas concretizações dadas por órgãos da administração e pelo Poder Judiciário.

Justificando e comprovando sua teoria, parte MÜLLER de reflexões críticas a cerca da jurisprudência firmada pelo Tribunal Constitucional de Karlsruhe, para demonstrar as falhas metodológicas da corte, que procura realizar a concretização das normas por meio da hermenêutica clássica. Sob aparência de formalismo e neutralidade, serve-se a referida Corte de alguns *topoi* (ou ponto de vistas) para

<sup>148</sup> MÜLLER, *Interpretação e concepções...*, p. 104.

orientar-se. Sustenta MÜLLER que já não é possível admitir que a jurisprudência siga a orientação puramente formal (clássica) e sim uma concepção concretizante.

MÜLLER<sup>149</sup> diferencia texto e norma, dizendo que esses dois elementos não são sinônimos, como quer crer a teoria tradicional. Texto, na expressão de MÜLLER, é somente a ponta do *iceberg*, enquanto que norma é todo o volume escondido que dá suporte àquele texto. Descobrir esse volume e suas diversas possibilidades de interpretação é a tarefa do intérprete, que terá no texto a moldura que limita as possibilidades de concretização material da Constituição. Aliás, proposição idêntica foi formulada por Eros GRAU, como acima transcrito.

A descoberta de todo o volume do *iceberg* se inicia por meio dos elementos de interpretação de Savigny. No seu método concretizante, assinala MÜLLER que o processo começa com a busca do sentido literal, mas que não se pode pretender extrair-lo exclusivamente do texto, mas principalmente da norma em exame, motivo pelo qual se abandona a esfera da interpretação literal de cunho filológico. Partindo da norma, não do texto, a interpretação gramatical circunscreve “o espaço de ação de uma concretização normativamente orientada que respeita a correlação jusconstitucional das funções. O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i. é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis”<sup>150</sup>.

Os demais elementos clássicos de interpretação (histórico, sistemático e teleológico) interagem com a interpretação gramatical.

Não formam procedimentos autonomamente circunscritíveis e fundamentáveis, mas aparecem como facetas distintas de uma norma concretizanda no caso. Da tarefa prática elas resultam como indagações a uma prescrição que apresenta modelos históricos e materiais legislativos comparáveis (interpretação histórica e genética). De resto, elas se dirigem a toda e qualquer norma jurídica: porque, finalmente, cada norma tem o seu texto da norma – a consuetudinária um texto mutante, a escrita um autenticamente fixado – (interpretação gramatical); porque nenhuma norma do direito positivo representa apenas a si mesma, mas ao menos se relaciona com todo o ordenamento jurídico (interpretação sistemática); porque,

<sup>149</sup> MÜLLER, *Métodos...*, p. 53-54.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 75.

finalmente, cada norma pode ser questionada com vistas ao seu “sentido e [à sua] finalidade”. Nessa medida, Savigny formulou com efeitos elementos necessariamente dados com a tarefa da concretização do direito. Além disso, qualquer norma implementanda para um caso pode ser examinada com vistas aos elementos do seu âmbito normativo, pode ser tratada em termos de técnica de solução, pode ser avaliada em termos de política do direito ou da Constituição. Todas as funções jurídicas, da legislação até a interpretação científica, comprovam pela sua práxis que esses elementos não podem ser dispensados na tua totalidade por ocasião da concretização da norma.<sup>151</sup>

Os elementos clássicos de interpretação de Savigny, segundo MÜLLER, precisam ser completados com elementos metódicos referentes aos dados da realidade que criaram o âmbito normativo. O texto funciona como diretriz e limite da concretização possível através dos seus signos lingüísticos, mas a aplicação da norma a partir apenas desses signos (aspecto meramente formal) deixará de tomar em conta não só o sentido material do texto, mas a realidade concreta, o fato, o caso onde será inserida (âmbito fático ou material). Por isso, é mais adequado falar em concretização da norma do que em interpretação ou exegese.

Na explicação de BONAVIDES,

Entram em jogo na teoria de Müller os seguintes elementos de concretização da norma: os elementos metodológicos numa acepção estrita (os da interpretação gramatical, histórica, genética sistemática e “teleológica”, a par de alguns princípios isolados de interpretação constitucional), os elementos do âmbito da norma, os elementos dogmáticos, os elementos teóricos ou de uma teoria da Constituição, os elementos técnicos de solução e os elementos político-jurídicos ou político-constitucionais. Desses elementos, alguns se relacionam diretamente com a norma, outros só o fazem de modo indireto ou mediato.<sup>152</sup>

Tais elementos são dispostos de modo hierárquico, em caso de conflito ou resultados contraditórios na tarefa de concretização. Prevaecem primeiramente aqueles elementos que se relacionam diretamente com a norma, em detrimento dos elementos indiretos. No caso de conflito entre os elementos diretos, devem prevalecer os elementos mais estritamente ligados com o texto e o sistema normativo, que funcionam como limites da concretização.

<sup>151</sup> MÜLLER, Métodos..., p. 80-81.

<sup>152</sup> BONAVIDES, p. 422.

Abrindo amplamente as possibilidades de concretização das normas, aponta MÜLLER para limites dessa concretização, culminando por estabelecer um critério hierárquico para solução de conflitos, assentando a prevalência da interpretação gramatical e sistemática, que mais de perto se referem ao texto da norma, em detrimento de outros elementos de concretização, que se aproximam do âmbito normativo. Ainda que a conclusão final, para a hipótese de conflitos, possa parecer paradoxal, porquanto termina por reafirmar os métodos clássicos em detrimento de seus próprios postulados, é preciso reconhecer a genialidade da proposta, principalmente quando rompe com a dogmática estrita e parte para a emancipação da exegese estrita, ou seja, para o que chama de concretização.

Em conferência proferida em Salvador, sustentou MÜLLER que “os efeitos dessa concepção teórica moderna mais abrangente sobre a teoria e a interpretação dos direitos fundamentais podem também ser formulados da seguinte maneira: eles reforçam *a positividade, a materialidade e a racionalidade* dos direitos fundamentais”,<sup>153</sup> querendo com isso registrar que a positividade está garantida pelo reconhecimento da Constituição como direito positivo e não como mera regra programática; que a materialidade se reforça pelo reconhecimento de posições materiais dos indivíduos; por fim, que a racionalidade está registrada pela adoção de método próprio para a solução dos problemas, partindo da práxis, mas reconhecendo os limites do direito legislado.

Alinha-se a esse pensamento Inocêncio Mártires COELHO, entendendo que interpretar é concretizar, tomando-se não apenas o texto como base, mas também os dados da realidade. A extensão da pauta que servirá de baliza para a interpretação só se revela, efetivamente, na solução dos casos concretos. De outro lado, essa concretização servirá para enriquecer a pauta, num processo sempre evolutivo. Nisso consiste o processo dialético de compreensão como atividade infinita.<sup>154</sup>

<sup>153</sup> MÜLLER, *Interpretação e concepções...*, p. 105.

<sup>154</sup> COELHO, I.M., *Interpretação constitucional*, p. 37.

Como toda teoria, a concepção de Friedrich MÜLLER sofre críticas. Arrolando algumas, assinala João Maurício ADEODATO<sup>155</sup> que a Teoria Estruturante do Direito não supera as deficiências apresentadas por outros métodos, como a tópica de Viehweg, acusada de casuística e até de irracionalista, ou mesmo a interpretação aberta de Peter HÄBERLE, de cunho pragmático. Também há fragilidade quanto aos limites e formas do processo de concretização, notadamente porque se trabalha na seara constitucional com muitos conceitos vagos. A originalidade conceitual da teoria, com a introdução de novas expressões ainda indefinidas e imprecisas, dificulta a sua compreensão e aplicação, sendo criticável seu abandono de terminologia usual e dominada na ciência do direito.

Malgrado essas críticas, é preciso reconhecer não só a originalidade da Teoria Estruturante de MÜLLER, mas principalmente o mérito de significar uma viragem paradigmática em relação à hermenêutica constitucional positivista.

#### 4.3.3 Teoria Estrutural de Robert Alexy

A partir da concepção de Friedrich MÜLLER — que Clèmerson M. CLÈVE cunhou de viragem paradigmática<sup>156</sup>, porquanto produziu nova forma de interpretação constitucional, incluindo dados da realidade dentro do quadro normativo —, a discussão quanto aos métodos de interpretação ganhou novo impulso, como, por exemplo, com a formulação da Teoria Estrutural de Robert Alexy, publicada originalmente em 1986, na Alemanha.

Como Müller, Alexy distingue texto (sinal lingüístico) e norma (resultado da compreensão do texto). Divergem, porém, quanto aos elementos que integram a norma. Como visto, para Müller, o âmbito normativo, juntamente com o programa

<sup>155</sup> ADEODATO, p. 231232.

<sup>156</sup> Entende-se por viragem paradigmática a mudança de modelo, de paradigma do pensamento jurídico até então prevalente. Essa mudança representa significativo avanço no desenvolvimento científico, porque opera com a ruptura de determinado paradigma para outro, num salto epistemológico.

normativo, integra a própria norma; para Alexy, como se verá, o âmbito normativo não integra a norma. Ou, nas palavras de ALEXY, “Aquilo que aqui se chama de ‘disposições de direitos fundamentais’ corresponde ao que Müller chama de ‘texto’, e aquilo que aqui leva o nome de ‘norma’ é o que Müller chama de ‘programa normativo’. O conceito de ‘âmbito normativo’, que na teoria da norma de Müller tem importância central, não aparece”.<sup>157</sup>

Em sua obra **Teoria dos Direitos Fundamentais**, procura Robert ALEXY<sup>158</sup> estabelecer uma teoria jurídica geral para os Direitos Fundamentais fulcrada na Lei Fundamental de Bonn e na *praxis* do Tribunal Constitucional.

Estabelece que as normas de direito fundamental podem dividir-se em dois grupos: as diretamente estatuídas pela Constituição e as normas de direito fundamental a elas adscritas. As primeiras, como o próprio nome indica, decorrem de expressa disposição constitucional que assegura determinado direito jusfundamental. As normas adscritas são aquelas que se acrescentam como direito fundamental em decorrência de outras normas escritas. Uma norma adscrita vale e é uma norma de direito fundamental se, para sua adscrição a uma norma de direito fundamental estatuída diretamente, é possível dar uma *fundamentação jusfundamental correta*.<sup>159</sup>

Como DWORKIN, Alexy divide as normas constitucionais entre regras e princípios<sup>160</sup>, tendo como referencial decisivo para a distinção a concepção de que os princípios são mandados de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus, enquanto as regras são normas que podem ou não ser cumpridas. Toda norma ou é uma regra ou é um princípio.<sup>161</sup>

<sup>157</sup> ALEXY, p. 75.

<sup>158</sup> Ibid.

<sup>159</sup> Ibid., p. 71.

<sup>160</sup> Sobre a distinção entre regras e princípios, ver tópico próprio *infra*.

<sup>161</sup> Ibid., p. 81 *usque* 98.

Embora o grau de concreção dos princípios seja mais baixo que das regras, vale para aqueles a advertência de Celso Antonio Bandeira de MELLO:

violar um princípio é muito mais grave do 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.<sup>162</sup>

Também se distinguem quanto à forma de solução frente a conflitos de normas.

*Conflito de regras* - Um conflito de regras só pode ser solucionado introduzindo-se em uma das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou declarando inválida pelo menos uma delas. O fundamental é que a decisão é versa sobre a validade das regras colidentes.

*Colisão de princípios* - No conflito de princípios entra em jogo a dimensão de peso, não havendo exclusão de um, mas preponderância, que deverá ser solucionada segundo a lei de colisão. A solução da colisão consiste em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma **relação de precedência condicionada**. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em, levando em conta o caso, indicar as **condições** sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras condições, a questão de precedência pode ser solucionada inversamente.<sup>163</sup>

Essa formulação também pode ser expressa na seguinte fórmula: Se o princípio P1, sob as circunstâncias C, precede ao princípio P2: (P1 P P2) C, e se P1 sob as circunstâncias C resulta na consequência R, então vale uma regra que contém a C como suposto de fato e a R como consequência jurídica: C—R. Disso resulta uma **lei de colisão**, enunciado por ALEXY nos seguintes termos: “As condições sob as

<sup>162</sup> MELLO, C.A.B. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 143.

<sup>163</sup> ALEXY, p. 92.

quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”<sup>164</sup>.

Essa lei reflete o caráter dos princípios como mandados de otimização entre os quais não há uma relação absoluta de precedência, mas um critério de ponderação segundo as ações e situações com que estejam relacionados.

ALEXY salienta que as regras e os princípios possuem diferentes caracteres *prima facie*. Enquanto os princípios ordenam algo (não contêm mandados definitivos, senão só *prima facie*), as regras, ao contrário, exigem que se aja exatamente como elas ordenam, atuando no campo da validade quando afastadas as determinações no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

Entretanto, em caráter excepcional, é possível inserir nas regras uma *cláusula de exceção* (baseada num princípio que se contrapõe a ela e tem maior peso nas circunstâncias do caso objetivo), com isso ele perde seu caráter definitivo e adquire caráter *prima facie*.

Quando uma regra é uma razão para um juízo concreto de dever-ser, há que pronunciar, não havendo exceção, uma *razão definitiva*, havendo conteúdo correspondente a um direito para alguém, então é um direito definitivo. Os princípios, diferentemente, são sempre razões *prima facie*. Tomados em si mesmos, estabelecem só direitos *prima facie*. Porém, a determinação de uma relação de preferência é, de acordo com a lei de colisão, o estabelecimento de uma regra. Por isso, pode dizer-se que, sempre que um princípio é, em última instância, razão básica para um juízo concreto de dever-ser, esse princípio é razão para uma regra que representa uma razão definitiva para este juízo concreto de dever-ser<sup>165</sup>.

<sup>164</sup> ALEXY, p. 94. Para dirimir conflito envolvendo direito à identificação e à personalidade de uma criança, contra o direito à integridade física e à intimidade de pessoa que responde a processo de investigação de paternidade, serviu-se o STF da lei de colisão para privilegiar os direitos do investigado, porque a prova para o fim pretendido poderia ser obtida de outro modo, como se colhe dos autos de HC 71.373/RS.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 103.

No que respeita às colisões entre regras e princípios, as determinações adotadas em nível das regras precedem às determinações alternativas que, tomando só em conta os princípios, são igualmente possíveis. Vale, pois, a regra de precedência segundo a qual o nível das regras precede ao dos princípios, a menos que as razões para determinações diferentes às tomadas em nível das regras sejam tão fortes que também afastem o princípio de sujeição ao texto da Constituição.

Essa precedência pode ser afastada em função do caráter *duplo das normas de direito fundamental*, que consiste na possibilidade de determinadas normas constitucionais possuírem em seu conteúdo, simultaneamente, comandos que se caracterizem como regras e princípios. “Uma vinculação tal de ambos os níveis surge quando na formulação da norma jusfundamental se inclui uma cláusula restritiva referida a princípios e, portanto, sujeita a ponderação.”<sup>166</sup> É o caso de regra, por exemplo, que estipule: “a arte é livre”. Perante outros valores de força constitucional, passa-se a considerar a norma como: “a arte é livre, ressalvadas as intervenções que tenham força constitucional e justifiquem o afastamento do comando normativo”.

Finalizando sua construção quanto ao sistema de regras e princípios, afirma ALEXY que não basta conceber as normas de direito fundamental só como regras ou como princípios. Um modelo adequado a respeito se obtém quando às disposições jusfundamentais se adscrevem tanto regras como princípios. Ambas podem reunir-se em uma norma de direito fundamental com caráter duplo.<sup>167</sup>

Outra noção sumamente importante na teoria de ALEXY diz respeito à distinção entre norma e posição jurídica. “Se vale a norma individual segundo a qual a tem frente a b um direito a G, então a se encontra em uma posição jurídica que está caracterizada por ter frente a b um direito a G; e se uma posição jurídica de a consiste em que a tem frente a b um direito a G, então vale a norma individual de que a tem frente a b um direito a G.”<sup>168</sup>

<sup>166</sup> ALEXY, p. 134-135.

<sup>167</sup> Ibid., p. 138.

<sup>168</sup> Ibid., p. 178.

Em suma, **posição jurídica**<sup>169</sup> é o resultado de individualização de uma norma geral que confere direito a alguém, dependendo sua relevância da posição jurídica que o indivíduo ocupe e das conseqüências dela.

As posições jurídicas classificam-se em: *direito a algo; liberdades; competências*.

**DIREITOS A ALGO.** Podem referir-se a ações *positivas* ou *negativas*.

*I – ações negativas (direitos de defesa)*<sup>170</sup>: são os direitos que os cidadãos tem de opor-se à atuação do Estado. Podem ser:

- a) direito a não-impedimento às ações – Veda ao Estado impedir ou obstar direitos de ação dos cidadãos. Isto é, veda o estorvamento (expressão que abrange tanto o impedimento quanto a obstaculização do Estado a ações dos sujeitos);
- b) direito a não-afetação de propriedade ou situações;
- c) direito a não-eliminação de posições jurídicas – Esta configuração impede que se eliminem do sistema jurídico do Estado determinadas posições jurídicas do titular do direito como por exemplo, o direito de propriedade, o matrimônio, etc. Veda a eliminação tanto das posições jurídicas subjetivas concretas quanto dos direitos concretos de propriedade.

<sup>169</sup> Posição jurídica é o resultado da aplicação da norma de decisão, assim designada por Friedrich Müller, na concretização das normas em jogo, no caso em exame.

<sup>170</sup> É o que José Carlos Vieira de ANDRADE classificou como direitos fundamentais determinados, composto por “normas **preceptivas** e conferem verdadeiros poderes de exigir de outrem (do Estado, pelo menos) um certo comportamento (geralmente de abstenção)... São direitos cujo conteúdo é constitucionalmente determinável e que não necessitam, por isso, para valerem como direitos, de intervenção legislativa. Na falta de lei, deve entender-se que o direito existe e vale plenamente, limitado apenas pelas outras normas ou princípios constitucionais...” (op. cit., p. 205).

*II – ações positivas (direito a prestação):*

- a) direito a ações positivas fáticas (direito a prestações em sentido estrito) – busca uma prestação do Estado de qualquer natureza, exceto normativa (irrelevância da forma jurídica);
- b) direito a ações positivas normativas (direito a prestações em sentido amplo) – direito à ação estatal visando a produção de normas.

**LIBERDADE.** O conceito trazido por Alexy é de uma liberdade negativa. Em termos estruturais, compreende uma relação triádica entre o titular do direito de liberdade, um impedimento e o objeto. A liberdade positiva consiste numa ação, ao passo que liberdade negativa é uma alternativa de ação.

A liberdade jurídica se estabelece de modo negativo, sendo sua forma de realização uma opção do titular do direito detentor de uma posição jurídica.

“A é livre se não são vedadas alternativas de ação, sendo faticamente livre na medida em que tem a possibilidade real de fazer ou não fazer o permitido.”<sup>171</sup>

**Liberdade jurídica não-protegida**, reduzida à categoria de permissão, pode ser definida como permissão jurídica de fazer algo e permissão jurídica de omitir-se. Esta conjunção foi antes chamada de *posição livre*.

Assim, “existe uma liberdade não-protegida quando tanto uma ação como sua omissão têm que ser qualificadas como permitidas”<sup>172</sup>. Pode fundar-se em uma norma permissiva explicitamente estatuída, como pode estar fundamentada na inexistência, no sistema jurídico, de norma de mandado ou proibição sob a qual a ação ou a omissão há que se qualificar.

<sup>171</sup> ANDRADE, p. 218.

<sup>172</sup> ALEXY, p. 222.

**Liberdade protegida** é aquela cuja realização está assegurada por normas e direitos que protejam esta liberdade. Tais normas e direitos constitucionais asseguram ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida.

Toda liberdade jusfundamentada existe em relação ao Estado e está protegida direta e subjetivamente, pelo menos, e está impedida por um direito de igual conteúdo que impeça o Estado de estorvar o titular de fazer aquilo para o que tem a liberdade jusfundamental. Se se resume a liberdade e a proteção com o conceito de liberdade protegida, então esse tipo da liberdade protegida consiste na vinculação de uma liberdade não-protegida e direito a um não-estorvamento de ações. O direito a não-estorvamento é um direito a uma ação negativa. Aos direitos a ações negativas correspondem proibições de tais ações. A proteção através de proibição é chamada de *proteção negativa*. Quando se fala dos direitos fundamentais como direitos de proteção, se faz referência, na maioria das vezes, aos direitos frente ao Estado a ações negativas que protegem liberdades jusfundamentais. Esses direitos estão vinculados com a competência para fazer valer judicialmente sua violação.

Quando se juntam estas três posições — de liberdade jurídica, de direito ao não-estorvamento por parte do Estado e de competência para fazer valer judicialmente a violação deste direito —, pode-se falar de um **direito de liberdade negativo perfeito frente ao Estado**.

**COMPETÊNCIA.** É a ação realizada pelo agente, que modifica a posição jurídica de algo ou alguém; pode se dar tanto no direito público como no privado. Exemplo de competência, trazido por Suzana de Toledo BARROS, é o ato de testar. Quanto alguém faz um testamento, está transformando um ato de disposição de vontade em algo protegido juridicamente.<sup>173</sup>

<sup>173</sup> BARROS, S. de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 139.

Entretanto, competência e permissão não se identificam. Permissão é a possibilidade de realização de uma ação sem que isso necessariamente modifique a situação jurídica do agente. Ademais, a negação de uma permissão é uma proibição, enquanto a negação de uma competência é uma incompetência.

Para caracterizar uma ação como exercício de competência é preciso que se constitua uma ação institucional, ou seja, aquela que pode ser realizada não só sobre a base de capacidades naturais, mas principalmente sobre uma base de instituições jurídicas. Estas normas constitutivas da base jurídica são chamadas de **normas de competência**. As normas de competência criam a possibilidade de atos jurídicos e, com ele, a capacidade de modificar posições jurídicas.<sup>174</sup>

Não se confundem normas de competência e normas de comportamento. O descumprimento de uma norma de competência não conduz a ilicitude, mas à nulidade do ato ou a sua deficiência. Quando um comportamento que representa o descumprimento de uma norma de competência é qualificado de ilícito, se pressupõe, além da norma de competência, a existência de outra norma de comportamento que ordena o exercício correto da competência. Por exemplo, norma de competência é estabelecida pela regra do código civil sobre o casamento. O descumprimento dos ritos estabelecidos na referida legislação impõe a nulidade do ato. O mesmo ocorre em relação ao testamento.

O conceito de competência é indispensável para apreender a estrutura dos direitos fundamentais, porque, quando estabelecida pela Constituição, a norma de competência limita a ação do legislador, que não a poderá derrogar.

As competências dos cidadãos que gozam de proteção jusfundamental têm por núcleo central uma proibição dirigida ao legislador de não eliminar ou modificar fundamentalmente determinadas instituições jurídicas de direito privado. A garantia institucional é, pois, em primeira linha, uma proibição dirigida ao legislador de não eliminar determinadas competências do cidadão.

<sup>174</sup> ALEXY, p. 232.

A liberdade jurídica, para se realizar um ato jurídico, pressupõe a necessária competência. A outorga de competência, seja de direito público seja de privado, é só uma das três formas com que o ordenamento jurídico pode aumentar o campo de ação e, com isso, a liberdade negativa do indivíduo. As outras formas são o estabelecimento de normas protetoras, especialmente de direito penal, que se encarreguem de que outrem não impeça alternativas de ação, e a outorga de direitos a prestação em sentido estrito, que devem assegurar o uso da possibilidade fática de alternativas de ação.

**O direito fundamental como um todo** está composto por elementos com estrutura bem definida; vale dizer, com as distintas posições do cidadão e do Estado, entre as quais existem relações claramente determináveis — as relações de precisão, de meio-fim e de ponderação. A polêmica acerca do que é que pertence a um direito fundamental tem raiz na polêmica sobre que normas devem ser adscritas às disposições jusfundamentais enquanto normas de direito fundamental.

Os problemas de interpretação dos direitos fundamentais residem, portanto, na definição de “um direito fundamental como um todo”, na lição de ALEXY.<sup>175</sup>

Para finalizar, cumpre referir que as diversas teorias e métodos que vêm sendo desenvolvidos para a interpretação da Constituição e, mais especificamente, dos Direitos Fundamentais, estão longe de atingir um único método como ideal, muito menos de obter de consenso quanto à sua utilização. Portanto, é necessário concluir, com CANOTILHO, que

a questão do método justo em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicista. No momento actual, poder-se-á dizer que a interpretação das normas constitucionais é *um conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares.<sup>176</sup>

<sup>175</sup> ALEXY, p. 245.

<sup>176</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 212/213.

## 5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE INTERPRETAÇÃO

### 5.1 DIVISÃO QUANTO AO TIPO DE NORMA A SER INTERPRETADA

Para facilitar a compreensão, bem como pela excelência dos trabalhos, tomem-se as obras de J.J. Gomes CANOTILHO<sup>177</sup> e Luís Roberto BARROSO<sup>178</sup> por norteadoras da exposição dos princípios, os quais funcionam como *pedra de toque e ponto de partida* para a interpretação da Constituição e da legislação que lhe sucede.

Diversos princípios constitucionais devem ser atendidos na interpretação das normas, tais como o princípio federativo, o princípio da independência dos poderes, o do Estado democrático de Direito, entre outros; entretanto, alguns estão mais intimamente ligados ao tema, tanto em relação à interpretação do próprio texto constitucional, quanto em relação à legislação infraconstitucional.

Para melhor compreensão do tema é necessário dividir, apenas para fins didáticos, os princípios constitucionais de interpretação (explícitos e implícitos) em dois grandes grupos: um relativo aos princípios que buscam interpretar a própria Constituição (princípios imanes); outro, aos princípios para a interpretação das normas infraconstitucionais (princípios refletoras).

Sejam os princípios que chamo de imanes, sejam os que chamo de princípios refletoras, não se pode perder de vista o dever de atendê-los.

### 5.2 NORMAS JURÍDICAS EM GERAL (PRINCÍPIOS REFLETORAS)

Denominou-se, em capítulo anterior, método hermenêutico clássico aquele fundado nas regras gerais de interpretação, permeadas e enriquecidas com princípios e regras inerentes ao Direito Constitucional.

<sup>177</sup> CANOTILHO, Direito constitucional.

<sup>178</sup> BARROSO, A interpretação e aplicação ...

O grande defensor da interpretação constitucional segundo o método tradicional é Forsthoff. Para o jurista tedesco uma “Constituição é sobretudo um sistema de artifícios técnico-jurídicos, com uma forma típica, que deve ser mantida com um certo conservadorismo interpretativo, para que se não dissolva a legalidade, isto é, na sua perspectiva, a segurança de um sistema baseado na liberdade individual, o Estado-de-Direito”.<sup>179</sup>

Utiliza-se a metodologia comum às normas gerais de direito, levando em conta pelo menos quatro idéias orientadoras do Direito Constitucional: a) superioridade hierárquica; b) natureza da linguagem; c) conteúdo específico; d) caráter político.<sup>180</sup>

A primeira noção — de superioridade hierárquica — é a essência do Direito Constitucional, configurando um princípio seu, porque é a partir de sua posição hierárquica superior que a Constituição irradia seu conteúdo e orientação interpretativa para as demais normas, por isso chamadas refletores.

Conforme lição de Eduardo Garcia de ENTERRIA<sup>181</sup>, a Constituição configura e ordena os Poderes do Estado por ela construídos, bem como estabelece os limites do exercício do poder e o âmbito da liberdade e dos direitos fundamentais. Também os objetivos positivos e as prestações que o Poder deve cumprir em benefício da comunidade. É um sistema preceptivo que emana do povo como titular da soberania.

Mas não é somente uma norma; é uma **norma superior**. Primeiro porque define um sistema de fontes formais de Direito, estabelecendo todos os elementos necessários para que sejam ditadas outras normas; segundo, porque tem pretensão de permanência, dando ensejo a um conceito de **rigidez**.<sup>182</sup>

<sup>179</sup> ANDRADE, p. 117.

<sup>180</sup> BARROSO, A interpretação e aplicação...

<sup>181</sup> ENTERRIA, E.G. de. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Coimbra: Civitas, 1991.

<sup>182</sup> Ibid.

A idéia de atribuir à Constituição um valor normativo superior, imune das leis ordinárias e determinante dos valores destas é, segundo o autor espanhol, a mais importante criação, junto com o sistema federativo do constitucionalismo norte-americano, permitindo o surgimento da noção do *judicial review*, desenhada na Constituição de 1787 mas enunciada pelo Supremo Tribunal em 1803, pelo Juiz Marshall, no célebre caso *Marbury v. Madison*, onde se assentou que “*the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature*”.

A segunda idéia orientadora, a da natureza da linguagem, revela duplo problema: primeiro, saber se as expressões devem ser tomadas em seu sentido vulgar ou técnico; depois, a natureza própria das normas constitucionais. As duas questões, em verdade, estão umbilicalmente ligadas, daí não prescindir uma da outra.

Quanto ao sentido, apesar das discussões sobre o tema, é necessário reconhecer que nem uma nem outra posição deve prevalecer. Se é certo que a interpretação constitucional deve guardar certos critérios técnicos, ao mesmo tempo que os termos ali consignados devem revelar seu conteúdo específico, na melhor e mais ampla acepção que a técnica jurídica pode permitir; não é menos certo que a Constituição é um documento político, destinado a organizar o Estado e reger os princípios regulativos da vida em sociedade. Desta sorte, as acepções técnicas e comuns devem coexistir, permitindo uma aberta compreensão do texto, sem que haja, *a priori*, a exclusão de algum sentido.

Interpretação da Constituição, como se vê, não é tarefa só do jurista, mas daquele que, sobre ser jurista, há de aliar também a essa qualidade o dote de uma visão mais larga, o descortino do cientista político, ou pelo menos dos que, o trato das leis, não são de todo hóspedes em história do direito, direito comparado, política e história política, matérias indispensáveis, que funcionam como excelentes meios auxiliares na interpretação das normas constitucionais.<sup>183</sup>

Quanto à natureza, as normas constitucionais geralmente possuem maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Isto, associado aos

<sup>183</sup> BONAVIDES, p. 380.

diferentes sentidos que as expressões ali contidas podem apresentar, implica uma maior abertura do texto constitucional, deixando aos intérpretes e aos aplicadores do direito uma grande margem de discricionariedade interpretativa (espaço de conformação, liberdade de conformação), na forma preconizada por CANOTILHO.<sup>184</sup>

O terceiro fundamento orientador é relativo ao conteúdo específico das normas constitucionais, porque algumas delas possuem conteúdo programático, ou seja, são disposições indicadoras de valores a serem preservados pelo Estado e de fins a serem por ele perseguidos. Têm por peculiaridade indicar princípios e direcionar a atividade estatal, sem que haja necessariamente direito subjetivo conferido aos cidadãos. Sua eficácia é mínima, fazendo nascer apenas direito subjetivo negativo de exigir do Poder Público a abstenção de praticar atos que contravenham aos seus ditames. São normas pouco densas, que necessitam de atividade estatal para lhes dar efetiva concretude e criar direito subjetivo.

Por fim, a quarta orientação refere-se ao caráter político da Constituição, decorrente de sua função própria de estruturar do Estado, orientar os seus fins, especificar os direitos fundamentais e determinar os princípios vigentes. “De fato, a Constituição resulta do poder constituinte originário, tido como *poder político fundamental*”,<sup>185</sup> sendo a tentativa de materialização do poder político em poder jurídico, à medida que expressa a vontade política da coletividade. Esta dimensão deve ser levada em conta no momento da interpretação de suas normas, comportando ampla atividade criativa das cortes investidas na função do controle, devendo considerar a dialética das forças políticas que resultaram na formatação do Estado, consoante ensinamento de Mauro CAPPELLETTI<sup>186</sup>.

<sup>184</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 216.

<sup>185</sup> BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 104.

<sup>186</sup> CAPPELLETTI, M. *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 114.

Algumas dessas noções orientadoras<sup>187</sup>, dada sua importância, se confundem com princípios constitucionais que orientam a interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais.

### 5.2.1 Supremacia da Constituição

A supremacia da Constituição é pressuposto de todo o Direito Constitucional moderno, e deve orientar fundamentalmente toda a interpretação do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Essa supremacia é tributária da idéia de superioridade do poder constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes. Traz a noção de superlegalidade formal e material: aquela identifica a Constituição como fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores; esta subordina o conteúdo de toda a atividade normativa à conformidade com os princípios e regras da Constituição. A contrariedade, seja formal ou material, deflagra o processo de controle da constitucionalidade.

Salienta BARROSO que o princípio da supremacia da Constituição, do ponto de vista lógico e cronológico, é o primeiro a ser levado em conta no processo intelectual da interpretação constitucional.<sup>188</sup>

Sua compreensão reflete imediatamente e, principalmente, na exegese da legislação infraconstitucional, podendo, conforme o caso, determinar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade — medida cautelar (ADIMC) n.º 293 /DF, em voto da lavra do Ministro

<sup>187</sup> Chamadas por Canotilho de “retoras”.

<sup>188</sup> BARROSO, *Interpretação...*, p. 160.

Celso de Mello, fundou sua decisão no princípio da supremacia da Constituição, *in verbis*:<sup>189</sup>

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA PROVISÓRIA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 62) - NATUREZA JURÍDICA - COMPETÊNCIA NORMATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - REEDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL - SEPARAÇÃO DE PODERES - SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL - NECESSIDADE DE SUA PRESERVAÇÃO - MEDIDA PROVISÓRIA N. 190/90 - DISSÍDIOS COLETIVOS - PRESIDENTE DO T.S.T. - POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE SENTENÇAS NORMATIVAS - REEDIÇÃO CARACTERIZADA DE MEDIDA PROVISÓRIA REJEITADA - LIMINAR CONCEDIDA.

- As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do poder executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei.

- Como a função legislativa ordinariamente pertence ao Congresso Nacional, que a exerce por direito próprio, com observância da estrita tipicidade constitucional que define a natureza das atividades estatais, torna-se imperioso assinalar — e advertir — que a utilização da medida provisória, por constituir exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder, subordina-se, em seu processo de conversão legislativa, a vontade soberana do Congresso Nacional.

- O que justifica a edição das medidas provisórias é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao poder executivo a adoção **imediate** de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio “periculum in mora” que certamente decorreria do atraso concretização da prestação legislativa.

- A plena submissão das medidas provisórias ao Congresso Nacional constitui exigência que decorre do princípio da separação de poderes. O conteúdo jurídico que elas veiculam somente adquirirá estabilidade normativa, a partir do momento em que — observada a disciplina ritual do procedimento de conversão em lei — houver pronunciamento favorável e aquiescente do único órgão constitucionalmente investido do poder ordinário de legislar, que é o Congresso Nacional.

- Essa manifestação do Poder Legislativo é necessária e insubstituível e é insuprimível. Por isso mesmo, as medidas provisórias, com a sua publicação no diário oficial, subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e

<sup>189</sup> ADIMC n.º 293 /DF, Rel. Min. Celso de Mello, publicação DJU em 16.04.93, p. 06429; e Ement STF v. 01699-01, p. 09. Além de seu interesse por fundar-se no princípio da supremacia da Constituição, esse julgamento revela indícios de preocupação do Tribunal Excelso com as medidas provisórias, até mesmo reafirmando a observância ao princípio da separação dos poderes e o caráter excepcional das medidas provisórias. É de lamentar, entretanto, que não tenha adentrado expressamente na questão do controle jurisdicional dos requisitos constitucionais para edição das medidas provisórias, mantendo-se na firme — e infeliz — orientação de que a apreciação de tais requisitos pertence exclusivamente ao campo político.

ganham, em conseqüência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se, no plano formal, da autoridade que as instituiu.

- A edição de medida provisória gera dois efeitos imediatos. O primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória — que possui vigência e eficácia **imediatas** — inova, em caráter inaugural, a ordem jurídica. O segundo efeito é de natureza ritual, eis que a publicação da medida provisória atua como verdadeira “provocatio ad agendum”, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei.

- A rejeição parlamentar de medida provisória — ou de seu projeto de conversão —, além de desconstituir-lhe “ex tunc” a eficácia jurídica, opera uma outra relevante conseqüência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase-legislativo, de natureza cautelar.

- Modificações secundárias de texto, que em nada afetam os aspectos essenciais e intrínsecos da medida provisória expressamente repudiada pelo Congresso Nacional, constituem expedientes incapazes de descaracterizar a identidade temática que existe entre o ato não convertido em lei e a nova medida provisória editada.

- O poder absoluto exercido pelo estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos **direitos e garantias individuais** ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional.

- Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se à censura jurídica — dos Tribunais, especialmente — porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade.

- A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste — enquanto for respeitada — constituirá a garantia mais efetiva de que os **direitos** e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar para que essa realidade não seja desfigurada.

Novamente serviu-se do princípio da supremacia da Constituição na ADIN 293-7, o relator o Min. Celso de Mello, ao reafirmar:

Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica — dos Tribunais — porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade.

A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao imperio dos fatos e das circunstâncias.

A supremacia de que ela se reveste — enquanto for respeitadas — constituirá a garantia efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.<sup>190</sup>

<sup>190</sup> Revista dos Tribunais n. 700, p. 221, 1994.

### 5.2.2 Presunção de Constitucionalidade das Leis

O intérprete deve tentar extrair validade das leis e dos atos normativos do Poder Público sempre que possível, só declarando sua inconstitucionalidade quando esta for flagrante e incontestável. A declaração de inconstitucionalidade sempre é medida excepcionalmente adotada, porque implica restrição ao exercício de atividade legítima de outro Poder. Isso é ainda mais explícito no controle direto da constitucionalidade.

Reforça a presunção de constitucionalidade das leis a regra insculpida no art. 103, § 3º, da Lei Maior, que determina a citação do Advogado-Geral da União nas ações de inconstitucionalidade, a fim de que defenda o ato ou o texto impugnado. Foi essa a posição manifestada pelo STF, por diversas vezes.<sup>191</sup>

BARROSO, referindo-se a voto do Ministro Celso Mello sobre a presunção *juris tantum* de constitucionalidade dos atos estatais, estabelece requisitos para concessão de provimento cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade: a) *fumus boni iuris*; *periculum in mora*; b) irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes do ato impugnado; c) necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão.

Em suma:

Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância pelo intérprete e aplicador do direito:

a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade;

b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carregavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.<sup>192</sup>

<sup>191</sup> ADIN 97/RO, Rel. Min. Moreira Alves; ADIMCA 1254, Rel. Min. Celso de Mello; ADIQU 72/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>192</sup> BARROSO, *Interpretação e aplicação...*, p. 165.

À toda evidência, como todo princípio de interpretação, não podem os termos supracitados ser tomados em sentido absoluto. A integração dos diversos princípios e métodos de interpretação por vezes leva ao reconhecimento da inconstitucionalidade, uma vez que o reconhecimento da constitucionalidade infringiria mais gravemente direito preponderante.

Por isso que, embora tratado em seção à parte, o princípio da proporcionalidade permeia a interpretação tanto dos dispositivos da própria Constituição quanto das normas infraconstitucionais. É o caso, por exemplo, de se utilizar a regra de colisão, apresentada por ALEXY, envolvendo a prevalência de um ou outro princípio, aplicado a caso concreto; ou, na apreciação de legislação infraconstitucional, ponderar se a declaração de inconstitucionalidade, diante da dúvida, terá ou não repercussão jurídica mais danosa que a declaração inversa.

### 5.2.3 Interpretação Conforme à Constituição

Consoante as lições de Eduardo Garcia de ENTERRIA,<sup>193</sup> o princípio da interpretação conforme é derivado lógico do caráter normativo e da supremacia constitucional.

Na interpretação da norma procura-se privilegiar — e preferir — a exegese que indique a sua constitucionalidade, em detrimento de eventual interpretação que venha a reconhecer sua inconstitucionalidade. Isso porque a anulação de uma lei é um fenômeno bastante grave, causador de problemas de diversas ordens em razão do vazio jurídico que se abre e da dificuldade e da natural falta de agilidade do Poder Legislativo em emanar nova ordem.

O princípio da interpretação, conforme se entrelaça com a da **presunção de constitucionalidade da lei** na medida, milita com o da presunção *juris tantum* da constitucionalidade das leis. Deve o intérprete buscar no texto significados que

<sup>193</sup> ENTERRIA, op. cit.

estejam em consonância com a Carta Constitucional. A interpretação conforme dirá como e em que sentido se interpreta determinada norma, em atendimento aos preceitos constitucionais.

Decompondo didaticamente o processo de interpretação, estabelece BARROSO que:

- a) é escolhida uma interpretação que mantenha harmonia com a Constituição;
- b) tal interpretação procura um sentido possível à norma, ainda que não seja o mais evidente;
- c) procede-se à exclusão de outras interpretações possíveis, que redundariam na inconstitucionalidade;
- d) é verdadeiro processo de controle da constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima determinada leitura da regra que contrarie a Lei Maior (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto).

Para CANOTILHO,

este princípio é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido unívoco dentre os vários significados da norma: Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissémicas ou plurissignificativas, deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição.<sup>194</sup>

Dessa formulação decorrem e se relacionam os seguintes princípios: a) prevalência da Constituição; b) conservação das normas; c) exclusão da interpretação conforme a Constituição mas *contra legem*<sup>195</sup>, as quais devem ser compreendidos articuladamente com as demais formas de interpretação da Constituição para o fim de, havendo espaço de interpretação, rejeitar aquela que conflita com o texto constitucional.

<sup>194</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 231.

<sup>195</sup> *Ibid.*

ENTERRIA<sup>196</sup> aponta algumas conseqüências do princípio da interpretação conforme, que podem ser sintetizados:

- a) a Constituição é a base de todas as leis e de cada uma delas, as quais devem ser contextualizadas na Carta para sua interpretação e aplicação;
- b) o caráter normativo impõe não apenas sua prevalência na interpretação, mas também a chamada interpretação integrativa;
- c) a interpretação conforme à Constituição de toda e qualquer norma do ordenamento tem uma correlação lógica na proibição de qualquer construção interpretativa ou dogmática que resulte, direta ou indiretamente, contraditória com valores constitucionais;
- d) as normas constitucionais são **normas dominantes** sobre todas as concreções do sentido;
- e) a interpretação em consonância permite manter a validade da norma, bem como, quando declarada pelo Tribunal Constitucional, acarreta sentença interpretativa com efeito *erga omnes*.

Discorrendo sobre a interpretação conforme, leciona Celso Ribeiro BASTOS que se trata de técnica de interpretação que procura, substancialmente, privilegiar e respeitar a opção do legislador, buscando uma forma de compreensão da norma que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja obtida segundo o texto literal do comando interpretado.

Segundo BASTOS, o alargamento do sentido do texto se dará depois que o intérprete

esgotar todas as interpretações convencionais possíveis e não encontrando uma interpretação constitucional da mesma, mas também não contendo a norma interpretada nenhuma violência à Constituição Federal, vai verificar-se se é possível pelo influxo da norma constitucional levar-se a efeito algum alargamento ou restrição da norma que a compatibilize com a Carta Maior. Todavia, tal

<sup>196</sup> ENTERRIA, p. 102.

alargamento ou restrição da lei não deve ser revestida de uma afronta à literalidade da norma ou à vontade do legislador. Pode-se dizer que graças à sua flexibilidade, o princípio da interpretação conforme à Constituição permite uma renúncia ao formalismo jurídico e às interpretações convencionais em nome da idéia de justiça material e da segurança jurídica, elementos tão necessários para um Estado democrático de direito.

A interpretação conforme à Constituição é mais do que uma técnica de salvamento da lei ou do ato normativo, pois ela consiste em uma técnica de decisão. Ela não é necessariamente unívoca, pois permite várias interpretações conformes à Constituição, que podem até mesmo contradizerem-se entre elas. O princípio da interpretação conforme à Constituição, cumpre dizer, tem sido interpretado no sentido de favor “legis”, no plano do direito interno, e de favor “conventionis”, no plano do direito internacional. Ele tem como seus objetivos precípuos excluir as demais interpretações existentes e suprir possível lacuna da lei.<sup>197</sup>

Fala-se, na interpretação conforme, em declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, quando a constitucionalidade da norma depender de sua interpretação segundo apenas uma determinada orientação.

Posição essa compartilhada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que, por ocasião do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 1344, em que foi relator o Ministro Moreira Alves, manifestou:

Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme à Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente.

Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar “para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal”, técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade “sem redução do texto” em decorrência de este permitir interpretação conforme à Constituição.

<sup>197</sup> BASTOS, C.R. *As modernas formas de interpretação constitucional*. Disponível em: <<http://www.ibdc.com.br/interprcta.htm>> Acesso em: mar. 2001.

#### 5.2.4 Da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Diz-se respeitado o princípio da proporcionalidade quando “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental”<sup>198</sup>.

Essa matéria ganhou corpo, no Brasil, a partir do Direito Administrativo, quando se passou a analisar o ato legislativo segundo a doutrina do desvio de poder. O fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade pode ser extraído, segundo parte da doutrina — que segue a linha do Direito alemão —, implicitamente do texto constitucional, como um princípio não-escrito inerente ao Estado de Direito. Outra parte da doutrina nacional — com inspiração no direito norte-americano —, decorre da cláusula do devido processo legal substantivo.

Ao sustentar terem os princípios implícitos eficácia normativa tanto quanto os expressos, COMPARATO<sup>199</sup> lembra que o próprio princípio do controle judicial da constitucionalidade das leis, “pedra angular do sistema constitucional norte-americano”, não está expresso na Constituição desse País, tendo sido declarado pela Corte Suprema no célebre caso *Marbury x Madison*.

Dada nossa tradição romano-germânica no trato e desenvolvimento da ciência do Direito, é adequada a exposição do tema segundo a tradição européia. Depois de largas discussões, consolidou-se na jurisprudência e doutrina alemãs que o princípio da proporcionalidade se compõe de três subprincípios: a) *da adequação*; b) *da indispensabilidade*; c) *da proporcionalidade em sentido estrito*.

<sup>198</sup> Arcsto da Corte Constitucional de Karlsruhe, citado por BONAVIDES, p. 330.

<sup>199</sup> COMPARATO, F.K. Eficácia constitucional. *Revista de Direito Público*, a. 24, n. 98, p. 46-47, abr./jun. 1991.

**PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO.** Exige adequação da relação meio-fim em que toda limitação de um direito fundamental se estrutura. Não basta apelar a um determinado bem ou a direito constitucionalmente protegido, no caso dos limites imanescentes, ou a um determinado interesse público, se se trata de autêntico limite de um direito reconhecido sob reserva de limitação. Está estruturado segundo uma relação de meio-fim. Deve-se constatar a existência de um fim constitucionalmente previsto que justifique a restrição do direito, porque a partir daí entra em jogo o critério da proporcionalidade.

O que primeiramente se reclama é verificar se o meio é apto para a consecução do fim perseguido. Do contrário, deve-se estimar que o limite não é adequado, útil ou necessário, podendo ser declarada a sua inconstitucionalidade. No STC 55/1996, o Tribunal espanhol culminou por enunciar o juízo de adequação como a idoneidade da medida para alcançar o fim proposto, conforme lição de Medina GUERRERO.<sup>200</sup>

Na ADIN 1407-2/DF, vinculou o Tribunal Excelso o princípio da proporcionalidade à cláusula do *substantive due process of law*, desenvolvida pelo direito norte-americano, assinalando que “o princípio da proporcionalidade — que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula garantia do *substantive due process of law* — acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais”. Reconheceu, assim, a vigência dentre nós do subprincípio da adequação.

**PRINCÍPIO DA INDISPENSABILIDADE.** Preconiza este princípio que, sempre que houver alternativas que garantam de modo satisfatório o objeto que justifica o limite, devem ser rechaçadas todas aquelas que resultem mais gravosas para o direito objeto da limitação. O meio será indispensável sempre que o legislador não possa

<sup>200</sup> GUERRERO, p. 128-129.

eleger outra medida limitadora igualmente efetiva e menos gravosa para o direito fundamental afetado.

**O sacrifício do bem ou direito constitucionalmente protegido deve ser indispensável e o menor possível para que seja legítimo.** As restrições dos direitos serão proporcionais quando, por indispensáveis, haja de serem inevitavelmente preferidas a outras que poderiam supor, para a esfera da liberdade protegida, um sacrifício menor. Ou, conforme a precisão do STC 66/1995, o meio menos oneroso há de ter igual eficácia que o limite debatido, pois, do contrário, não se poderia chegar à conclusão de que este não é indispensável.<sup>201</sup>

Esse foi o entendimento plasmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 17.161/SP, sobre a devolução de quotas de consórcio ao participante desistente: “Mostra-se consentâneo com o arcabouço normativo constitucional, ante os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, decisão no sentido de, ao término do grupo, do fechamento respectivo, o consorciado desistente substituído vir a receber as cotas satisfeitas devidamente corrigidas. Descabe evocar cláusula de contrato de adesão firmado consoante a qual a devolução far-se-á pelo valor nominal.”<sup>202</sup> E isso se dá exatamente porque o sacrifício do consorciado desistente era inexigível.

Igualmente no julgamento da ADIMC 855/PR, entendeu o STF que a lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menos, violava o princípio em comento, porque o ônus imposto ao fornecedor era grande, enquanto o sacrifício do consumidor era mínimo e exigível.

Na relação meio-fim, o juízo de indispensabilidade concentra-se nos meios. Só, portanto, selecionados e confrontados entre si todos os meios aptos e igualmente eficazes para a consecução do fim perseguido pela restrição, é que se está em

<sup>201</sup> GUERRERO, p. 130.

<sup>202</sup> Acórdão publicado no DJU em 14.05.99, p. 19.

condições de declarar se o limite concreto objeto de controle é constitucionalmente lícito por não existir outra restrição menos gravosa.<sup>203</sup>

Foi assim que procedeu o STF nos autos de Habeas Corpus n.º 76.060-4/SC, impetrado em favor de paciente que tinha em seu favor a presunção de paternidade de filho havido na constância do casamento. Terceira pessoa ajuizou ação de reconhecimento de paternidade, tendo sido determinada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina a realização compulsória do exame de DNA. Em voto da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, entendeu-se que a questão

não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretende constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular. É de se sublinhar que efetivamente se cuidaria de simples prova de reforço de um fato que, de outro modo, se pode comprovar(...) Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão de sua paternidade, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (é expressivo, aliás, que os autos já contenham laudo particular de análise do DNA do autor, do menor e de sua mãe).

Em suma, entendeu a Corte Maior que a ordem emanada do TJSC violava o princípio da proporcionalidade, na forma de seu subprincípio de indispensabilidade da medida.

**PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO.** Os meios eleitos devem manter-se numa relação de razoabilidade com o resultado perseguido, ou seja, somente deve ser adotada a restrição no limite adequado e indispensável ao benefício que o resultado gera para a coletividade. Em suma, deve haver uma valoração e uma ponderação recíproca de todos os bens involucrados, tanto os que justificam o limite como os que são afetados por eles, os quais exigem sejam consideradas todas as circunstâncias relevantes do caso.

<sup>203</sup> GUERRERO, p. 131.

No princípio da adequação, o que se verifica é se o fim visado pela norma restritiva de direito conta com cobertura constitucional; no da indispensabilidade são analisados os diversos meios possíveis, optando-se pelos menos gravosos.

No da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se tender a um equilíbrio entre as vantagens e os prejuízos que inevitavelmente resultam quando se limita um direito com o objetivo de proteger outro direito ou bem constitucionalmente protegido. Procede-se a uma valoração dos interesses em jogo, tomando-se em consideração todas as circunstâncias relevantes ao caso concreto. Esse princípio guarda estreita relação com a ponderação que se realiza nos casos de colisão de direitos, ponderação na qual ele é parte integrante.

Em fim, na STC 66/1995, considerou-se que a restrição é proporcional, em sentido estrito, se é ponderada ou equilibrada por se derivarem dela mais benefícios ou vantagens para o interesse geral que prejuízos sobre outros bens ou valores em conflito.<sup>204</sup>

É necessário referir que, muito embora o princípio da proporcionalidade tenha sido tratado como princípio constitucional de interpretação das normas infraconstitucionais (chamadas aqui de princípios refletores, porque se irradiam para todo o ordenamento jurídico), também deve ser havido como princípio de interpretação das próprias normas constitucionais (chamadas aqui de princípio imanente, porque relativo à própria Constituição). Como adiante assinalado, na teoria estrutural de Robert ALEXY funciona o princípio da proporcionalidade, com seus subprincípios, como verdadeira regra de ouro para a solução do conflito de princípios, através do juízo de ponderação.<sup>205</sup>

<sup>204</sup> GUERRERO, p. 136.

<sup>205</sup> Nos autos de RHC n.º 7216/SP, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se do princípio da proporcionalidade para solução da colisão aparente entre direitos fundamentais, ao estabelecer que não configura prova ilícita a gravação telefônica feita por um dos interlocutores.

### 5.3 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS (PRINCÍPIOS IMANENTES)

Dada sua especificidade, defende a grande maioria dos doutrinadores que a Constituição requer método próprio para interpretação de suas normas, sem embargo da utilização da metodologia clássica. Chamamos de princípios imanentes, porque dizem respeito especialmente à interpretação das próprias normas da Constituição, ao passo que os princípios refletores dizem mais de perto à interpretação das normas infraconstitucionais.

A metodologia clássica dá conta de uma interpretação tradicional, quase sempre retrospectiva, filiando-se a métodos interpretativos gerais, já tratados no item 3.2., adicionada de cuidados para atender às balizas constitucionais enumeradas no capítulo anterior. É criticada em face de seu pequeno compromisso com a realidade social, na medida que vê o direito dissociado do caso concreto; também é criticada em face da falta de compromisso com o direcionamento da atividade estatal. Entretanto, dá o embate inicial na exegese constitucional, ainda que, ulteriormente, possa vir a ser rechaçada por completo.

Apesar de pouco comprometida com o Direito Constitucional, deve igualmente interagir com os outros métodos de hermenêutica para o alcançar o sentido da norma. Esse sentido é sempre relativo, porquanto vinculado a determinado momento histórico, à realidade em que está inserido, à ideologia do intérprete, entre outros valores condicionantes da interpretação.

Exemplo pontual disso é o relato de PERELMAN quanto à validade da edição de leis pelo rei da Bélgica, independentemente de intervenção legislativa, quando da ocupação de seu país pela Alemanha, na Primeira Guerra Mundial, dada a impossibilidade de reunião do Poder Legislativo. Chamada a discutir a questão, a Corte Cassação houve por bem validar os atos, sob o argumento de que “em aplicação dos princípios constitucionais, o Rei, que durante a guerra se tornara como único órgão do poder legislativo, que havia conservado sua liberdade de ação, adotou

disposições com força de lei que demandavam imperiosamente a defesa do território e dos interesses vitais da nação”, porque a soberania belga não esteve suspensa, havendo necessidade de um governo nacional, exercer seus poderes, inclusive o legislativo, que se achava impedido de atuar em consequência de ocupação do país.<sup>206</sup>

A chamada *interpretação principiológica* não pode ser considerada verdadeiro método de interpretação, mas de diretrizes e de orientações visando o respeito aos princípios constitucionais fundadores da ordem jurídica instituída pela Carta, porque estes “consustanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos”<sup>207</sup>.

### 5.3.1 Princípio da Unidade

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ponto de orientação, guia de discussão e factor hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar 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). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.<sup>208</sup>

O princípio da unidade também reflete sobre o restante do ordenamento jurídico, uma vez que implica um *sistema de elementos coordenados*, do qual a Constituição é o elo de ligação e a origem comum de todas as normas.

<sup>206</sup> PERELMAN, C. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Tradução: Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1979. p. 105-108.

<sup>207</sup> BARROSO, *Interpretação e aplicação...*, p. 143.

<sup>208</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 226-227.

Tanto no âmbito da própria Constituição quanto no da legislação infraconstitucional existem pontos de tensão entre as diversas regras, decorrentes da aparente possibilidade de uma mesma situação estar sujeita à incidência de normas contrastantes.

Entretanto o direito não tolera antinomias. Quando o problema não pode ser resolvido pelas regras da hierarquia das leis ou pelo critério da especialização, só resta ao intérprete buscar conciliação possível entre proposições aparentemente antagônicas, cuidando, todavia, de jamais anular integralmente uma em favor de outra.

O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões — reais ou imaginárias — que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou “otimização” das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas. Também aqui, a simplicidade da teoria não reduz as dificuldades práticas surgidas na busca do equilíbrio desejado e na eleição de critérios que possam promovê-lo.<sup>209</sup>

Para a solução do problema, boa parte da doutrina tradicional tem apresentado o critério da *ponderação de bens ou valores*, ao mesmo tempo que rejeita a idéia de ascendência predeterminada e rígida de outros valores, como a proposição do *in dubio pro libertate*, ou mesmo da preponderância dos valores constitucionais protegidos pelas cláusulas pétreas.

Para Vieira de ANDRADE<sup>210</sup>, a dignidade da pessoa humana é a base dos direitos fundamentais e da unidade material da Constituição, servindo como elemento essencial na interpretação desta.

Intimamente ligado a este princípio da unidade constitucional está o **princípio do efeito integrador**, consistente na resolução dos problemas jurídico-constitucionais segundo critérios que favoreçam a integração política e social, os valores eleitos pelo próprio constituinte e o respeito ao Estado democrático de Direito.

<sup>209</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 185.

<sup>210</sup> ANDRADE, p. 236.

### 5.3.2 Princípio da Concordância Prática

Esse princípio, também chamado de “princípio da harmonização”, estabelece que as normas constitucionais não apresentam conflito real, mas somente aparente, devendo haver interpretação harmônica entre elas.

Não há preponderância entre as normas constitucionais, muito menos falar em inconstitucionalidade de normas constitucionais. Tendo a mesma hierarquia, devem as regras e princípios coexistir harmonicamente, cabendo ao intérprete envidar todos os esforços para a compatibilização dos direitos.

Nem sequer os dispositivos constitucionais gravados com a cláusula pétreia prevalecem sobre os demais. Enquanto vigentes, todas as normas constitucionais dispõem do mesmo *status*, motivo pelo qual umas não podem ser consideradas preferenciais ou superiores a outras.

Este princípio importa ponderação entre os valores que estão em colisão, podendo eventualmente um prevalecer sobre outro, mas jamais ser totalmente sacrificado.

Como se observa, está este princípio intimamente ligado ao da unidade da Constituição.

### 5.3.3 Princípio da Força Normativa

Como acontece com todas as normas jurídicas, ainda que resguardadas suas diferenças ontológicas, também as normas constitucionais possuem força normativa, vinculando diretamente a todos que se encontrem sob determinada situação. São capazes, portanto, de conferir direitos e deveres imediatos, independentemente da *interpositio legislatoris*.

É esse o ensinamento de Clèmerson M. CLÈVE: “A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positivamente ou negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador”<sup>211</sup>.

<sup>211</sup> CLÈVE, A teoria constitucional..., p. 47.

A Constituição não é um documento destinado a reger a totalidade das relações jurídicas existentes em determinada sociedade, mas a estabelecer *aberturas* que lhe permitam constante atualização no tempo e na realidade em que está inserida. Assim, fatalmente necessitará de legislação que lhe dê força e complemento, descendo a minúcias que não cabem ao constituinte estabelecer.

No entanto, como esclarece CANOTILHO, “quando existe uma norma jurídico-constitucional, ela não pode ser postergada quaisquer que sejam os pretextos invocados. Assim, o princípio da constitucionalidade postulará a *força normativa da Constituição* contra a dissolução político-jurídica eventualmente resultante...”<sup>212</sup>.

Além de ser um princípio de interpretação, a adoção da concepção normativa da Constituição impõe uma postura do intérprete frente ao Texto Constitucional.

Konrad HESSE, em aula inaugural da Universidade de Freiburg, na República Federal da Alemanha, em 1959, preocupou-se sobremaneira com a questão da força normativa da Constituição, contrapondo-se às reflexões de Ferdinand LASSALLE<sup>213</sup>. Sustenta HESSE que a Constituição não pode ser tomada exclusivamente segundo os dados da realidade, tampouco pode prescindir deles. Devem os dados normativos e a realidade, ou melhor, a Constituição jurídica e a Constituição real, estar numa relação de coordenação. Os dados da realidade informam e formam a Constituição; os dados jurídicos procuram regular e condicionar – conformar, na expressão de HESSE<sup>214</sup> — a própria realidade.

A efetivação dessa coordenação expõe a força ativa da Constituição, que se realizará mais intensamente quando estiver presente na consciência geral “a vontade de Constituição”.

<sup>212</sup> CANOTILHO. *Direito constitucional*, p. 362.

<sup>213</sup> Ferdinand LASSALLE, em sua obra *O que é uma Constituição*, entende que a Constituição é despida de normatividade, compondo-se de objetivos e exortações sugeridas ao legislador e à administração, tratando-se mais de uma questão de representação dos fatores de poder que imperam na realidade social.

<sup>214</sup> HESSE, p. 24.

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.<sup>215</sup>

Ela — vontade de Constituição — é a própria essência da sua força normativa, e será tanto maior quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição. Perigosa para a sua força normativa a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Não é nos tempos tranqüilos que a normatividade da Constituição é submetida à sua prova de fogo, mas nos momentos difíceis é que se torna imperioso e necessário defender a força viva capaz de proteger o Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio<sup>216</sup>.

O problema, segundo ENTERRIA<sup>217</sup>, é reconhecer, ou não, na Constituição o caráter de norma jurídica e suas conseqüências. Se a pretensão é de uma carta

<sup>215</sup> HESSE, p. 25.

<sup>216</sup> As lições de HESSE, quanto à força normativa da Constituição, à sua coordenação com os dados da realidade e à necessidade de defesa da Carta, como prova de fogo nos tempos difíceis, calham para o atual momento da vida política e constitucional do País. Em quase treze anos, introduziram-se trinta e uma Emendas Constitucionais, além de tramitarem no Congresso Nacional diversos projetos de reforma, notadamente as chamadas reforma política, reforma tributária e reforma do Poder Judiciário. Falta, no Brasil, não apenas vontade de Constituição, mas vontade política de instaurar um programa que venha efetivamente a instituir um Estado social democrático de Direito. Se há mazelas decorrentes da Constituição, talvez fosse o caso de modificações cirúrgicas na Carta. Outras alterações talvez prescindissem de reformas, bastando apenas uma nova compreensão do texto segundo os novos dados da realidade que se apresentam. Entretanto, é muito mais fácil escrever reformas em papéis, ainda que se trate de leis, do que promover mudanças estruturais que efetivamente venham a — tentar, ao menos — atingir os objetivos constitucionalmente visados pelo Estado (art. 3º da Constituição Federal). “O observador crítico não poderá negar a impressão de que nem sempre predomina, nos dias atuais, a tendência de sacrificar interesses particulares com vistas à preservação de um postulado constitucional; a tendência parece encaminhar-se para o malbaratamento no varejo do capital que existe no fortalecimento do respeito à Constituição. Evidentemente, essa tendência afigura-se tanto mais perigosa se se considera que a Lei Fundamental não está plenamente consolidada na consciência geral, contando apenas com um apoio condicional”, conforme as palavras de HESSE, inteiramente aplicáveis à realidade nacional (op. cit., p. 29).

<sup>217</sup> ENTERRIA, p. 175.

meramente programática, adaptada segundo a vontade dos grupos políticos, configurando mero compromisso ocasional, então não se lhe confere caráter normativo. Mas se a Constituição é dotada de caráter normativo, ela passa a presidir o processo político e a vida coletiva da comunidade, definindo os limites do poder e a relação deste com os cidadãos. Cabe a ela garantir a atuação positiva do Estado para promover a liberdade efetiva e a igualdade dos cidadãos<sup>218</sup>.

#### 5.3.4 Princípio da Máxima Efetividade

Os atos jurídicos comportam análise segundo sua existência, validade e eficácia. Essa última, que interessa sobremaneira ao tema, consiste na aptidão para produzir os efeitos desejados. Não se insere no seu âmbito verificar se tais efeitos realmente se produzem. É nesse plano da realidade que se vai encontrar a **efetividade** ou **eficácia social** da norma.<sup>219</sup>

Segundo ENTERRIA, efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o **dever-ser** normativo e o **ser** da realidade social.<sup>220</sup>

A efetividade está ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição e ao reconhecimento de sua força normativa. As normas constitucionais são dotadas de imperatividade e sua inobservância deve deflagrar os mecanismos próprios de

<sup>218</sup> Numa perspectiva sócio-político, tendo em vista as facilidades que os políticos (leia-se principalmente Poder Executivo) têm encontrado para modificar a Constituição segundo seu projeto pessoal de Estado, seria possível distinguir no texto brasileiro uma parte de conteúdo normativo (abrigado pela imutabilidade do art. 60 da Constituição) e outra parte de conteúdo quase que programático (porque modificada segundo o ideal político). Diga-se que esta perspectiva não decorre de uma interpretação do texto constitucional, que patenteia sua aplicação normativa.

Segundo uma exegese jurídico-constitucional, é indubitável o caráter normativo de todo o texto, sendo que alguns dispositivos possuem maior eficácia imediata e outros têm eficácia mínima.

<sup>219</sup> ENTERRIA, p. 219-220.

<sup>220</sup> Ibid.

cumprimento forçado. A efetividade é a realização concreta, no mundo dos fatos, dos comandos abstratos contidos na norma.

A questão da efetividade das normas constitucionais é das mais polêmicas e interessantes, e, segundo varie o entendimento do intérprete, será possível a extração de máxima eficácia dos preceitos constitucionais. E é exatamente esse objetivo que deverá perseguir. “É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).”<sup>221</sup>

Esta questão, como se verá, tem fundamental importância no desdobramento do presente trabalho quanto à efetividade do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

<sup>221</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 227.

## 6 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

### 6.1 DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS

#### 6.1.1 Existência, Validade e Eficácia

As incertezas terminológicas constituem a maior dificuldade para a compreensão das teorias e formulações jurídicas. A constante criação de novas expressões ou conceitos tem sido alvo de fáceis críticas pelos doutrinadores, porquanto geram confusão quanto ao sentido que lhe pretendeu emprestar seu criador. De outro lado, o abandono das formas tradicionais talvez seja o caminho mais seguro para o jurista tornar-se imune às críticas e facilitar a compreensão, porquanto o conteúdo da nova expressão está por se constituir.

Algumas expressões devem ter seus contornos delimitados, de modo a evitar confusões, ainda que se tratem de termo já assentados na doutrina pátria. É o caso de *existência*, *validade* e *eficácia*, para que não venham a confundir-se com a aplicabilidade das normas.

*Existência*, aqui empregada no mesmo sentido de vigência das normas jurídicas de KELSEN<sup>222</sup>, é o modo pelo qual elas ingressam no mundo jurídico, decorrente de um processo legislativo válido e regular, desenvolvido em estrita obediência às regras constitucionais. No que se refere às normas constitucionais, sua existência pode decorrer do poder constituinte originário ou do poder constituinte derivado<sup>223</sup>.

<sup>222</sup> KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Batista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976. p. 11.

<sup>223</sup> O professor José Afonso da SILVA prefere a expressão *poder constituinte instituído* ou *constituído*, por entendê-la mais adequada e técnica, referindo que o termo 'derivado' seria mais adequado para tratar da competência (*competência constituinte derivada* ou *constituente de segundo GRAU*) (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 67). Opta-se aqui a denominação poder constituinte derivado porque assentada em nossa doutrina, sendo preferível a manutenção de determinadas expressões já reconhecidas tradicionalmente em detrimento de outras que dependem de no desenvolvimento e conhecimento no mundo jurídico, apesar de eventuais equívocos terminológicos.

A norma constitucional decorrente do poder constituinte derivado existirá com a sua promulgação, após o desenvolvimento de um processo de Emenda Constitucional segundo os ditames constitucionalmente previstos. A Constituição brasileira, no seu artigo 60, prevê o rito para sua emenda, estabelecendo os legitimados ativos para apresentação de proposta de emenda (art. 60, I a III, CF), discussão e promulgação. Também estão previstas hipóteses temporais (art. 60, § 1º, CF) e materiais (art. 60, § 2º, CF) de limitação do poder de emendar.

O poder constituinte originário, por sua vez, instala-se através de uma ruptura com o regime constitucional anterior. Seu estabelecimento se dá especialmente por duas vias: revolucionária ou instituição de uma Assembléia Nacional Constituinte convocada.

Essa ruptura com a ordem anterior garante ao poder constituinte a necessária liberdade para estabelecer normas relativas ao novo Estado que se pretende instituir. “A Constituição obriga os poderes constituídos, não obriga o poder constituinte; ela institui o governo, distribui a competência, separa os poderes, arma-os de prerrogativas, mas não constitui a nação nem o corpo político, sempre soberanos para modificá-la.”<sup>224</sup>

Por isso que os fundamentos de existência e validade das normas fixadas pelo Poder Constituinte Originário são diversos dos fundamentos das demais normas do sistema jurídico. Enquanto estas encontram suporte na Constituição, aquelas estão estribadas em uma norma pressuposta, chamada de “norma hipotética fundamental”. Desta forma, “em termos de Constituição originária, a validade é adquirida por derivação, como resultado da eficácia. Logo, a validade não precede, mas segue à eficácia. É consequência desta, porque, uma vez obedecida, a Constituição se ‘valida’ como forma expressional do direito. Donde se dizer, que a Lei Fundamental não é válida nem inválida, a rigor, mas simplesmente eficaz ou ineficaz”, na feliz expressão de Celso Ribeiro BASTOS e Carlos Ayres de BRITO<sup>225</sup>.

<sup>224</sup> BONAVIDES, p. 129.

<sup>225</sup> BASTOS, C.R.; BRITO, C.A. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 11.

*Regra válida* é aquela que, após cumprido o seu processo de formação legislativa, passa a vigor no ordenamento jurídico, estando em perfeita correspondência com as normas que lhe são hierarquicamente superiores, consoante lição de Regina Maria Macedo Nery FERRARI<sup>226</sup>: “o termo validade expressa algo diferente do que se referir com as expressões vigência, positividade e eficácia, já que válida é a norma que foi ditada em conformidade com outra norma, isto é, a norma que é concordante, não-contraditória com as demais que integram o sistema”.

No plano das normas constitucionais, a questão tem relevância frente ao poder constituinte derivado, que deve respeitar eventuais cláusulas de limitação ao poder de emendar a Constituição, sejam limitações formais sejam materiais, para que uma proposta de emenda constitucional possa, validamente, tornar-se uma emenda constitucional.

Quanto à legislação infraconstitucional, a validade apresenta diversos outros enfoques, tanto referentes ao fenômeno da recepção da legislação anteriormente vigente, quanto à constitucionalidade da legislação superveniente. Apesar de sua relevância, o tema refoge ao âmbito do presente trabalho<sup>227</sup>.

Historicamente, admitia-se que algumas das normas constitucionais fossem desprovidas de conteúdo normativo, razão pela qual desenvolveram-se largos estudos sobre a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais.

Sem embargo de estar assente na doutrina mundial o caráter normativo de todas as disposições constitucionais, o tema permanece relevante ante os diferentes graus de eficácia que elas podem gerar.

É importante anotar que existência e validade não se confundem. Enquanto a primeira está umbilicalmente ligada ao modo de ingresso da norma no ordenamento

<sup>226</sup> FERRARI, R.M.M.N. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

<sup>227</sup> Sobre o tema, veja-se, entre outros, Clèmerson Merlin CLÈVE (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995) e FERRARI (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*).

jurídico, segundo um rito de processo legislativo preestabelecido (aspecto formal), a segunda diz respeito a sua inserção no sistema jurídico segundo sua conformidade com as normas superiores (aspecto material).

Por isso que nem toda norma jurídica existente (vigente) é válida, podendo sua inconstitucionalidade (em se tratando de leis) ser declarada tanto pelo controle difuso (via de defesa) quanto concentrado da constitucionalidade (via de ação).

*Eficácia* deve ser entendida em seu duplo sentido, social e jurídico, conforme distinção traçada por José Afonso da SILVA<sup>228</sup>. *Eficácia social* consiste no reflexo real que a norma produz na sociedade, sendo obedecida e aplicada. *Eficácia jurídica* designa a qualidade de produzir, em menor ou maior grau, efeitos jurídicos, trazendo desde logo a possibilidade de ser executável e exigível<sup>229</sup>.

O sentido social da norma serve como elemento orientador para a hermenêutica. Porém interessa-nos sobremaneira a eficácia jurídica, que, para José Afonso da SILVA<sup>230</sup>, em última análise, se confunde com a aplicabilidade.

Diz-se que determinada norma é aplicável quando ela, por si só, tem capacidade para produzir efeitos jurídicos, ainda que em maior ou menor grau<sup>231</sup>. A eficácia jurídica pode não redundar numa eficácia social, porque a norma, independentemente de seu respeito e cumprimento no mundo social, ainda continuará existindo e valendo, “podendo, após longo período de ineficácia social, vir a ser efetivamente aplicada e observada”, na feliz observação de Regina FERRARI<sup>232</sup>.

<sup>228</sup> SILVA, J.A. da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 57-58.

<sup>229</sup> No mesmo sentido é o magistério de Michel TEMER, em *Elementos de Direito Constitucional* (10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 25).

<sup>230</sup> SILVA, J.A. da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 51.

<sup>231</sup> Antecipe-se aqui que toda norma constitucional tem capacidade jurídica para a produção de seus efeitos, ainda que sua eficácia seja mínima, dada sua força normativa.

<sup>232</sup> FERRARI, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 55.

### 6.1.2 Distinção entre Regras e Princípios

As normas constitucionais, na lição de Ronald DWORKIN<sup>233</sup>, dividem-se em regras e princípios. As regras determinam os comportamentos permitidos e os proibidos, ao passo que os princípios são *standard* de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Uma das principais distinções entre regras e princípios, aponta DWORKIN, é de ordem lógica, porquanto as regras se situam no campo da validade, ao passo que os princípios atuam na dimensão do peso ou da importância<sup>234</sup>.

Roque Antonio CARRAZZA assinala que o princípio é “um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua generalidade, ocupa posição de premência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”<sup>235</sup>.

Entretanto, a distinção entre regras e princípios nem sempre é simples e cômoda, razão pela qual alguns critérios são preconizados pela doutrina. José Joaquim Gomes CANOTILHO<sup>236</sup> adota os seguintes:

- a) *grau de abstração* - Os princípios são normas com elevado grau de abstração, enquanto as regras possuem maior concretude. Equivale dizer, as regras estão diretamente relacionadas a atos e fatos, ou seja, são editadas contemplando determinada situação jurídica. Os princípios, ao contrário, são abstratos e gerais, porque comportam uma série indefinida de aplicações, dependendo sua extensão e significado do contexto da realidade onde estão inseridos;

<sup>233</sup> DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Tradução: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 7576.

<sup>235</sup> CARRAZA, R.A. *Curso de direito constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 27.

<sup>236</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 166.

- b) *grau de determinabilidade* - As regras são suscetíveis de aplicação direta, enquanto os princípios, normalmente, carecem de mediação concretizadoras. É em decorrência da baixa determinabilidade dos princípios, leciona Robert ALEXY<sup>237</sup>, que estes são razões *prima facie*, enquanto as regras constituem razões definitivas, equivale dizer, “quando uma regra é uma razão para um juízo concreto de dever ser que tenha de pronunciar, como é o caso quando aplicável e não permite nenhuma exceção, então é uma *razão definitiva...*”, já os princípios, como razões *prima facie* percorrem um caminho por meio de uma relação de preferência. “A determinação de relação de preferência é, de acordo com a lei de colisão, o estabelecimento de uma regra. Por ele, pode dizer-se que sempre que um princípio é, em última instância, uma razão básica para um juízo concreto de dever ser, este princípio é uma razão para uma regra que representa uma razão definitiva para este juízo concreto de dever ser. Os princípios mesmos não são nunca razões definitivas”;
- c) *caráter de fundamentalidade no sistema dos princípios* – Em razão de sua superior posição hierárquica ou importância estrutural dentro do sistema jurídico, os princípios permitem a abertura desse sistema para sua adequação às mutações da realidade e para a integração de novos comandos. Além disso, os princípios fundamentam a própria ordem constitucional, e neles todas as demais normas se assentam, ou, pelo menos, a eles devem obediência;
- d) “‘proximidade’ da *idéia de direito*: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (DWORKIN) ou na ‘idéia de direito’ (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”<sup>238</sup>;

<sup>237</sup> ALEXY, p. 103.

<sup>238</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 166.

- f) *natureza normogenética* - Os princípios são normas fundam e orientam o sistema, sendo encontráveis na sua base. Dão origem e são a razão das regras jurídicas, por isso sua função normogenética.

Qualitativamente, assevera o professor de Coimbra os princípios e as normas tem características próprias:

(1) - os princípios são normas jurídicas impositivas de uma **otimização**, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de DWORKIN: aplicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (ZAGREBELSKY); a convivência de regras é antinómica. Os princípios coexistem; as regras antinómicas excluem-se. (...) 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).<sup>239</sup>

Segundo Walter C. ROTHENBURG, “Numa visão simplificadora, enquanto os princípios podem ser cumpridos em distintos graus ou aplicados ‘pouco a pouco’, as regras, normalmente, incidem segundo ‘tudo ou nada’”.<sup>240</sup>

A ordem jurídica, inclusive e especialmente a constitucional, se apresenta como um entrelaçado de regras e princípios, com diferentes graus de concretude, que necessariamente devem ser analisados para a interpretação de seu próprio texto, bem como das leis que lhe regulamentam.

Esse aspecto tem significativa importância, porque dele decorre o reconhecimento da Constituição Federal como um sistema aberto de regras e princípios, que permite interpretação flexível e dinâmica de seu texto, na qual prevalecerá sempre os valores insertos na Carta (liberdade, democracia, dignidade da pessoa humana, direitos e garantias individuais, etc.), bem como aqueles valores socialmente aceitos em dado momento.

<sup>239</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 168-169.

<sup>240</sup> ROTHENBURG, W.C. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 39.

Dessa noção da Constituição Federal como um sistema aberto decorre o reconhecimento da existência e prevalência entre nós de princípios constitucionais não-escritos. *Prima facie*, parece extremamente difícil admitir que a Constituição Federal tenha adotado princípios que ela mesma não estabeleceu expressamente, contudo, a moderna doutrina constitucional já ultrapassou esta fase de perplexidade, advogando tal posição.

O reconhecimento de princípios constitucionais não positivados é inquestionável, afirma Eros GRAU<sup>241</sup>. Tratando extensamente do tema, e diferenciando princípios positivados e princípios gerais de Direito, assinala:

... os princípios gerais do Direito são, assim, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento — isto é, no interior dele — já se encontravam em estado de latência.

Não se trata, portanto, de princípios que o aplicador do Direito ou o intérprete possa resgatar fora do ordenamento, em uma ordem suprapositiva ou no Direito Natural. Insista-se: eles não são “descobertos” em um ideal de “Direito justo” ou uma “idéia de Direito”.

Trata-se, pelo contrário — e, neste passo desejo referir explicitamente os princípios “descobertos” no seio de uma Constituição — não de princípios declarados (porque anteriores a ela) pela Constituição, mas sim de princípios que, embora nela não expressamente enunciados, no seu bojo estão inseridos. É imperioso, aqui, enfrentarmos, sem temor, o ponto crítico nestes termos formulado por Feuerbach: “é necessário sair do positivo para tornar a entrar no positivo”.

Importa deixar bem vincado, assim, o fato que os princípios gerais de Direito aos quais estou a referir — a expressão tomada no segundo sentido indicado no item 44 — integram também, ao lado dos princípios jurídicos “positivados”, o Direito positivo.<sup>242</sup>

Essa preocupação com os princípios constitucionais não-escritos, na doutrina pátria, foi sentida a partir de Aliomar BALEEIRO, analisando a Carta Magna de 1967, como anotou Geraldo ATALIBA<sup>243</sup>:

<sup>241</sup> GRAU, A ordem econômica ..., p. 92.

<sup>242</sup> Ibid., p. 130-131.

<sup>243</sup> ATALIBA, G. Sistema constitucional tributário brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 2223.

...Aos princípios implícitos, pouca atenção se tem dado, salvo o da destinação pública dos recursos, que muito bem foi estudado por ALIOMAR BALEEIRO, na esteira de COOLEY. Foi, ao que sabemos, o eminente tributarista baiano, hoje ministro da nossa Suprema Corte, dos únicos escritores no Brasil a dedicar maior meditação — e até mesmo festejada monografia — à matéria dos princípios constitucionais tributários implícitos. Assim apresenta êle o tema: “É no próprio texto expresso da Constituição que, por vêzes, encontramos o prestígio atribuído ao que nela está implícito ou resulta da extensão e compreensão de suas disposições”. No art. 18, § 1º, por exemplo, refere-se às proibições e limitações implícitas. No art. 144, embora não use o vocábulo implícito, reforça “outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. Assim acontece também no campo do Direito Constitucional Tributário, que não se restringe às disposições específicas em matéria exclusivamente fiscal.

No atual texto constitucional brasileiro, a existência e prevalência desses princípios não-escritos também decorrem do regime e dos demais princípios constitucionais, cuja aplicação está assegurada pela regra do parágrafo 2º, do art. 5º, da Lei Maior: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Regime e princípios constitucionais que estão disseminados por todo o texto e, notadamente, no Preâmbulo de nossa Carta Política, onde, estabelecendo os compromissos assumidos pelo legislador constituinte, consigna:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Esse ideário, ainda que despido de grande concretude, deve servir de norte para a interpretação de todo o texto constitucional e das regras infraconstitucionais. Estreitamente ligada a sua concreção mínima está a eficácia de derrogar legislação anterior conflitante e impedir que legislação posterior incompatível com seus postulados venha a vigor. Impede, ainda, que sejam dadas às demais regras constitucionais e ao ordenamento jurídico infraconstitucional interpretação com ele conflitante.

Tratando das cartas constitucionais, assinala Walter Claudius ROTHENBURG:

... onde aparecer, o preâmbulo deve merecer prestígio em toda a sua capacidade normativa. Ele há de possuir a mesma força jurídica de quaisquer outros espaços normativos, identificada embora uma certa peculiaridade funcional — de revelação, de aglutinação e de inspiração — dos preâmbulos (Miranda 1988:209-10), já vista, e que em parte prende às características que os princípios apresentam. O problema mais grave estaria em admitir o preâmbulo como repositório de ilusões, *gulag* ou desterro de disposições não queridas mas estampadas apenas para fazer crer. Contra uma tal manobra diversionista, e também não se conseguindo um reconhecimento plenamente jurídico ao preâmbulo, melhor seria que ele pouco contivesse...<sup>244</sup>

Nesse contexto se insere, por exemplo, o princípio da proporcionalidade antes referido, que serve para salvaguardar os cidadãos da aplicação de qualquer lei injusta.

O conteúdo da lei deve concretizar a idéia de direito lançada na Constituição ou pelo menos não contrariá-la. Essa construção permite apontar a substancial inconstitucionalidade de qualquer lei injusta, ou seja, de qualquer lei que contrarie os “standards” de justiça plasmados normativamente no documento constitucional. A dogmática constitucional alternativa deve desenvolver essa construção para filtrar todo direito infraconstitucional, apontando inconstitucionalidades (não apenas formais, mas especialmente materiais), ou sugerindo novas leituras ajustadoras da legislação infraconstitucional à materialidade constitucional.<sup>245</sup>

## 6.2 TEORIAS DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

### 6.2.1 Normas Auto-Applicáveis e Não-Auto-Applicáveis

Tradicionalmente, com base na doutrina e na jurisprudência norte-americana encabeçada por Cooley, as normas constitucionais eram classificadas como auto-aplicáveis (*self-executing*) e não-auto-aplicáveis (*not self-executing*). Essa distinção foi incorporada ao pensamento jurídico nacional por Rui Barbosa.

<sup>244</sup> ROTHENBURG, p. 75-76.

<sup>245</sup> CLÈVE, A teoria constitucional e o direito alternativo ..., p. 49.

As primeiras, também chamadas de auto-executáveis ou bastantes em si, seriam “as determinações, para executar as quais, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação”<sup>246</sup>. As normas não-auto-executáveis são as que “não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem”<sup>247</sup>.

Essa classificação já não é aceita, porque todas as normas constitucionais — inclusive as não-auto-executáveis — produzem alguma eficácia, ainda que relativa e reduzida, ao passo que nem mesmo as normas auto-aplicáveis produzem todos os efeitos possíveis, sendo passíveis de novos desenvolvimentos e necessitando, no mínimo, de integração pelo intérprete. Entretanto, até mesmo em acórdãos recentes, o Supremo Tribunal Federal, nalguns julgados, continua a utilizar-se da divisão das normas constitucionais em auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis.<sup>248</sup>

### 6.2.2 Divisão Tricotômica de José Afonso da Silva

Partindo da premissa de que não há norma constitucional destituída de eficácia e fundado na evolução teórica do constitucionalismo italiano, José Afonso da SILVA desenvolveu sua classificação tripartite quanto a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais<sup>249</sup>:

<sup>246</sup> Rui BARBOSA, citado por José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade...*, p. 67.

<sup>247</sup> *Ibid.* Nesse sentido manifestou-se Pontes de MIRANDA, nos seus *Comentários à Constituição de 1967* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 126).

<sup>248</sup> Como, por exemplo, no RE 161.320 e no RE 195.315.

<sup>249</sup> SILVA, J.A. da, *Aplicabilidade...*, p. 78.

- a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- b) normas constitucionais de eficácia contida (ou contível) e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não-integral;
- c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, subdivididas em: a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; b) declaratórias de princípios programáticos.

As normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”<sup>250</sup>.

Segundo Paulo BONAVIDES — servindo-se da conceituação de Vezio Crisafulli, que chamou estas normas de imediatamente preceptivas — elas regulam diretamente regulam as relações entre cidadãos e entre o Estado e os cidadãos<sup>251</sup>.

Quanto às condições gerais de aplicabilidade, assevera:

As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis. As condições gerais, para essa aplicabilidade, são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.<sup>252</sup>

As normas constitucionais de eficácia contida “são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”<sup>253</sup>.

<sup>250</sup> SILVA, J.A. da, *Aplicabilidade...*, p. 94.

<sup>251</sup> BONAVIDES, p. 224.

<sup>252</sup> *Ibid.*

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 108.

São normas de aplicabilidade direta e imediata.

Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma norma posterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que posteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do poder público, para manter a ordem, a segurança pública, a segurança nacional, a integridade nacional, etc., na forma permitida pelo direito subjetivo).<sup>254</sup>

São ditas normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida — também denominadas por José Afonso da SILVA normas constitucionais de princípio — as que dependem de outras providências normativas para que possam surtir seus efeitos essenciais. Dividem-se em dois grupos a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; b) declaratórias de princípios programáticos.

As de princípio institutivo são “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”<sup>255</sup>. Podem ser impositivas ou facultativas. As primeiras determinam peremptoriamente ao legislador a emissão de uma legislação integradora<sup>256</sup>. As facultativas ficam à disposição do juízo discricionário do legislador para editar ou não comando infraconstitucional.

<sup>254</sup> BONAVIDES. O Supremo Tribunal Federal vem utilizando a classificação tricotômica de José Afonso da SILVA em diversos julgamentos. Interpretando os artigos 7º, XVII; 93 e 201, § 5º, ambos da Constituição Federal (RE 170.574/SP; ADIMC 189/RJ e AGRRE 159.688/SP, respectivamente) entendeu que estes dispositivos constitucionais têm eficácia plena e aplicação imediata, independentemente de intervenção do legislador para produzir todos os seus efeitos.

<sup>255</sup> SILVA, A.J. da, *Aplicabilidade...*, p. 119.

<sup>256</sup> Em *Aplicabilidade das normas constitucionais*, José Afonso da SILVA anota que “se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional, mas este é insindicável e incontrolável jurídica e jurisdicionalmente...”. Essa observação era inteiramente pertinente ao tempo da Constituição Federal de 1967, vigente quando da edição da obra. Agora, a omissão legislativa, nos casos de determinação constitucional peremptória, pode ensejar a propositura de mandado de injunção ou de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos termos dos arts. 5, LXXI e 103, § 2º, respectivamente, da Constituição Federal. Nesse sentido, veja Flávia C. PIOVESAN. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

Como condição geral, as normas de princípio institutivo são aplicáveis “independentemente da lei prevista, enquanto possam, o que se percebe pela configuração dos elementos autônomos que contenham. Mas sua completa aplicabilidade depende da promulgação de lei integrativa”<sup>257</sup>. Normas com tais atributos, para Paulo BONAVIDES, são chamadas de normas de eficácia diferida, constituindo — na classificação de Vezio Crisafulli — o terceiro gênero da classificação das normas constitucionais, quanto à sua eficácia, ao lado das programáticas e das preceptivas.<sup>258</sup>

As declaratórias de princípios programáticos são “aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”<sup>259</sup>.

A juridicidade deste tipo de norma foi por muito tempo questionada, mas, a partir de sucessivos estudos de Vezio Crisafulli passou-se a reconhecer seu caráter preceptivo, tal qual o das demais, apenas com sua eficácia reduzida. Dentre nós, Pontes de MIRANDA e Alfredo BUZAID<sup>260</sup> já reconheciam a juridicidade e eficácia das normas programáticas, asseverando o primeiro que “algo que era político partidário, programático, entrou no sistema jurídico, cerceando-se, com isso, a atividade dos legisladores futuros, que, no assunto programado, não podem ter outro programa”.

<sup>257</sup> SILVA, J.A. da, *Aplicabilidade...*, p. 128.

<sup>258</sup> BONAVIDES, *op. cit.*

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>260</sup> Citados por J.A. da SILVA, *Aplicabilidade...*, p. 140.

Ainda segundo José Afonso da SILVA, as normas programáticas têm função interpretativa, como suporte axiológico para a compreensão do sistema jurídico nacional, porquanto apontam os fins dos Estado e as exigências do bem comum. Citando Luis Recasens SICHES, refere o renomado constitucionalista paulista que “A interpretação jurídica resulta numa compreensão valorativa, num juízo de valor, que não se extrai do nada, mas, ao contrário, decorre da intuição das tendências sócio-culturais da comunidade, e fundamenta-se nos ‘cânones axiológicos que pertencem à ordem jurídica vigente’<sup>261</sup>.

Por fim, por suas condições gerais de aplicabilidade, as normas constitucionais de princípios programáticas têm eficácia limitada, dependendo de normatização pelo legislador para que possam surtir seus mais amplos efeitos. Entretanto, em alguns aspectos, sua eficácia jurídica é imediata, direta e vinculante, quando: a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam as legislações futuras; c) informam a concepção do Estado e da sociedade, estabelecendo seus fins, valores e os componentes do bem comum; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário.

Sobre esse tema da aplicabilidade das normas também discorreram Celso Ribeiro BASTOS e Carlos Ayres BRITO<sup>262</sup>, Paulo BONAVIDES<sup>263</sup> e Maria Helena DINIZ<sup>264</sup>, apresentando classificações próprias que, em última análise, são derivações da divisão tricotômica de José Afonso da SILVA.

Sem embargo dos méritos de outras classificações, adotou-se aqui a divisão tricotômica de José Afonso da SILVA, porque nos parece segura e razoável. Embora

<sup>261</sup> SILVA, J.A. da, *Aplicabilidade...*, p. 143.

<sup>262</sup> BASTOS; BRITTO, 1982.

<sup>263</sup> BONAVIDES, p. 218-227.

<sup>264</sup> DINIZ, M.H. *Norma constitucional e seus efeitos*. Saraiva: São Paulo, 1989.

sujeita a críticas<sup>265</sup>, a classificação do mestre paulista é a melhor porta de entrada para a superação da divisão dicotômica ainda hoje assente na jurisprudência pátria. O tempo de divulgação e a maturidade da proposição permitem que sirva de alavanca para superação do modelo tradicional. O uso de novos conceitos — muito próximos aos de José Afonso da SILVA — tem o demérito de criar novas dificuldades a uma classificação quem nem sequer chegou a firmar-se adequadamente no Supremo Tribunal Federal.

Os conceitos incorporados à doutrina nacional por José Afonso da SILVA sobre a eficácia das normas constitucionais ainda não foram suficientemente apreendidos pela jurisprudência, incluída a do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual se deve insistir e valorizar os mesmos, antes de se procurar criar novas denominações ou mesmo novas classificações. Exemplo do que se afirma está na ADIMC 1232/DF, quando o STF empregou equivocadamente o conceito de eficácia contida, ao assinalar: “A concessão de liminar, suspendendo a disposição legal impugnada, faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida [*sic!*], a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até julgamento final da ação”. É evidente o equivoco conceitual, uma vez que se atribui ao dispositivo constitucional invocado (art. 203, V, CF) os efeitos das normas de eficácia limitada, chamando-o de norma de eficácia contida.

Isto também ocorreu por ocasião do julgamento da limitação constitucional dos juro, prevista no art. 192, § 3º, da Constituição Federal, quando o Tribunal Excelso entendeu que a regra tinha eficácia limitada<sup>266</sup>, necessitando de intervenção legislativa para que pudesse produzir seus efeitos. Na leitura do comando constitucional resulta nítida sua natureza de norma de eficácia contida.

<sup>265</sup> Diversas críticas foram formuladas pela doutrina à classificação de J.A. da SILVA, dentre elas destacam-se as manifestadas por SARLET, op. cit.

<sup>266</sup> Como se colhe dos autos AGRRE 248.116, publicado no DJU em 28.04.2000, p. 91.

Estas críticas não visam desautorizar os julgamentos de nosso Tribunal Maior, mas demonstrar que, por vezes, os conceitos não foram adequadamente utilizados, motivando esta insistência na adoção da classificação formulada por José Afonso da SILVA, a fim de que tais conceitos se consolidem definitivamente, superando à divisão dicotômica.

Não é demasiado lembrar que o STF, em muitos dos casos, ainda trabalha com as noções de normas auto-aplicáveis e normas não-auto-aplicáveis.

### 6.2.3 Classificação das Normas Constitucionais quanto a Sua Possibilidade de Fruição, por Luís Roberto Barroso

Diversas são as classificações das normas constitucionais, adotadas pela doutrina pátria, quanto a sua possibilidade de fruição. Celso Antonio Bandeira de MELLO<sup>267</sup>, por exemplo, divide-as em a) normas concessivas de poderes jurídicos; b) normas concessivas de direitos; c) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.

Preocupado com o grau de fruição dos direitos constitucionais, Luís Roberto BARROSO<sup>268</sup> classificou as normas constitucionais em três grupos: a) normas constitucionais de organização; b) normas constitucionais definidoras de direitos; c) normas constitucionais programáticas.

Por sua própria natureza primeira, as normas constitucionais devem estabelecer a organização política do Estado, instituindo órgãos, definindo-lhes competências e determinando as formas e os processos de exercício do poder político.

<sup>267</sup> Bandeira de MELLO, op. cit.

<sup>268</sup> BARROSO, L.R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 89 usque 118.

Precedem necessariamente às demais normas, quer por, historicamente, serem as primeiras normas asseguradas na Constituição<sup>269</sup>, quer por disciplinarem a própria criação e aplicação das demais regras de conduta.

A generalidade das Constituições estabelece previsões de direitos fundamentais dos cidadãos. Tal requisito é hoje reconhecidamente tido como elemento indispensável para a configuração do Estado social de Direito<sup>270</sup>.

Tais direitos fundamentais, segundo BARROSO, podem classificar-se em direitos políticos, direitos individuais e direitos sociais, aos quais é possível acrescentar os direitos coletivos e difusos.

A idéia central em torno da qual gravita o tópico ora desenvolvido é a de *direito subjetivo*, entendido como o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse. A norma jurídica de conduta caracteriza-se por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade de exigir da outra determinado comportamento. Forma-se, desse modo, um vínculo, uma relação jurídica que estabelece um elo entre dois componentes: de um lado, o *direito subjetivo*, a possibilidade de exigir; de outro, o *dever jurídico*, a obrigação de cumprir. Quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo público.<sup>271</sup>

Essa noção de direito subjetivo público é que corresponde às normas constitucionais definidoras de direitos. Entretanto estas mesmas normas comportam tripla situação: a) geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; b) ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; c) contemplam interesses cuja realização depende de edição de norma infraconstitucional integradora.

<sup>269</sup> Até a Revolução Francesa, a Carta Política dos Estados era composta apenas por regras de organização. Após a revolução iluminista-racionalista é que os direitos fundamentais do homem passaram a incorporar-se nas Cartas, gozando de seu predicado de superioridade.

<sup>270</sup> Sobre o tema Estado social e democrático de Direito, veja-se obra de NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*.

<sup>271</sup> BARROSO, *O Direito constitucional...*, p. 101102.

As duas primeiras espécies traduzem-se em direito subjetivo imediato para o cidadão, ao passo que a terceira espécie fica dependente de normatização, sem embargo, porém, da sua eficácia mínima.

Paulo BONAVIDES, trazendo a lição do jurista italiano Vezio Crisafulli, conceitua norma programática propriamente dita como

aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como “programáticas” as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido ao seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.<sup>272</sup>

São normas que estabelecem fins sociais a serem alcançados pelo Estado e determinados programas a serem atendidos pelo Poder Público. Possuem pouca densidade normativa, porque apenas fixam fins a serem alcançados pelo Estado, sem indicar-lhe os mecanismos para tanto.

Porém, tal como ocorrem com todas as demais regras constitucionais, elas igualmente têm força normativa e eficácia pelo menos mínima.

Os efeitos das normas programáticas bipartem-se em *imediatos* e *diferidos*. Neste segundo grupo, em que a produção de resultados é transposta para um momento futuro, o controle exercitável sobre a efetivação da norma é frágil. Isto porque, dependendo a realização do comando constitucional de uma atividade estatal, a ser desenvolvida segundo critérios de conveniência e oportunidade, a discricionariedade de tal competência exclui a intervenção judicial para a sua concreção efetiva. Passa-se diferentemente quanto aos efeitos imediatos, cujo cumprimento é desde logo sindicável, como se passa a ver.<sup>273</sup>

<sup>272</sup> BONAVIDES, p. 221-222.

<sup>273</sup> BARROSO, *O direito constitucional ...*, p. 116-117.

Antes, porém, assinale-se que “o fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática”<sup>274</sup>.

### 6.3 DIREITOS A PRESTAÇÃO EM ALEXY E SUA FRUIÇÃO

Recorrendo-se às lições de Robert ALEXY, após distinguir as normas entre regras e princípios, defende a compreensão dos direitos fundamentais como um sistema de posições jurídicas que corresponderão a “direitos a algo” (ações positivas ou negativas), a “liberdades” e a “competências”. Essas categorias não são estanques, pois que determinado direito apresentar-se como direito a algo como liberdade ou como competência, de uma só vez ou simultaneamente, conforme o caso concreto que se tenha de resolver.

Dessas posições jurídicas interessam sobretudo os direitos a prestações (ações positivas), porquanto têm reflexo imediato nas diversas normas de direitos e garantias individuais postas no artigo 5º da Constituição Federal. Dada a abertura do texto constitucional e a forma de positivação das normas, alguns incisos, tomados literalmente tornam aparentemente impossível a fruição desses direitos.

Em relação às demais posições jurídicas (competência e liberdades), parece-nos tranqüila a questão da sua aplicação imediata, especialmente quando tomadas exclusivamente nessa perspectiva.

A Lei Fundamental de Bonn, diversamente da Constituição brasileira, foi módica quanto a estabelecer direitos a prestações positivas. Considerando as formulações constitucionais explícitas, então somente o direito da mãe à proteção e assistência por parte da comunidade pode ser tomado como direito subjetivo. Por isso sustenta ALEXY que uma interpretação dos direitos fundamentais da Lei Funda-

<sup>274</sup> BARROSO, *O direito constitucional...*, p. 118. Semelhante é o magistério de FERRARI (*Necessidade de regulamentação constitucional*, p. 70).

mental como direitos a prestações que intente enraizar no nível constitucional dos direitos subjetivos a prestações tem que adscrever tais normas a disposições que não expressam normas que conferem direitos subjetivos a prestações.<sup>275</sup> Noutras palavras, é necessário extrair de normas constitucionais que não configurem explicitamente direito subjetivos a prestações direitos fundamentais de tal natureza.

A adscrição de outras normas decorre do dever do poder público relativo à proteção à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, § 1º, frase 2,2 LF) e à cláusula do Estado social (arts. 20, 1 e 28,1,1, LF), além de outras disposições.

Discorrendo sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, aponta ALEXY para a evolução no reconhecimento de direitos às ações positivas. Primeiro, com a possibilidade de adscreverem-se normas jusfundamentais a prestações; depois reconhecendo o direito a um mínimo vital; por fim, a relativização da argumentação da reserva do possível, frente ao caso concreto.

Orienta-se o autor tedesco pela concepção ampla de direitos a prestação, que ultrapassa a noção de prestações fáticas e prestações normativas, porque: a) no mais das vezes, os chamados direitos sociais, que podem ser considerados como típicos direitos a prestações, são na verdade um leque de posições que apontam para as prestações fáticas e, para as prestações normativas; b) os direitos a ações positivas compartilham problemas que não pesam em absoluto ou não pesam com a mesma intensidade sobre as ações negativas. Os direitos a ações positivas impõem ao Estado a persecução de determinados fins, devendo saber-se se e em que medida é devida e justa tal imposição através de direitos subjetivos constitucionais dos cidadãos. É o

<sup>275</sup> ALEXY, p. 421. Estas duas posições de ALEXY, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, devem ser relativizadas, uma vez que nossa Carta Magna contempla expressamente diversos direitos fundamentais individuais e sociais, sendo prescindível, *prima facie*, adscrevê-los a outras normas de direitos fundamentais para exigir os direitos à prestação. No atual estágio de desenvolvimento do Brasil, se se lograsse êxito em conferir direito subjetivo imediato aos direitos individuais e sociais expressos na Constituição Federal, já se teria dado um grande passo na evolução de nossa sociedade. Ademais, o texto e gênese da nossa Carta estão mais ligados à aspiração de um Estado social de Direito que de um Estado exclusivamente liberal.

problema da distribuição de competências entre o Tribunal Constitucional Federal e o legislador.

Os direitos a prestações se classificam em: a) direitos a proteção; b) direitos a organização e procedimento; c) direitos a prestações em sentido estrito. Estes só são direitos fundamentais a prestação se forem subjetivos e constitucionais.

Sempre que existir uma relação de direito constitucional do tipo trivalente — entre um titular, o Estado e uma ação positiva jusfundamentada do Estado —, o titular do direito fundamental tem competência para impor judicialmente o direito. Isto vale em virtude do artigo 19, parágrafo 4, frase 1 da LF<sup>276</sup>, que trata da base do direito constitucional positivo<sup>277</sup>.

Toma ALEXY, como idéia orientadora para seu pensamento uma concepção formal dos direitos fundamentais que pode ser expressa pelo denominado **direito geral a prestação**.

Por direito a proteção haverá de entender-se o direito jusfundamentado do cidadão à proteção do Estado contra intervenções de terceiros.

Diversos são os bens a proteger — vida, saúde, dignidade, liberdade, família e propriedade, entre outros.

O direito a proteção deve ser considerado sob dois aspectos: a) a existência do direito de proteção; b) a estrutura e justiciabilidade dos direitos a proteção.

A questão da existência de um direito de proteção está intimamente ligada à existência de direitos subjetivos de proteção. Segundo ALEXY, diversos casos julgados pelo TCF mostram claramente que a jurisprudência, não obstante a tendência de conferir aos cidadãos somente direitos na sua dimensão objetiva, admite indicações subjetivas.

<sup>276</sup> “Artículo 19 4. Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Cuando no se haya establecido competencia alguna de índole especial, se dará recurso ordinario (der ordentliche Rechtsweg), sin que esto afecte a lo dispuesto en el artículo 10, parágrafo 2, segundo inciso.”

<sup>277</sup> ALEXY, p. 431.

Não há dúvida de que o Estado está obrigado a proteger o indivíduo contra o homicídio. A questão é saber se o indivíduo tem direito subjetivo constitucional e como há de fundamentar-se esse direito.

São possíveis duas construções dogmáticas:

- a) a primeira parte do dever estatal de proteger a dignidade da pessoa humana e do mandado de proteção aos direitos fundamentais subsequentes. Em que pese apoiar-se diretamente no texto constitucional, esta tese tem por inconveniente a excessiva ampliação do princípio da dignidade da pessoa humana, vindo constituir-se em fonte de quase tudo;
- b) a segunda construção utiliza o argumento da dignidade só marginalmente. Ela pressupõe que direitos fundamentais são algo mais que direitos de defesa contra intervenções do Estado. Assim, adscrevendo-se o princípio de proteção à vida do art. 2, 2, da Lei Fundamental, verifica-se que somente com a subjetivização se confere maior proteção ao bem que se procura garantir. Uma mera proibição objetiva de intervenção seria muito menos que um direito subjetivo de defesa com o mesmo conteúdo. Só a subjetivização dos direitos de proteção faz justiça ao sentido originário e permanente dos direitos fundamentais como direitos individuais, segundo o multicitado autor alemão.<sup>278</sup>

A justiciabilidade dos direitos está diretamente vinculada com estrutura e forma de positivação desse direito. A existência de ações negativas, por si só, já produz os efeitos decorrentes da proibição de condutas. As ações positivas, por estarem ordenadas, não implicam, por si só, necessariamente proteção ou promoção do dever. Assim, a proibição de matar implica *prima facie* a proibição de toda ação de matar; ao contrário, o mandado de salvar não implica o mandado de toda a ação de

<sup>278</sup> ALEXY, p. 440.

salvar. Tem o destinatário da norma um *campo de ação*, dentro do qual deve eleger a forma como deve exercer o mandato. *Campo de ação* é a palavra chave para a justiciabilidade dos direitos positivos.

A jurisprudência do TCF assinala que o Estado tem obrigação de proteger, mas a decisão acerca de como há de cumprir essa obrigação está, em primeira linha, em grande medida ou basicamente livre ao legislador. Isto significa, com respeito à vinculação do legislador, duas coisas: a) o Estado tem de empregar, pelo menos, um dos meios efetivos; b) se só há um meio efetivo, o Estado tem de utilizá-lo.

Os direitos a prestação em sentido estrito são direitos de receber do Estado a algo que o indivíduo poderia obter de particulares se possuísse meios financeiros suficientes e encontrasse no mercado uma oferta suficiente.

Referindo-se ao problema dos direitos a prestação e aos diversos argumentos contrários que podem ser erigidos contra sua outorga jurisdicional, inclusive quanto ao chamado princípio da reserva e da separação dos poderes, salienta ALEXY que a cada um correspondem as posições de prestações jurídicas como direitos fundamentais sociais que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que seu outorgamento ou não-outorgamento não pode cair livre à simples maioria parlamentar.<sup>279</sup> Este é o direito geral a prestação.

De acordo com essa fórmula, definir quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo tem definitivamente é uma questão da ponderação entre os princípios. De um lado, se encontra o princípio da liberdade fática. De outro lado, os princípios formais de competência de decisão do legislador democraticamente legitimado e o da divisão de poderes, como assim também princípios materiais que, sobretudo, se referem à liberdade jurídica de outros, porém também a outros direitos fundamentais sociais e bens coletivos.

<sup>279</sup> ALEXY, p. 494.

Com base nessa concepção, cujo detalhamento acerca dos direitos sociais definitivos é tarefa da dogmática, é possível verificar que uma posição de prestação jurídica está definitivamente garantida jusfundamentalmente se: a) a exigem muito urgentemente o princípio da liberdade fática; b) o princípio da divisão dos poderes e o da democracia (que inclui a competência pressuposta do parlamento); bem como se, c) princípios materiais opostos (especialmente aqueles que apontam a liberdade jurídica de outros) são afetados em medida relativamente reduzida através da garantia jusfundamental da posição de prestação jurídica e das decisões do Tribunal Constitucional que a tomam em conta.

Tais condições estão satisfeitas, desde logo, em relação aos direitos mínimos gerando desde logo direitos fundamentais a prestações positivas, em relação, por exemplo a *um mínimo vital*, como o direito a uma vivenda simples, à educação escolar, à formação profissional e a um nível *standard* mínimo de assistência médica.

O modelo de outorga de direitos fundamentais adscritos é um modelo de ponderação entre os diversos valores em jogo, sendo característica sua que o devido *prima facie* é mais que o definitivamente devido.

Esse caráter *prima facie* é corretamente expresso quando se diz que o direito pertence a seu titular *em si* e que é limitável. Percebe-se que o direito, enquanto direito *prima facie*, é vinculante e não tem, por exemplo, só um caráter programático quando se diz que ele não pode *depende em sua validade normativa do menor ou maior grau de suas possibilidade de realização*. Porém a propriedade de direito vinculante *prima facie* significa que a cláusula restritiva desse direito — *a reserva do possível no sentido que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade* — não tem como consequência a ineficácia do direito; esta cláusula expressa simplesmente a necessidade de ponderação desse direito.

De acordo com o modelo, o indivíduo tem um direito definitivo a prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais opostos tomados em seu conjunto. Este é o caso dos direitos mínimos. A este tipo de direitos mínimos definitivos se faz possivelmente referência quando

direitos a prestações públicas subjetivos e justiciáveis são contrapostos a um conteúdo objetivo excessivo. Frente a direitos definitivos que são o resultado de uma ponderação, os direitos *prima facie* que correspondem aos princípios para os quais o direito em si a ser admitido em um estúdio universitário é um exemplo, tem que sempre algo excessivo. O conceito de excessivo não está, pois ligado à dicotomia subjetivo/objetivo.<sup>280</sup>

Este modelo também corresponde ao nível objetivo, porque aos direitos *prima facie* correspondem deveres *prima facie* do Estado de procurar garantir que às liberdades jurídicas dos titulares de direitos fundamentais correspondam liberdades fáticas.

O problema dos limites de atuação do TCF deve ser entendido na transformação dos deveres *prima facie* em deveres definitivos, que se dará se, à luz de princípios opostos, o dever *prima facie* tenha sido satisfeito em medida suficiente.

A competência do Tribunal termina nos limites do definitivamente devido, porém, mais além de tais limites, os princípios contêm exigências normativas ao legislador.

#### 6.4 O PROBLEMA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS E DO DIREITO A ALGO

No fundo, a problemática da aplicabilidade das normas constitucionais reside num único ponto: a eficácia das normas programáticas e das normas relativas a direitos a prestação.

De fato, se a atuação do legislador em se tratando de norma de eficácia contida é a de restringir a amplitude eficaz normativa, no tocante às normas de eficácia limitada a tarefa é desenvolver a aplicabilidade reduzida da norma constitucional. Acrescente-se que as normas de eficácia contida não dependem da atuação do legislador para a produção de seus efeitos, ou seja, detêm aplicabilidade imediata, o que não se verifica com as normas constitucionais de eficácia limitada, que dependem necessariamente da atividade ulterior do legislador infraconstitucional para a produção integral de seus efeitos.<sup>281</sup>

<sup>280</sup> ALEXY, p. 500.

<sup>281</sup> PIOVESAN, p. 70.

Quanto às normas programáticas, apesar de alguns autores argumentarem que elas não conferem direitos subjetivos aos cidadãos, vem ocorrendo gradativa superação do tema, como leciona CANOTILHO, para quem

pode e deve falar-se da “morte” das normas constitucionais programáticas. Existem, é claro, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao do restante dos preceitos da Constituição.<sup>282</sup>

Nem poderia ser diferente, dado o reconhecido caráter normativo das disposições constitucionais. Sobre isso se expressa Luís Roberto BARROSO:

De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua não observância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais não são apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário jurídico.<sup>283</sup>

Assim, no âmbito das normas programáticas, inexistindo normatização ou regulamentação do comando legal pelo legislador infraconstitucional, insere-se essa omissão no campo da inconstitucionalidade, autorizando os prejudicados a desencadear os mecanismos processuais que lhes são postos à disposição.

Entretanto, mesmo na ausência de legislação ou de atividade administrativa que venha a colmatar o imperativo constitucional, é lícito ao intérprete procurar extrair o máximo de efetividade em seus comandos.

E isto se dá não apenas porque as normas da Constituição possuem atributo de imperatividade, mas porque, como ensina Jorge MIRANDA, “a cada norma cons-

<sup>282</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 183-184.

<sup>283</sup> BARROSO, *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas ...*, p. 72.

titucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição”<sup>284</sup>.

Usando-se das categorias de posições jurídicas de Robert ALEXY, é possível identificar problema idêntico, porquanto, no mais das vezes, a Constituição, estabelecendo direitos a prestações para os cidadãos, deixe esse preceito vazio de conteúdo ou, ainda, reporte-se à legislação que venha a ser editada num futuro incerto, como faz por exemplo o inciso L, do artigo 5º, da Constituição Federal, ao estabelecer que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”, ou, ainda que “são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito”, nos termos o inciso LXXVI, do referido artigo constitucional.

Se a ausência de normatização infraconstitucional é dado impeditivo de fruição dos demais direitos constitucionais, o mesmo não ocorre quanto aos direitos e garantias individuais, pois que existe expressa disposição legal, que determina a aplicação imediata de suas normas, o que torna impossível usar contra elas o argumento de seu conteúdo vazio.

A realização constitucional se dará, então, pela via da hermenêutica, iniciativa que deve partir dos intérpretes jurídicos da Carta, para depois influenciar os demais operadores do Direito (juízes, advogados, membros do Ministério Público etc.), finalizando por refletir na sociedade e nos Poderes Legislativo e Executivo.

<sup>284</sup> MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1991, t. 2. p. 260.

## 7 INTERPRETAÇÃO DO PARÁGRAFO PRIMEIRO DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

### 7.1 RETOMANDO O TEMA PROPOSTO

A abertura até aqui apresentada quanto aos diferentes métodos de interpretação da Constituição, além de representar um exercício para o reconhecimento das teorias e fórmulas, tem por finalidade precípua formar um arsenal teórico suficiente que justifique o tema inicialmente proposto.

A Constituição Federal, no artigo 5º, estabeleceu um catálogo extenso e enumerativo de direitos e garantias individuais dos cidadãos. Preocupados quanto à efetividade desses direitos catalogados, os constituintes estipularam, no parágrafo primeiro do referido dispositivo, norma determinando a **aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais**.

Há grande dissenso na doutrina quanto ao conteúdo do aludido preceito constitucional. Procurando atribuir-lhe um significado especial, após abandonar as duas opções que considerou extremadas, salienta Ingo Wolfgang SARLET,

... se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao artigo 5º, § 1º, da nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se – na esteira de García de ENTERRIA – que o art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora. Poderá afirmar-se, portanto, que – no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia,

dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a relevância na Constituição – já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais), governam a ordem constitucional.<sup>285</sup>

Com o devido respeito ao referido doutrinador – que na sua perspectiva procura extrair o máximo do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal – este *plus* que se busca conferir aos direitos fundamentais, na prática, significa nada ou muito pouco. É que a propalada “maior aplicabilidade imediata” é, salvo melhor juízo, e na medida das possibilidades que o próprio texto oferece, atributo de todas as normas constitucionais, como resultado do princípio da máxima efetividade e da força normativa da Constituição. Assim, tal dispositivo deve ter sentido próprio, que não pode ser esvaziado de seu conteúdo e muito menos ser identificado com os princípios constitucionais antes referidos. Não se pode pretender, com tal raciocínio meramente retórico, dizer apenas o óbvio, anulando todo e qualquer sentido próprio que possa ter a norma em discussão.

O usual exemplo de direito fundamental, fora do catálogo, cuja aplicabilidade imediata se impõe independentemente de interposição do legislador, relativo ao direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, CF) não necessita, para extração de sua máxima eficácia, da disposição do artigo 5º, § 1º, da Constituição. É que a própria forma de positivação da norma constitucional lhe dá o contorno, segundo a classificação de José Afonso da SILVA, de norma constitucional de eficácia contida, podendo produzir todos os seus efeitos, como se de aplicabilidade direta e eficácia plena fosse, apenas ressalvada a possibilidade de o legislador ordinário conter, restringir, delimitar seu alcance. Na ausência da intervenção legislativa, vale o direito plenamente.

Por isso é imprescindível que se busque outro sentido para a regra que determina aplicação imediata. Esta a tarefa que inicialmente se impôs.

<sup>285</sup> SARLET, p. 246-247.

Longe de pretender chegar a um resultado final, definitivo e de consenso, a pretensão maior foi a de apresentar um modelo novo de interpretação, uma vez que no atual estágio a discussão sobre o tema está desfocada.

## 7.2 NOVA EXEGESE

### 7.2.1 Interpretação Restritiva quanto ao Alcance

No que tange ao próprio enunciado da afirmação – de aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais — encontra-se um parágrafo do artigo 5º, que veicula direitos e garantias fundamentais. A eles também respeitam, no entanto, os direitos relativos à nacionalidade, os direitos políticos e aqueles atinentes à organização dos partidos políticos. Daí a indagação, que pode parecer despropositada, mas que ensejará, por certo, longos debates no torneio floreal que a discussão formal do direito instala: a aplicação imediata a que refere o § 1º do art. 5º, abrange apenas os direitos e garantias fundamentais enunciados nesse artigo 5º, ou a generalidade deles?<sup>286</sup>

Ainda que da leitura do parágrafo primeiro em comento possa parecer o contrário, entende-se que sua regra produz força normativa apenas em relação ao artigo quinto e seus incisos. Isso ocorre por dois motivos:

Primeiro, porque é de boa exegese entender que os parágrafos se referem tão-somente aos artigos aos quais estão vinculados, em respeito à posição topográfica dos dispositivos; segundo, porque uma interpretação extensiva resulta numa verdadeira negação de validade ao dispositivo constitucional.

<sup>286</sup> GRAU, E.R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 338. Por absoluta fidelidade e respeito ao autor, é imperioso registrar que a resposta que traz para a indagação não é coincidente com a aqui proposta. De outra banda, quer-se crer que tanto uma proposição quanto outra trazem no seu seio um único objetivo: a máxima efetividade das normas constitucionais, destacadamente das relativas aos direitos fundamentais. É objetivo deste trabalho contribuir para tornar efetiva e socialmente eficaz as normas constitucionais, sob pena de ter que concluir, num futuro incerto, com um triste enunciado como aquele lançado, por prognose, por GRAU: “Não tinha mais como recusar, o Poder Judiciário, **efetividade jurídica ou formal** aos direitos a que nos referimos; por isso lhes era esta (efetividade formal) conferida; mas lhes era recusada **efetividade material** e, pois isso mesmo porque lhes era negada esta última —, resultaram eles dotados de **eficácia**; pois é certo que alguns deles foram institucionalizados exclusivamente para que não viessem a ser realizados.” (*A ordem econômica...*, p. 342).

A restrição de determinado sentido de um texto não é estranha aos métodos de interpretação, muito embora ela deva ser aplicada, em regra, nos casos de limitação às liberdades e garantias fundamentais. Também não se ignora que nos casos de direitos fundamentais se deve privilegiar a interpretação extensiva.

Todavia nenhuma regra de interpretação pode ser considerada absoluta, tampouco pode levar o intérprete ao absurdo. Daí por que se preconiza a restrição, repita-se, aparente, do sentido da expressão “direitos e garantias fundamentais” constantes no parágrafo em exame, de modo a extrair-lhe o máximo de eficácia.

A melhor interpretação da expressão “direitos e garantias fundamentais”, contida na regra em exame deve orientar-se pela **incidência da aplicação imediata apenas ao artigo 5º e seus incisos**, restringindo seu alcance. É caso típico de interpretação restritiva, porque o legislador constituinte, ao positivar seu pensamento, disse mais do que o pretendido. Ao referir-se aos direitos fundamentais estava, na verdade, buscando dar especial tratamento jurídico aos direitos e garantias individuais e coletivos previstos no artigo quinto da Constituição, esquecendo-se que no restante do diploma havia outros direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo que se restringe seu alcance, traçam-se novos contornos para a expressão **aplicação imediata**, ampliando sua eficácia. Essa perspectiva é apenas aparentemente restritiva porque, muito embora procure diminuir seu alcance, permite aprofundar seu conteúdo, dando-lhe contornos diferentes daqueles que até hoje vêm sendo preconizados por quase que a unanimidade da doutrina nacional.

Este o objetivo pretendido neste trabalho: restringir o alcance do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, ao mesmo tempo que se procura, por meio de exegese emancipatória do usual e corrente, atribuir ao texto (sinal lingüístico) norma de conteúdo diverso daquele até hoje difundido. Uma alma própria, diversa da força normativa, que é atributo de todas as normas constitucionais.

No que tange aos demais direitos fundamentais que estão fora do catálogo traçado pelo artigo 5º, reserva-se a eles toda a possibilidade de desenvolvimento segundo as possibilidades que se extraíam de sua própria forma de positivação e da

força normativa de que são possuidores. Ao lado disso, como se verá, reconhece-se a possibilidade de impor-lhes a aplicação por meio do mandado de injunção. Aos direitos fundamentais catalogados está reservado outro tipo de eficácia e modo de fruição, como se verá.

### 7.2.2 Interpretação Extensiva quanto à Eficácia

A Constituição portuguesa, no artigo 18, 1, possui regra semelhante à do art. 5º, § 1º da Constituição brasileira: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Analisando este dispositivo, como anteriormente assinalado, Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA<sup>287</sup> reconhecem ser desnecessária mediação legislativa para colmatação do direito fundamentante, que deve ser aplicado mesmo na ausência de lei. Apesar das dificuldades decorrentes da expressa requisição constitucional de complemento e, principalmente, de matérias relativas a direitos a prestação, é preciso reconhecer certa margem de opção e concretização ao Poder Judiciário perante a inércia dos demais poderes.

O mesmo se diga em relação ao direito constitucional alemão, que no art. 1º, alínea 3<sup>288</sup>, prescreve aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais. Esse dispositivo revela que “os direitos fundamentais estão especialmente reforçados nos seus âmbitos de normas. Em virtude de sua aplicabilidade imediata” — aponta Friedrich MÜLLER — “eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias”<sup>289</sup>.

<sup>287</sup> CANOTILHO, J.J.G. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 1984. v. 1, p. 164. Esta mesma posição é reprisada por CANOTILHO em seu livro *Direito constitucional*, p. 186.

<sup>288</sup> Estabelece a Lei Fundamental de Bonn, no seu art. 1º, 3, que: “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”.

<sup>289</sup> MÜLLER, *Métodos...*, p. 78-79.

Essa mesma orientação se aplica em relação ao direito constitucional brasileiro que no art. 5º, § 1º, prevê, também, aplicação imediata dos direitos e garantias individuais. Essa conclusão é possível não só em razão da interpretação literal do referido comando constitucional, mas também de sua concretização a partir do elemento histórico, considerando os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte – como visto anteriormente -; ou mesmo de sua interpretação genética, tomada a partir das normas do direito comparado que lhe deram origem; ou mesmo de uma concretização da referida norma segundo uma perspectiva sistêmica ou teleológica. Também o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais impõe que significado outro, diverso da força normativa das normas constitucionais, seja extraído do texto, porque não há na Constituição prescrições inúteis ou estéreis.

Limitar as possibilidades do preceito é nulificá-lo; é amesquinhar o direito constitucional e sua força normativa; é negar sua superioridade sobre as demais normas; e, principalmente, é reduzir a máxima efetividade que é possível atribuir-lhe.

É certo que essa exegese oferece dificuldades para a sua aplicação prática, principalmente em relação a alguns dispositivos constitucionais, como reconhecido pelos autores portugueses. Entretanto o exercício hermenêutico de efetividade não pode ceder a obstáculos ou mesmo a eventual equívoco de técnica legislativa do constituinte.

Buscando dar validade à expressão contida na Constituição do Brasil, Flávia C. PIOVESAN assinala que “aos órgãos jurisdicionais competem: a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras”.<sup>290</sup>

<sup>290</sup> PIOVESAN, p. 91. Em respeito à sua posição, diga-se que PIOVESAN, apesar do trecho supra transcrito, não conclui pela extensão e aplicabilidade da regra do § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de modo idêntico ao preconizado neste trabalho, estando sua opção, s.m.j., mais próxima da doutrina convencional.

Numa perspectiva um pouco mais tímida, assinalam Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra MARTINS que:

Em síntese, o conteúdo deste parágrafo consiste no seguinte: o princípio vigente é o da aplicabilidade imediata, que, no entanto, cede em duas hipóteses: a) quando a Constituição expressamente refere que o direito acenado só será exercitável nos termos e na forma da lei; b) quando o preceito constitucional for destituído de elementos mínimos que assegurem a sua aplicação, é dizer, não pode o vazio-semântico ser tão acentuado a ponto de forçar magistrado a converte-se em legislador.<sup>291</sup>

Essas posições, apontando o sentido do parágrafo primeiro em exame, não são suficientemente satisfatórias, mas indicam a tendência de alguns constitucionistas pátrios em lançar fundamentos para uma nova e mais ousada hermenêutica.

Tem-se que a solução emancipatória para o problema passa necessariamente pelo escólio de Eros GRAU, para quem

O juiz não é, tão-somente, como já observei neste ensaio, a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa — e, bem assim, o membro do Poder Legislativo —, vinculado pelo exercício de uma *função*, isto é, de um *poder-dever*. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de *interdependência* e não de *independência* de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele — aliás — é um processo de perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas *reproduzir*, mas *produzir* direito — evidentemente retido pelos princípios jurídicos.<sup>292</sup>

Ademais, inspirado nos dispositivos da Lei Fundamental de Bonn, da Constituição portuguesa e da Constituição espanhola, deve o intérprete servir-se do Direito Comparado, resultando que “o princípio consagrado no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição de 1988, ao ressaltar que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, intenta assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de

<sup>291</sup> BASTOS, v. 2, p. 393.

<sup>292</sup> GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 330.

cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”<sup>293</sup>.

Nesse mesmo diapasão, conclui Luiz Roberto BARROSO:

Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais, a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.<sup>294</sup>

E prossegue o professor fluminense:

Diante de tal asserto, é forçoso concluir que muitos direitos deixaram de se tornar efetivos por omissão dos titulares ou de seus advogados; a estes terá faltado, ao menos em certos casos, alguma dose de ousadia para submeter à tutela jurisdicional pretensões fundadas diretamente no texto constitucional. Consigne-se, todavia, em sua defesa, que até quadras mais recentes, os tempos não eram propícios a teses de maior arrojo.<sup>295</sup>

Essa timidez anotada por Luís Roberto BARROSO também repercutiu na doutrina pátria, que preferiu (talvez ainda prefira) uma interpretação literal e mais cômoda dos comandos legais. Se é verdade que os titulares de direitos constitucionais subjetivos e seus advogados deixaram de provocar a tutela jurisdicional, mais verdade é que nem sequer os demais operadores do direito — principalmente a maioria dos doutrinadores — propugnaram por soluções ousadas.<sup>296</sup>

Ao contrário, preferiram interpretação aparentemente ampliativa da norma, mas totalmente destituída de utilidade e efetividade. Restringiram o dizer do

<sup>293</sup> PIOVESAN, p. 92.

<sup>294</sup> BARROSO, *O Direito Constitucional ...*, p. 147.

<sup>295</sup> *Ibid.*

<sup>296</sup> Apesar da crítica que ora se faz, é necessário dizer que essa timidez não é prerrogativa dos tratadistas pátrios. Também em relação à Constituição portuguesa sustenta-se apenas a existência de eficácia mínima. Ver Jorge MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, 1988, t. 4, p. 282-283.

dispositivo constitucional àquilo que já lhe era imanente — a produção de eficácia mínima — ao mesmo tempo que ampliaram seu espectro para todos os direitos fundamentais (principalmente aqueles expressos do artigo 5º ao 17 da Constituição Federal).

A superação desse “conteúdo mínimo” dos direitos e garantias individuais passa pela orientação de José Carlos Vieira de ANDRADE, que se preocupou em analisar com profundidade o tema com profundidade, objeto do artigo 18, 1, da Constituição portuguesa<sup>297</sup>. Sua lição está em perfeita sintonia com o preceito constitucional da Carta Política brasileira.

Revela o autor que o dispositivo é uma “explicitação do princípio da constitucionalidade, de acordo com o qual a validade das leis e dos demais actos do Estado (...) depende da sua conformidade com a Constituição (art. 3º, n.º 3)”<sup>298</sup>.

Também indica a “exeqüibilidade imediata das normas constitucionais”, presumindo-se a sua “perfeição”, isto é, “a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o *dever* dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a *autorização* para com esse fim os concretizarem por via interpretativa”<sup>299</sup>.

Assim, a questão não está em discutir se há ou não aplicação imediata, ou, ainda, em que medida essa aplicação imediata se dará. O problema reside em como realizar, ou como concretizar, no sentido de MÜLLER, ou como tornar efetiva esta aplicação imediata.

<sup>297</sup> ANDRADE, op. cit.

<sup>298</sup> Ibid., p. 255. Trata-se do reconhecimento da eficácia mínima dos preceitos constitucionais, a qual se estende por todos os termos da Carta, inclusive os direitos fundamentais.

<sup>299</sup> ANDRADE, p. 257.

### 7.2.3 Eficácia Vertical e Horizontal dos Direitos Fundamentais

Paira entre nós certo dissenso doutrinário sobre justiciabilidade dos direitos e garantias individuais e coletivos em relação a outras pessoas que não sejam o próprio Estado.

No direito constitucional português a questão encontra solução no artigo 18º, 1, da Constituição da República Portuguesa, que expressamente estabelece a vinculação das entidades privadas aos direitos, garantias e liberdades ali positivados.

A questão remonta à origem dos direitos fundamentais e à noção de que eles são espaços ou concessões do Poder Público aos cidadãos quanto à determinada esfera de direitos intangíveis pelo próprio Estado. Tratava-se, na sua gênese, de autênticos direitos de defesa dos cidadãos contra a superioridade estatal.

À perspectiva tradicional dos direitos fundamentais atribui-se a idéia de sua aplicação vertical.

De outro lado, surgiu vertente horizontal relativa à esfera dos direitos privados, onde há igualdade de posições jurídicas e de tratamento das partes pelo direito, bem como um amplo espaço de liberdade de ação.

Em face da eficácia horizontal, três posições são possíveis: a) não existe eficácia horizontal ou externa; b) a eficácia externa é apenas mediata; c) a eficácia é imediata.

É indisputável que nossa Carta Política protege tanto o aspecto vertical quanto o horizontal dos direitos fundamentais, devendo ser repelida a primeira proposição. Destacam-se no nosso texto constitucional os direitos à indenização por dano moral, a liberdade de expressão, o direito à inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, dentre outras garantias dos indivíduos perante o Estado e também perante os demais cidadãos. Ademais, é necessário reconhecer que os direitos fundamentais estão inseridos dentro de um ordenamento jurídico unitário e sistêmico, que se aplica como um todo e não apenas em tiras. Comanda, simultaneamente, a ordem pública e a privada, protegendo os particulares contra atentados tanto do Estado, quanto de outros indivíduos ou de entidades particulares.

Esta atuação dos direitos fundamentais em sede das relações privadas pode ocorrer tanto de modo mediato quanto imediato. A concretização de determinadas normas de direito fundamental pelo legislador ordinário leva a uma aplicação indireta da Constituição na esfera das relações privadas. Também quando determinados espaços ou lacunas legislativas, ou mesmo conceitos indeterminados, são abertos pelo legislador ordinário, a integração deve necessariamente ser preenchida pelos valores constitucionalmente estabelecidos, principalmente as normas de direito fundamental. Por isso, é flagrante que há eficácia mediata.

A questão que se abre é sobre a existência de eficácia imediata.

Sustenta Eros GRAU, em defesa da eficácia horizontal imediata: “estar-se-á em face de uma aplicação direta da Constituição quando inexistir lei ordinária concretizadora, não houver cláusulas gerais ou conceitos indeterminados aplicáveis à espécie ou quando o seu campo de aplicação for mais restrito que o das normas constitucionais”<sup>300</sup>.

Essa vinculação aos direitos fundamentais na esfera privada pode dar-se, por exemplo, quando as partes estão em manifesta desigualdade, em face de uma relação de poder entre elas, similar à que se estabelece entre poder público e particulares. Não havendo tal desigualdade entre os particulares, vigora, em regra, a liberdade de disporem de seus direitos, sempre resguardada a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial de todos os direitos fundamentais.

Diversos exemplos de relações particulares diretamente afetadas pelas normas de direito fundamental são apresentadas por CANOTILHO<sup>301</sup>, que podem ser transportados para o Direito brasileiro nas seguintes formulações: a) as entidades patronais e as organizações sindicais celebram acordo coletivo com cláusula que proíbe a contratação de operários não-sindicalizados. Como conciliar isso com o disposto no art. 8º, V, da Constituição brasileira? b) determinada empresa contrata

<sup>300</sup> SARLET, p. 337.

<sup>301</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1150-1151.

empregadas mediante a condição de prévio exame de gravidez e de aceitarem a demissão por justa causa em caso de gravidez. É lícita a estipulação ante os artigos 7º, XVIII e XXX, da Constituição? c) certo partido político, em convenção, estabelece a vedação de se candidatarem às eleições parlamentares pessoas de raça negra. É lícita a estipulação, à luz do princípio da igualdade e da associação partidária?

Respondendo às formulações semelhantes, salienta CANOTILHO que os direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos contra os poderes públicos, mas também têm função protetiva nas relações privadas caracterizadas por situação desigual das partes. Conseqüentemente, as leis e os tribunais devem estabelecer normas (de conduta ou de decisão) que cumpram a função de proteção dos direitos, liberdades e garantias.

Entretanto, havendo igualdade entre as partes, deve ser privilegiada a autonomia das suas vontades. É lícito, a determinado senhorio, despejar um inquilino por falta de pagamento, enquanto permanece inerte em relação a outro nas mesmas condições. Também não há discriminação paterna quando, na sua parte disponível de bens, elege como herdeiro apenas um de seus filhos.

De resto, é importante anotar que todo o direito privado merece uma releitura a partir da Constituição Federal e dos direitos fundamentais nela assegurados, principalmente quando as normas de direito privado tiveram vigência muito tempo antes da promulgação desta.

Se é verdade que todas as normas devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição, essa verdade deve ser ainda mais acentuada quando, por força do fenômeno da recepção e da continuidade da ordem jurídica, os vetustos institutos continuaram a vigor.

Mas essa concepção não pode levar a exageros. A interpretação conforme não significa “uma absolutização da eficácia irradiante dos direitos fundamentais com a correspondente capitulação dos princípios da ordem jurídica civil”.<sup>302</sup> Há de se

<sup>302</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 1158-1159.

respeitar, no que tange à ordem jurídica privada, o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) e a autonomia da vontade que regem essas relações jurídicas, sob pena de falência do próprio direito privado.

### 7.3 DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Estabelece o artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A competência originária para processar e julgar o mandado de injunção foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, q), quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Quando a elaboração da lei for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e Justiça Federal, a competência será do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *h* da Constituição Federal).

Erigido à condição de direito e garantia individual, esse remédio constitucional, no seu surgimento, foi objeto de profunda discussão doutrinária quanto a sua utilização e efeitos.

José da Silva PACHECO<sup>303</sup> sintetizou as duas posições sustentáveis, em tese quanto aos efeitos do mandado de injunção.

<sup>303</sup> PACHECO, J. da S. *Ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

A primeira, inspirada no velho direito lusitano, indica que a decisão do mandado de injunção teria por finalidade advertir o órgão competente para a emissão da norma faltante e sobre sua mora, porque ao Judiciário compete apenas aplicar a lei, sem suprir lacuna legislativa ou legislar.

A segunda posição, por ele defendida, bem como pela melhor e maior parte da doutrina nacional<sup>304</sup>, entende que, havendo carência de lei regulamentadora de determinado direito fundamental, poderá a parte interessada impetrar, perante o juízo competente, mandado de injunção visando o suprimento da lacuna frente ao caso concreto. Com o novo instrumento, dizia referido autor, “pode o interessado pleitear, junto ao Judiciário, o mandado de injunção com o objetivo de injungir, impor, obrigar, de modo injuntivo, imperativo, cogente o livre exercício do direito constitucional, no caso concreto submetido à apreciação, na hipótese de omissão de norma regulamentadora”.<sup>305</sup> Esta solução apresenta uma variante, consistente na prévia notificação do órgão omissor, para que colmate a lacuna em prazo fixado. Descumprido esse prazo, então haveria de ser emitido o julgamento do caso concreto.

Uma terceira posição referida por parte da doutrina, muito embora sempre rechaçada, alude à possibilidade de o Poder Judiciário editar o comando normativo faltante, ao dar provimento ao mandado de injunção. Sua inviabilidade é de todo evidente, uma vez que fere o princípio da separação dos poderes, desvirtuando por completo as funções que lhe são constitucionalmente atribuídas.

Perfilha-se aqui o entendimento defendido no segundo posicionamento, entendendo, como Eros GRAU, que no mandado de injunção o impetrante não pretende a elaboração da norma, mas apenas a solução concreta e individualizada do seu caso. Exige, judicialmente, o exercício de um direito seu constitucionalmente

<sup>304</sup> Dentre tantos, destaca-se L.R. BARROSO (Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 191, p. 1-13, jan./mar. 1993); FERRARI (Necessidade de regulamentação constitucional); José Afonso da SILVA (Curso de direito constitucional); PIOVESAN (Proteção judicial contra omissões legislativas); CLÈVE (A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro).

<sup>305</sup> PACHECO, p. 294.

fixado, cuja fruição depende da intervenção judicial, em face da omissão legislativa. O Poder Judiciário, diz GRAU,

ao conceder o mandado de injunção, não se substitui ao Poder Legislativo; não produz norma, abstrata e genérica; apenas e tão-somente provê no sentido de viabilizar, dentro das condições que determinar, em cada caso, o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Por isso mesmo é que o mandado de injunção pode ser requerido contra particulares.<sup>306</sup>

O Ministro Carlos Mário da Silva VELLOSO, procurando extremar as diferenças entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão, pontua que esta tem por finalidade dar ciência de sua omissão ao Poder competente para adoção das providências cabíveis (art. 103, § 2º, CF). “No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável.”<sup>307</sup>

Ocorre que esse não foi o entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal. Pondo termo à discussão — e verdadeira pá de cal nas aspirações de uma interpretação concretizante do mandado de injunção —, o Tribunal Constitucional, nos autos de mandado de injunção n.º 107-3/DF<sup>308</sup>, culminou por igualar o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, considerando que, para ambos os casos, a procedência da ação acarretaria apenas a notificação do Poder competente para que produzisse a norma faltante, constituindo-o em mora.

<sup>306</sup> GRAU, *A ordem econômica...*, p. 340.

<sup>307</sup> VELLOSO, C.M. da S. As novas garantias constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 644, p. 7-14, 19-- p. 14.

<sup>308</sup> MI 107-3/DF, publicado no DJU em 07.02.90, p. 507. Isto restou reafirmado em quase todos os acórdãos do Supremo Tribunal Federal que trataram da matéria, como se colhe do MI 95-RR, relativo ao direito de greve dos servidores públicos; ou ainda do MI-323/DF e do MI-361/RJ relativo à limitação constitucional dos juros.

Criticando a escolha do Tribunal Excelso, assinala Regina Maria Macedo Nery FERRARI<sup>309</sup> que o fato de dar ciência ao Poder competente para a edição da norma é ato de reduzida valia jurídica, porque não cria nenhum tipo de vínculo obrigacional, mas apenas um efeito moral e político. Entende que, por construção pretoriana, poderiam ser determinados atos tendentes a suprimir a omissão, como a fixação de determinado prazo para discussão e votação dos projetos, incluindo-os obrigatoriamente na pauta, por um tempo determinado; findo este, nenhuma apreciação de projeto poderia ser tomada até que este fosse deliberado. Não havendo projeto em tramitação, ficaria aberta a possibilidade de preenchimento da lacuna por iniciativa popular (art. 61, § 2º, da Constituição).<sup>310</sup>

Também Barbosa MOREIRA, aludindo à decisão do Supremo Tribunal Federal, comparou a redução do Mandado de Injunção a um sino sem badalo.<sup>311</sup>

É verdade que em alguns casos, embora não tenha atingido o grau de concretização preconizado pela doutrina, o Tribunal Excelso seguiu linha um pouco mais avançada. No julgamento do MI n.º 232-1, relativo à imunidade prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal; e do MI n.º 283-5, relativo ao artigo 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, restou fixado prazo para que os órgãos competentes emanassem a norma faltante, sob pena de, no primeiro caso, ser declarada a imunidade das entidades beneficentes de assistência social; enquanto, no segundo caso, vencido o prazo, restava reconhecido o direito dos impetrantes de obter da União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida pelas perdas e danos que se arbitrassem.

<sup>309</sup> FERRARI, Necessidade de regulamentação constitucional, p. 75.

<sup>310</sup> “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

<sup>311</sup> MOREIRA, J.C.B. SOS mandado de injunção. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 11 set. 1990.

Nesse último caso, em face da persistência da mora legislativa, novo mandado de injunção foi intentado junto ao Supremo Tribunal Federal, restando assim anotado no Informativo n.º 208 do STF:

#### MANDADO DE INJUNÇÃO: EFEITOS

Concluído o julgamento de mandado de injunção impetrado por oficiais da Aeronáutica, em que se pretendia a condenação da União à reparação econômica conferida pelo art. 8º, § 3º, do ADCT (“Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n.º S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n.º S-285-GM5, será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”) — v. Informativo 100. O Tribunal, por maioria, conheceu e deferiu, em parte, o pedido para assegurar, nos termos do direito comum, a possibilidade de imediata ação de liquidação do direito assegurado, independentemente de sentença condenatória. Vencidos, em parte, os Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Carlos Velloso que deferiam integralmente o pedido para condenar a União à reparação econômica conforme requerida na inicial, ou seja, ao pagamento do valor correspondente ao maior salário de piloto de linha aérea de companhia de aviação comercial brasileira de 1º nível, multiplicado pelo número de meses que decorreram entre a data em que foram proibidos de exercerem sua profissão e o mês em que completaram 60 anos.

MI 543-DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, 26-10.2000.

Por ocasião do julgamento do MI 325/DF, relativo ao limite de juros previsto no artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, o Ministro Marco Aurélio posicionou-se favoravelmente à concretização da lacuna pelo Poder Judiciário, salientando que

o mandado de injunção, a envolver situação concreta, tem escopo próprio, que é o de viabilizar o exercício do direito dependente de regulamentação e para que isto aconteça indispensável é que se lancem, para o caso concreto, os parâmetros pertinentes. A não se entender assim, assentada estará uma verdadeira superposição de remédios jurídicos, com a incoerência alusiva à legitimação. Se assim o é, e se esta Corte no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade concluiu que a regra do § 3º em comento não é auto-aplicável, cabe, na via do mandado de injunção, acolher o pedido formulado.<sup>312</sup>

<sup>312</sup> REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA 159/8.

É de ver, entretanto, que tais avanços são esporádicos e pontuais, uma vez que em outros julgados recentes o Supremo Tribunal Federal voltou a remarcar a sua posição inicial de que o mandado de injunção serve apenas para constituir em mora o legislador. Em acórdão da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, como se colhe da seguinte ementa<sup>313</sup>:

I. Entidades de assistência social: imunidade das contribuições sociais (CF, art. 195, § 7º): arguições plausíveis de inconstitucionalidade das restrições impostas à imunidade por dispositivos da L. 9.732/98, por isso, objeto de suspensão cautelar na ADIn 2028, pendente de decisão definitiva.

II. Mandado de Injunção: não se prestando sequer para suprir, no caso concreto, a omissão absoluta do legislador — tal a modéstia de suas dimensões, conforme demarcadas pelo STF, e que o Congresso vem de negar-se a ampliar — menos ainda se prestaria o malfadado instrumento do mandado de injunção a remediar os vícios de inconstitucionalidade que possa ostentar a lei editada para implementar a Constituição.

Dessa forma, decorridos mais de 12 anos da promulgação da Carta Constitucional brasileira, o instituto do mandado de injunção restou nulificado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Essa orientação do Supremo, somada à necessidade de compatibilização do disposto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, com o parágrafo primeiro, do mesmo artigo, impõe alguma reflexão.

Já foi reafirmado no início deste trabalho que os direitos e garantias individuais previstos no art. 5º da Constituição Federal têm aplicação imediata, independente de *interpositio legislatoris*.

Então, qual a necessidade ou utilidade da previsão constitucional do mandado de injunção?

Como salientado, os direitos e garantias fundamentais estão dispostos em vários artigos da Constituição Federal e não apenas no seu artigo 5º. Muitos desses direitos e garantias dependem de integração legislativa para que possa o jurisdicio-

<sup>313</sup> Mandado de Injunção – Questão de Ordem n.º 608/RJ, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJU em 25.08.2000, p. 60, julgamento em 01.06.2000.

nado usufruir o direito que lhe é constitucionalmente assegurado. Assim, ante a falta de normatização específica, pode ser usado do remédio constitucional em comento para que seja produzida – no caso concreto – a norma faltante (apesar da orientação do Supremo Tribunal Federal).

É o que ocorre, por exemplo, com o art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cuja omissão legislativa o Supremo Tribunal Federal reconheceu como inconstitucional, ensejando a procedência do mandado de injunção que fora proposto.

Para esses outros direitos e garantias fundamentais, não enumerados no artigo 5º da Constituição, bem como para as prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, pode e deve ser ajuizado o mandado de injunção.

Em relação àqueles direitos individuais e coletivos arrolados no referido artigo constitucional, é dispensável o uso do novo instrumento processual criado na Constituição de 1988, conquanto essa mesma Carta lhes tenha outorgado um regime jurídico próprio, qual seja, a aplicação imediata a teor do disposto no § 1º do artigo 5º.

Assim, para a concretização dos direitos e garantias individuais albergados pela regra da aplicação imediata é desnecessário o ajuizamento de mandado de injunção. Basta que se provoque, pelas vias ordinárias, a tutela jurisdicional devendo o direito ser aplicado independentemente de lei que o regule. Eventual lacuna legislativa deverá ser suprida pelo julgador segundo os métodos gerais de interpretação e integração do direito, até mesmo com o auxílio da Lei de Introdução ao Código Civil, de índole materialmente constitucional.

## 7.4 CONSEQUÊNCIAS DO NOVO TRATAMENTO AO PRECEITO

### 7.4.1 Colmatação de Lacunas

Inicialmente impõe reconhecer que lacunas regulativas diferem de espaços jurídicos livres, ou aberturas, para regulamentação infraconstitucional. Naquelas há

incompletude na norma contrária ao plano regulativo constitucional; nestas há manifesta intenção do constituinte de reservar espaços para que a luta política estabeleça livremente a conformação do comando constitucional.<sup>314</sup>

O artigo 5º da Constituição Federal trata de lacuna regulativa, uma vez que as normas têm aplicação imediata.

Como já referido por Luís Roberto BARROSO, o preenchimento de lacunas não é estranho ao nosso direito infraconstitucional, porque a Lei de Introdução ao Código Civil – conhecida como lei das leis – estabelece em seu artigo 4º que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Com o mesmo entendimento leciona Eros GRAU, afirmando que o preceito do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal vincula o Poder Judiciário, que estará obrigado a conferir efetividade e autorizado a inovar o ordenamento jurídico, no caso concreto, suprimindo lacunas que, não tivesse o preceito aplicabilidade imediata, atuariam como obstáculo à sua exeqüibilidade. O reconhecimento de lacunas não conflita com a idéia de que o preceito imediatamente aplicável é auto-suficiente. “Ele o é justamente porque lacuna com tal, se se manifestar, não consubstancia impediente da sua aplicação – as lacunas existentes serão supridas pelo Poder Judiciário. De outro lado, note-se que, na atribuição dessa autorização ao Judiciário, não se vai além do que desde há muito determina o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.”<sup>315</sup>

O maior problema relativo aos direitos e garantias individuais está estreitamente vinculado com a ausência de leis que delimitem ou estabeleçam a forma de fruição daqueles que não se acham regulamentados pela legislação infraconstitucional e, ainda, que definam expressões de sentido vago ou ambíguo.

<sup>314</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 1108.

<sup>315</sup> GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 329-330.

Algumas normas relativas aos direitos e garantias individuais podem conter palavras, conceitos ou expressões imprecisos ou indeterminados, o que, entretanto, não é óbice para o exercício dos direitos, porque deve o Judiciário, quando provocado a estabelecer os limites do preceito, analisar o caso concreto e a extensão do termo ou expressão, por via da interpretação ao nível constitucional.

Exemplo disso ocorre com a expressão *função social*, cuja dimensão pode ser tomada tanto a partir do seu próprio sentido comum quanto do seu sentido jurídico ou, ainda, com a aplicação analógica do art. 186 da própria Carta. Nesse particular, vale lembrar os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil, que reconhecidamente têm o *status* de norma materialmente constitucional.

Leciona o constitucionalista lusitano Vieira de ANDRADE:

Assim, nos termos do n. 1 do artigo 18º, os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são imediatamente aplicáveis, o que pressupõe que o seu conteúdo é ou deve ser concretizado ao nível da Constituição, em última 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.<sup>316</sup>

E prossegue:

Nessa ordem de idéias, parece-nos que, em matéria de direitos, liberdades e garantias e direitos análogos, as entidades fiscalizadoras — os Tribunais, que oferecem um conjunto de garantias de imparcialidade e de vinculação ao Direito — devem dispor da liberdade necessária à concretização do conteúdo desses direitos, desde que consigam referir material e racionalmente à Constituição as regras descobertas.

Já não terá de ser assim quanto aos preceitos relativos aos outros direitos fundamentais, para os quais a Constituição não prescreve em geral o regime da aplicabilidade imediata. Nesse domínio, onde se inserem a generalidade dos direitos a prestações (designadamente os direitos a prestações materiais, dependentes de recursos disponíveis), será talvez, ao invés, de presumir (salvo indicação normativa em contrário) que há uma delegação constitucional no legislador da competência para definir ou concretizar o conteúdo dos direitos; seria, pois, ilegítima a conformação desse conteúdo pelos órgãos da fiscalização jurídica, desde logo por atentar contra a filosofia constitucional de repartição dos poderes.<sup>317</sup>

<sup>316</sup> GRAU, *A ordem econômica...*, p. 140.

<sup>317</sup> *Ibid.* Esta mesma posição é reiterada por Vieira de ANDRADE da sua obra já referida tantas vezes (p. 258).

O mesmo entendimento se aplica em relação à Constituição brasileira, segundo a qual os direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º gozam de regime jurídico especial (aplicação imediata), enquanto que os demais direitos fundamentais podem estar a depender de colmatação de suas lacunas, sujeitando-se o órgão omissor ao mandado de injunção.

Alguns dos direitos e garantias enumerados nos incisos do artigo 5º supra-referido podem ser objeto de restrição por legislação infraconstitucional (configurando norma de eficácia contida, na classificação de José Afonso da SILVA), por expressa previsão na Constituição, entretanto, tal possibilidade de limitação do direito não desfigura sua natureza, tampouco impede sua aplicação imediata.

O regime próprio dos direitos, liberdades e garantias não proíbe de todo em todo a possibilidade de *restrição*, por via de lei, do exercício dos direitos, liberdades e garantias. Mas submete tais restrições a vários e severos requisitos. Para que a restrição seja constitucionalmente legítima torna-se necessária a verificação *cumulativa* das seguintes condições: (a) que a restrição esteja expressamente admitida (ou, eventualmente, imposta) pela Constituição, ela mesma (n.º 2, 1ª parte); (b) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (n.º 2, *in fine*); (c) que a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objectivo (n.º 2, 2ª parte); (d) que a restrição não aniquile o direito em causa atingido o conteúdo essencial do respectivo preceito (n.º 3, *in fine*).<sup>318</sup>

Conforme se verifica dos trabalhos da Assembléia Constituinte referidos no início deste estudo, os constituintes tiveram profunda preocupação quanto à efetividade dos direitos e garantias fundamentais, procurando inserir no texto constitucional diversos dispositivos que possibilitassem aos cidadãos a defesa de seus direitos. Nas diversas comissões, sempre esteve presente a noção de colmatação de omissões legislativas, caso a caso, pelo Poder Judiciário.

Embora não tenham prevalecido essas proposições de textos, dotou o legislador-constituinte a Carta Magna do instituto jurídico do *mandado de injunção*, o qual tem por objetivo “conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora

<sup>318</sup> CANOTILHO; MOREIRA, p. 167.

daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento de realização prática da disposição do art. 5º, § 1º<sup>319</sup>, cabendo ao Poder Judiciário, no caso concreto, criar normas jurídicas individuais para suprir as lacunas inconstitucionais, desvendando as normas implícitas do sistema jurídico e recorrendo às demais fontes do ordenamento<sup>320</sup>.

Entretanto, com o sentido que lhe emprestou o Supremo Tribunal Federal, não se pode pretender — enquanto reinante essa orientação — que esta seja a dicção do mandado de injunção.

Como assinala HESSE, a mudança da realidade “fática pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição (...) A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”<sup>321</sup>.

Ao fulminar o mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal obriga, autoriza e confirma a posição aqui defendida quanto à exegese do art. 5º, § 1º da Constituição Federal. E essa orientação só pode significar obrigatoriedade da aplicação imediata dos direitos e garantias individuais, com o preenchimento das lacunas, no caso concreto, pelo Poder Judiciário.

Apenas no tocante aos direitos e garantias individuais fora do catálogo do artigo 5.º da Constituição Federal estará reservado ao mandado de injunção o papel (diga-se ineficaz) que o STF lhe atribuiu.

Ainda que pendente de legislação infraconstitucional para deferir-lhe os contornos, o mandado de injunção pode ser utilizado por força da aplicação imediata que lhe confere o art. 5º, § 1º. Outra não é a orientação de José Afonso da SILVA, ao

<sup>319</sup> SILVA, J.A. da, *Aplicabilidade das normas constitucionais ...*, p. 449.

<sup>320</sup> Ver PIOVESAN, *Proteção judicial contra omissões legislativas*.

<sup>321</sup> HESSE, p. 23.

assinalar que o disposto no artigo 5º, LXXI, não depende de regulamentação para ser aplicado. O texto possui todos os elementos suficientes à sua imediata aplicação, reforçada essa aplicabilidade direta com o disposto no § 1º do mesmo artigo, o que “significa que os juízes não poderão deixar de atender a toda e qualquer demanda que lhes for dirigida”, e não poderão deixar de decidir também, dado o monopólio jurisdicional (*non liquet*).<sup>322</sup>

O mesmo José Afonso da SILVA, citando CANOTILHO, assevera que

a força dirigente dos direitos fundamentais justifica que se ultrapasse a degradação dos direitos sociais, econômicos e culturais (na parte em que se implica direitos a prestações estaduais) em “simples direitos legais”, pois que *são direitos originários a prestações* fundados na Constituição e não direitos a prestações derivados da lei; “os direitos subjectivos a prestações — prossegue — mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da Constituição, podendo ser invocados (embora não judicialmente, diz ele) contra as omissões inconstitucionais. *A força imediatamente vinculante que hoje se atribui a uma parte dos direitos fundamentais (os direitos, liberdades e garantias e os direitos de natureza análoga) pode e deve ser interpretada, no que respeita aos direitos a prestações, no sentido de fundamentar originariamente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador*”.<sup>323</sup>

Com lição aplicável ao presente tema, a despeito de referir-se aos princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado previstos no artigo 12 do Código Civil da Itália, BOBBIO<sup>324</sup> assim se refere aos princípios implícitos:

O artigo 12 diz respeito às lacunas e aos meios para completá-las: quando os princípios gerais são expressos, exatamente pelo fato de que são normas como as demais, não se pode falar de lacuna. A primeira condição para que se possa falar de lacuna é a de que o caso não esteja regulado: o caso não está regulado quando não existe nenhuma norma expressa, nem específica, nem generalíssima, que diga respeito a ele, quer dizer, quando, além da falta de uma norma específica que lhe diga respeito, também o princípio geral, dentro do qual poderia entrar, não é expresso. Se o princípio geral é expresso, não haveria diferença entre julgar o caso com base nele ou com base numa norma específica. É verdade que o legislador não diz “por falta de uma disposição expressa”, mas sim “por falta de uma disposição precisa”. Mas um princípio geral expresso é uma disposição precisa. O artigo 12 autoriza o intérprete “a buscar os princípios gerais não-expressos...”.

<sup>322</sup> SILVA, J.A. da, *Aplicabilidade das normas constitucionais...*, p. 453.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>324</sup> BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Polis, 1993. p. 160.

Se é verdade que o Poder Judiciário possui limites para sua atuação, tais limites devem ser observados com parcimônia em relação aos direitos e garantias individuais, não valendo para eles, de modo absoluto, as comuns alegações de reserva do possível<sup>325</sup>.

A interpretação jurídica da Carta Política passa pela questão da **medida constitucional**, se se pretende que ela regule a totalidade das situações e casos em que se aplica, ou se deve ser entendida como um quadro normativo aberto<sup>326</sup>. Segundo José Carlos Vieira de ANDRADE<sup>327</sup>, a interpretação das normas constitucionais deve ser feita segundo estes critérios:

- se as normas referem a pensamento constitucional completamente exposto, então a interpretação se faz basicamente pelos métodos tradicionais (literal, lógica e teleológica);
- onde a Constituição utiliza conceitos gerais e indeterminados, deve-se admitir o recurso a elementos extratextuais;
- onde se trata de garantias, pode o Juiz definir esses conceitos;
- quando se trata de tarefa, o juiz deve limitar-se a controlar o conteúdo mínimo dos princípios afirmados.

<sup>325</sup> Por reserva do possível deve ser entendida a existência de recursos materiais necessários para a implementação de determinada política pública, principalmente porque a viabilização de determinada opção, em face da escassez de recursos, implicará falta para outra política. Porém, é necessário reconhecer, junto com Sérgio Fernando MORO, que a “*reserva do possível constitui severo obstáculo para o desenvolvimento e efetivação dos direitos a prestações materiais, estatais ou privadas. Não se trata, contudo, de barreira intransponível*” (**Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 70). Isso tem maior relevância quanto aos direitos fundamentais não-catalogados no artigo quinto da Constituição, porque os catalogados não estão sujeitos a tal limite.

<sup>326</sup> Esta perspectiva de quadro normativo aberto é a que se adota nesse trabalho, seguindo a linha de pensamento dos professores portugueses CANOTILHO e ANDRADE, juntamente com diversos outros constitucionalistas que a seguem.

<sup>327</sup> ANDRADE, p. 139.

Fixem-se, ainda, como premissas interpretativas, as características essenciais dos direitos fundamentais traçadas por Vieira de ANDRADE como “posições jurídicas *subjetivas, individuais, universais e permanentes e fundamentais*, nos termos que a seguir se explicam”.<sup>328</sup>

- a) *subjetivas* - porque representam as situações reguladas ou protegidas para salvaguarda da dignidade da pessoa humana, mas que, por seu caráter objetivo, não são suscetíveis de imputar às pessoas concretas;
- b) *individuais* - porque são passíveis de atribuir a homens individuais, mesmo que em alguns casos — como no direito à greve ou à associação, p.ex. — haja necessidade do exercício coletivo desse direito. Entretanto, às pessoas coletivas não são reconhecidos direitos subjetivos, porque os direitos fundamentais são atributos da personalidade humana;
- c) *universais e permanentes* - significam que são direitos de todos os homens, na sua qualidade de seres humanos. É verdade que o princípio é excepcionado — p.ex., vedando certos direitos políticos a menores e a estrangeiros — mas são exceções são pontuais, que não invalidam a regra geral, nem autorizam que outras sejam criadas pelo legislador infraconstitucional. As restrições são mínimas e específicas, e em alguns casos — como reserva de mercado para deficientes, p.ex. — visam propiciar condições de igualdade material entre os cidadãos, dando-lhes amplo e verdadeiro acesso;
- d) *fundamentais* - representam a salvaguarda da dignidade da pessoa humana num certo tempo e lugar, definidas de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade.

<sup>328</sup> ANDRADE, p. 171.

Os demais direitos fundamentais, não-incluídos no catálogo do artigo 5º da Constituição Federal, em face de omissão legislativa, têm pelo menos eficácia mínima, e podem, de qualquer forma, produzir imediatamente todos efeitos que a doutrina tradicional pretende aplicar para os direitos fundamentais em geral:

- a) Salientar o caráter preceptivo, e não programático, das normas sobre direitos, liberdades e garantias;
- b) Afirmar que estes direitos se fundam na Constituição e não na Lei;
- c) Sublinhar (na expressão bem conhecida na doutrina alemã) que não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais.<sup>329</sup>

E mais:

- d) impedir a edição de qualquer norma infraconstitucional que viole seu preceito, eivando-a de inconstitucionalidade;
- e) gerar direito subjetivo aos cidadãos para o uso dos remédios constitucionais (inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção) para o preenchimento da lacuna constitucional.

#### 7.4.2 Aplicação Imediata dos Direitos Jusfundamentais Objetivos e Subjetivos.

Conforme o modo como está escrito o texto, a norma que se produzirá será classificada — na esteira da proposição de Robert ALEXY antes referida — como direito a algo, liberdade ou competência.

Os direitos a algo podem referir-se a ações *positivas* (ou prestacionais) ou *negativas* (direitos de defesa). As ações positivas subdividem-se em: a) direito a ações positivas fáticas; b) direito a ações positivas normativas.

<sup>329</sup> MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional...*, p. 282-283. Aos efeitos arrolados pelo ilustre tratadista lusitano, somam-se outros igualmente relevantes.

Os direitos de defesa (ações negativas) encontram plena e imediata defesa judicial, independentemente de intermediação concretizadora por parte do legislador. Conforme a lição de Andrade Vieira, antes transcrita, é aqui que o princípio da aplicabilidade imediata determina a exequibilidade das normas constitucionais, independentemente de *interpositio legislatoris*, conferindo direito líquido e certo aos indivíduos. É dever do Poder Judiciário colmatar as lacunas, concretizar a norma e preencher o conteúdo das normas vagas pela via da hermenêutica.<sup>330</sup>

Sintetizando, podemos afirmar que, em se tratando de direitos de defesa, a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito. Reitere-se, neste contexto, que inexistem qualquer razão para não fazer prevalecer o postulado contido no artigo 5º, § 1º, da Constituição, já que não se aplicam a estas hipóteses (dos direitos de defesa) os argumentos usualmente esgrimidos contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, especialmente a ausência de recursos (limite da reserva do possível) e a ausência de legitimação dos tribunais para a definição do conteúdo e do alcance da prestação.<sup>331</sup>

Compartilha-se a posição desse autor, quando, reportando-se à classificação de ALEXY, reconhece que os direitos de defesa asseguram subjetivamente, ao menos:

- a) direitos ao não-impedimento, pelo Estado, de ações por parte do titular do direito;
- b) direitos à não-afetação de propriedades ou situações do titular do direito; c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas. Além dessas posições subjetivas, podem esses direitos fundamentais também dar suporte a posições objetivas que, por serem comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, aqui também se aplicam.

O direito a algo positivo, ou os chamados direitos a prestações (fáticas ou normativas), pressupõe que seja colocada à disposição do titular do direito a prestação que é seu objeto.

Tratando-se de prestação normativa, abre-se para o Estado um dever objetivo de cumprir o comando constitucional, sem que isso gere ao indivíduo um direito subjetivo de edição legislativa mediante aplicação imediata do preceito. O

<sup>330</sup> No mesmo sentido, citando ANDRADE, posiciona-se SARLET (op. cit., p. 249-250).

<sup>331</sup> SARLET, p. 252-253.

Poder Judiciário não poderá “substituir-se ao legislador, pois somente este pode editar normas jurídicas de caráter geral e abstrato, o que é especificamente reclamado por esta espécie de direito”, entretanto alguma concretização é possível. No tocante ao racismo, por exemplo, não pode o Judiciário expedir norma penal, a pretexto de aplicar o inciso XLII, do artigo 5.º, da Constituição Federal. Mas por certo poderá expedir ordens concretas proibindo condutas – do Estado ou de particulares – que impliquem discriminação racial, sujeitando os infratores ao crime de desobediência à ordem judicial. O mesmo se diga em relação ao inciso XLI do mesmo artigo constitucional.

Entretanto, quando se trata de obrigação fática (prestação material), protegida pelo catálogo jusfundamental do artigo quinto da Constituição, está o Estado obrigado a garantir a outorga do direito ao indivíduo mediante a distribuição dos bens materiais que lhe são assegurados. A ação estatal não está regida apenas pelo princípio da igualdade de tratamento, mas substancialmente pelo princípio que determina a outorga de um direito de preferência para o suprimento das desigualdades sociais, ou seja, por um direito discriminatório (positivo) com propósitos compensatórios, na expressão de Ingo SARLET<sup>332</sup>.

Estes direitos catalogados representam o desenvolvimento dos princípios e objetivos que fundamentam a República Federativa do Brasil, expressos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal. Sua outorga, por força da aplicação imediata, não decorre de livre opção política do legislador ou da administração, mas direito subjetivo de seus titulares, que podem exigí-los, mesmo quando houver omissão inconstitucional. Nem mesmo argumentos de reserva do possível são admissíveis porque, em relação aos direitos catalogados, não deixou o legislador-constituente espaço ou abertura para critérios discricionários ou políticos.

Aí reside, fundamentalmente, a verticalidade do tema em exame, que muda e limita o alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição apenas para os direitos fundamentais ali enumerados, mas amplia a sua eficácia.

<sup>332</sup> SARLET, p. 257.

Ingo SARLET — tomado como paradigma da majoritária doutrina brasileira, por ser quem melhor e mais aprofundadamente tratou da eficácia dos direitos fundamentais — entende que os direitos jusfundamentados relativos às prestações dependem da forma de positivação constitucional, da sua concretização pelo legislador e de política pública. Discordando do nominado autor, defende-se aqui que, em relação aos direitos e garantias catalogados, não resta margem de opção à administração ou à maioria parlamentar, devendo a integração (concretização) ser feita até mesmo de modo forçado, mediante determinação judicial.

As posições defendidas pelo professor gaúcho<sup>333</sup> têm aplicação no que respeita aos demais direitos fundamentais expressos no restante da Carta Política nacional, inclusive com a pertinência das argumentações sobre reserva do possível em alguns casos, em face da limitação de recursos públicos; ou ainda com a razoabilidade da pretensão em relação aos outros indivíduos, como ocorre quando o próprio titular do direito tem condições econômicas de obter determinada prestação, sem que para isso seja necessário sacrificar a coletividade.

É também essa a orientação dada por Sérgio MORO, que, reconhecendo os limites, admite que estes, apesar da difícil superação, são transponíveis.

Sendo a reserva do possível faceta da reserva de consistência, aumenta-se a carga de argumentação necessária para o desenvolvimento e efetivação judicial dos direitos a prestação material. Caso o juiz não supere tal obstáculo, deverá reconhecer que o direito fundamental — não catalogado, na esteira do posicionamento aqui adotado — carece de regulamentação legislativa para aplicação ao mundo dos fatos. Julgamento da espécie não é, todavia, aceitável para determinada categoria de direitos a prestação materiais ou para determinado nível de desenvolvimento e efetivação destas. Esse é o caso dos direitos sociais mínimos.<sup>334</sup>

<sup>333</sup> Reconhece Ingo SARLET que os direitos a prestações positivas são relativos por desencadearem sua eficácia plena tão-somente após concretizados pelo legislador, motivo pelo qual são também denominados *direitos na medida da lei* (op. cit., p. 263).

<sup>334</sup> MORO, p. 80.

Também é o caso dos direitos fundamentais catalogados no artigo 5.º da Constituição Federal. Como já salientado, é o que ocorre com o direito das presidiárias de permanecer com seus filhos recém-nascidos durante o período de amamentação (art. 5.º, L, da Constituição Federal), direito esse que, por estar catalogados como direitos jusfundamental com aplicação imediata, não pode ser negado pelo Estado. Seu cumprimento é cogente e se sobrepõe à reserva do possível.

As liberdades, como relação triádica envolvendo o titular de um direito, o Estado e uma liberdade de ação, geram direitos subjetivos, sendo, portanto, os seus titulares diretamente protegidos, pelo menos quanto ao não-impedimento de seu exercício, ou da existência de alternativa para o exercício da liberdade. Encontram-se as liberdades em situação análoga à dos direitos de defesa, gerando igualmente direito subjetivo aos titulares desses direitos fundamentais.

O juiz, mesmo que falte lei regulamentadora, pode tornar realidade liberdades ou direitos à ação negativa previstos no texto constitucional, seja qual for a densidade dos dispositivos respectivos, uma vez que, para tanto, não se exige, a princípio, qualquer ato positivo por parte do Estado, mas apenas a abstenção deste. De se destacar que o Judiciário já reúne o instrumental necessário para coibir, até mesmo preventivamente, comportamentos contrários a esta espécie de direitos.<sup>335</sup>

A liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX, CF), por exemplo, gera, no mínimo, o direito subjetivo de não-estorvamento, na expressão de ALEXY, por parte do Estado ao exercício deste direito potestativo. Também o inciso XX da referida disposição constitucional assegura a liberdade de associar-se ou não.

Por fim, em relação à competência consistente na possibilidade de o indivíduo praticar determinados atos jurídicos que modifiquem sua posição jurídica, está também assegurada a limitação do legislador, que não as poderá derrogar. Assim também sucede com a norma de decisão integrativa da omissão legislativa, que igualmente estará limitada quanto à impossibilidade de supressão de competências jusfundamentadas.

<sup>335</sup> MORO, 75-76.

Conforme leciona Sérgio F. MORO,

a atribuição de competência ao Estado gera concomitantemente posição de sujeição do indivíduo aos atos exarados no exercício desta competência. A atribuição de competência já gera os seus próprios limites, o que resulta em posição de não-sujeição do indivíduo aos atos exarados fora dos limites das competências atribuída. Os atos praticados além dos limites das competências atribuídas são inválidos, devendo ser desconstituídos os eventuais efeitos deles decorrentes. Também aqui o desenvolvimento e efetivação judicial das normas de direito fundamental respectivas não oferecem obstáculos maiores além da reserva de consistência.<sup>336</sup>

Estabelecem competências as normas relativas à filiação política ou ao casamento, cuja inclusão num ou noutro regime modifica a posição jurídica de seu titular. Em relação aos direitos fundamentais não-catalogados, estará o magistrado sujeito a limites para o desenvolvimento de competências cuja estrutura normativa não tenha sido suficientemente desenvolvida pelo legislador. Não se trata de impedimento absoluto, mas da observância de limites, como é caso, por exemplo, da reserva do possível ou da impossibilidade de criação judicial de estruturas para o exercício da competência.

Tratando-se de direitos catalogados, esses limites são mínimos ou inexistentes. Ainda que não houvesse normatização infraconstitucional a respeito, o direito de dispor da herança poderia ser desenvolvido judicialmente, por tratar-se de direito subjetivo de que estaria constitucionalmente investido o seu titular, em face do disposto no art. 5.º, XXX, da Lei Maior. Também estabelece competência a norma relativa à ação popular, que independe de legislação infraconstitucional para o exercício dessa competência outorgada aos cidadãos.

Consoante essas lições de Robert ALEXY quanto às posições jurídicas que as normas de direito fundamental podem conferir ao indivíduo, é preciso reconhecer que nem todas geram direitos subjetivos imediatos. Porque, por vezes, a sua forma de

<sup>336</sup> MORO, p. 77.

positivação prescreve um **dever objetivo estatal**, como ocorre com o disposto no artigo 5º, XXXII, que prescreve que o “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, ou, ainda, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI).

Referindo-se a disposição com redação análoga da Constituição portuguesa, assinala CANOTILHO<sup>337</sup> que o artigo 63º 2, ao estabelecer que “incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado”, está criando um **dever objetivo** do Estado, que entretanto não garante um direito subjetivo. Assim, a justiciabilidade dessa norma, por parte do cidadão, é extremamente reduzida.

Mas se a norma prevê uma relação do tipo trilateral, envolvendo um titular de direito ou garantia individual, o destinatário da norma (quase sempre o Estado, podendo eventualmente ser um particular, em face da eficácia horizontal) e um objeto do direito, então haverá direito subjetivo por parte do titular, que poderá reivindicá-lo na situação concreta, ainda que o comando constitucional esteja a depender de uma complementação legislativa. Isso poderá ocorrer também — e talvez principalmente — em relação às normas que prescrevem direitos a algo mediante ações positivas (ações prestacionais), quando estará o indivíduo investido de posição jurídica subjetiva para reivindicar do Estado (via de regra) o acolhimento da prestação prometida pelo legislador-constituente, cuja aplicação é imediata.

É o que ocorre com o direito à amamentação dos filhos conferido às presidiárias, previsto no artigo 5º, L, da Carta Magna, ou ainda com o dever estatal de prestar assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos. É patente o dever estatal de ofertar condições mínimas necessárias para que durante o período de amamentação as presidiárias mães permaneçam junto com seus filhos, ou mesmo para a prestação de assistência judiciária. Quanto a esses aspectos,

<sup>337</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 1122.

sequer se podem levantar argumentos do tipo “reserva do possível”, sob pena de negar o próprio direito e ferir tanto o seu núcleo essencial quanto a própria dignidade da pessoa humana, representada por este direito jusfundamental de aplicação imediata. A imperatividade desses direitos é tão forte quanto a da vedação de pena de morte ou da prisão perpétua (art. 5º, XLVI), por exemplo.

Essa distinção entre direito objetivo e direito subjetivo é de fundamental importância, de vez que impõe limitação à atuação judicial, que somente pode se dar em relação às normas que outorguem direitos subjetivos. É evidente que, a pretexto de conferir aplicação imediata a direito objetivo, não poderia o Poder Judiciário suprir a omissão legislativa quanto a edição de lei que fixe pena para o crime de racismo (art. 5º, XLII), mas por certo poderia impor programa ao Estado para que as penas fossem cumpridas em estabelecimentos (pelo menos em alas ou pavilhões) distintos, de acordo com a natureza dos delitos, a idade e o sexo (art. 5º, XLVIII).

Por fim, é necessário destacar que milita uma presunção a favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais<sup>338</sup>. “Esta tese — a da subjetivação dos direitos fundamentais — considera, por conseguinte, que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos individuais. Daqui resulta um segundo corolário: se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta protecção efectua-se sob a forma de direito subjetivo”, na lição do mestre lusitano multicitado.

#### 7.4.3 Integração da norma pelo juiz - Construtivismo ou não-construtivismo judicial (ativismo judicial?)

A posição aqui defendida, de preenchimento das lacunas e omissões legislativas pelo Poder Judiciário no caso concreto, está evidentemente sujeita a críticas. As mais frequentes dizem respeito à substituição do juiz pelo legislador

<sup>338</sup> Nesse sentido manifestam-se CANOTILHO (Direitos constitucionais..., p. 1125) e ALEXY (op. cit., p. 452).

(intimamente ligada com a questão do ativismo judicial) ou mesmo à substituição do juiz segundo critérios da administração, notadamente a reserva do possível.

A questão de substituição do legislador pelo Judiciário consiste, no Brasil, em verdadeiro dogma, cuja origem remonta à tripartição de poderes<sup>339</sup>. Entretanto, analisado o problema com certo critério ver-se-á que, de fato, “o rei está nu”. Em linhas gerais — até porque este não é o objeto do presente trabalho — é possível apresentar os seguintes argumentos contra o referido dogma: a) na integração da norma pelo Juiz não estará havendo legislação, porque faltarão os atributos de abstração, generalidade e universalidade, os quais estão presentes nos diplomas normativos emanados do Poder Legislativo;<sup>340</sup> b) a colmatação judicial somente incidirá em caso concreto, produzindo efeitos interpartes; c) o controle da constitucionalidade de ato legislativo, principalmente o difuso, implica restrição desse ato muito mais gravosa que a integração da norma pelo Judiciário.

Aliás, sobre esse último aspecto, esclarece Celso Ribeiro BASTOS:

... na doutrina americana, observa-se que a tendência da jurisprudência dos tribunais inferiores é no sentido de não se restringir a proferir a cassação das providências editadas pelos dois outros poderes (Legislativo e Executivo), mas de impor-lhes obrigações positivas, reforçadas pela sanção consistente em os próprios Tribunais assumirem a responsabilidade pela execução do julgado. Tal jurisprudência tem sido utilizada em casos de repercussão mundial, como o da decisão proferida pela Suprema Corte Americana em *Bown vs Board of Education*

<sup>339</sup> Em excelente monografia, Sérgio Fernando MORO expressa que o mito da separação dos poderes não merece a força que lhe emprestam comumente. Primeiro porque a intervenção judicial que invalida determinada opção do legislador, declarando sua inconstitucionalidade, avança, teoricamente, de modo muito mais forte sobre as opções do legislador do que a colmatação de suas omissões pelo Poder Judiciário. Segundo porque, se não há norma expressa que determine a concretização da norma pelo Judiciário, igualmente não há disposição expressa que a vede. Terceiro e finalmente, porque também não há expressa previsão constitucional para a declaração de inconstitucionalidade das leis, sem que com isso seja vedado ao juiz fazê-lo. Com este argumentos, supera o autor o dogma da vedação do ‘legislador positivo’ (in Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais, p. 59 e seguintes).

<sup>340</sup> A realidade é sempre muito mais pródiga do que a jurisprudência e a doutrina, visto que a teoria da separação dos poderes já se acha grandemente enfraquecida com a usurpação ilimitada da função legislativa por parte do Poder Executivo, seja pela imposição de seus projetos – inclusive de Emenda Constitucional -, seja pela edição e reedição de medidas provisórias.

que versava sobre a superação da segregação racial nas escolas, tendo continuidade em outras decisões que exigiam ou determinavam a concretização de reformas em presídios.<sup>341</sup>

De outra banda, como já salientado, a Lei de Introdução ao Código Civil, que tem o *status* de norma constitucional material, já prevê a possibilidade de preenchimento de lacunas legais pelo Poder Judiciário. A questão é um pouco mais complicada quando a lacuna é constitucional, porquanto seu preenchimento deve decorrer de lei.

A problemática da invasão de atribuições do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário resta bem enfrentada por Flávia C. PIOVESAN, quando aponta que cabe ao primeiro estabelecer normas de caráter geral e abstrato, enquanto a edição de comandos pelo Juiz visa apenas tornar viável o exercício de direitos e garantias constitucionais para o caso concreto. “O Poder Judiciário assume, assim, embora em dimensões mais alargadas, sua função típica e própria, qual seja, a função jurisdicional, respondendo satisfatoriamente ao caso concreto.”<sup>342</sup>

Além de não significar usurpação de poder, não se pode perder de vista que o Poder Judiciário é, com certeza, o mais democrático dos poderes do Estado, porquanto sujeito a um sem-número de controles.

Entre os controles, o primeiro decorre dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que possibilitarão às partes no processo em que buscam o suprimento da lacuna deduzir satisfatória e abundantemente seus argumentos e provas.

As diversas possibilidades de recurso, com a apreciação das decisões por instâncias superiores, também permitem eficaz e satisfatório controle. A omissão inconstitucional, suprida pelo juiz de primeiro grau, poderá ser objeto de reexame por outra instância, a qual verificará a adequação e a proporcionalidade da decisão no caso concreto.

<sup>341</sup> BASTOS, As modernas formas de interpretação constitucional.

<sup>342</sup> PIOVESAN, p. 151.

Não fosse o bastante, além do duplo grau de jurisdição, há o princípio da necessária fundamentação das decisões judiciais (art. 92, IX, CF), que se impõe ao julgador, sob pena de nulidade. Uma boa fundamentação deve buscar não apenas expor os motivos que levaram o julgador a decidir dessa ou daquela forma, como também convencer do seu acerto as instâncias superiores e, principalmente, as partes e todos que tomarem conhecimento da decisão<sup>343</sup>.

A regra da fundamentação põe por terra qualquer oposição de colmatação de lacunas inconstitucionais pelo juiz, no caso concreto, fundada em argumentos de decisionismo ou arbitrariedade judicial.

Tratando da racionalidade da decisão judicial, salienta Juan Antonio García AMADO<sup>344</sup>, professor em León, na Espanha, fundado em PERELMAN, que as decisões judiciais são controláveis, em face da fundamentação que estão os juízes obrigados a deduzir. Nos julgamentos, deve-se deixar patente que as decisões não são fruto de arbítrio ou mesmo parcialidade, mas de fundamentação técnico-jurídica e dos valores presentes na sociedade. Com isso, diz AMADO, chega-se à idéia de *justificação argumentativa da decisão valorativa*, conceito esse fundamental na teoria da argumentação de Perelman e nas teorias da argumentação em geral.

Uma razão prática, em Perelman, significa justificação de uma decisão, cujo exemplo típico está na motivação das decisões judiciais. A retórica é o instrumento adequado para essa justificação.

“La retórica, tal como la concebimos — dice Perelman — consistirá en un estudio de los medios de argumentación que permiten obtener o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se someten a su asentimiento”. De ahí que realísticamente diga Perelman que “motivar un juicio, es decir, justificarlo, no es fundamentarlo de modo impersonal y, por así decir, demostrativo”, sino que “es persuadir a un auditorio, al que se ha de conocer, de que la decisión está de

<sup>343</sup> Sobre os requisitos da sentença, inclusive e especialmente os requisitos retóricos, veja-se a obra de BRUM, *Requisitos retóricos da sentença penal*.

<sup>344</sup> AMADO, Juan Antonio García. *Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/CollegePark/Union/3939/bogotaart.html>>. Acesso em 30 mar. 1999.

acuerdo con sus exigencias”, para lo cual la motivación se adaptará al tipo de auditorio al que se pretende persuadir, ya que “toda argumentación se desarrolla en función de un auditorio”. Pero con estos planteamientos se llega a uno de los dilemas de la doctrina perelmaniana: el de la tensión entre eficacia y racionalidad de la justificación.<sup>345</sup>

Essa perspectiva traçada por Perelman, criticável pela falta de um critério racional seguro, encontra suporte de racionalidade jurídica em novas teorias da argumentação, como a exposta por Alexy e Habermas.

Procurando conjugar a posição de Perelman e de Habermas, assenta Juan AMADO que a justificação da argumentação reside na adoção de fundamentos daquilo que Habermas chama de “fundamento normativo da comunicação lingüística”, dizendo que quem adota determinado discurso pressupõe, ao menos implicitamente, que as proposições verdadeiras são preferíveis às falsas e que as normas justas (susce-  
tíveis de justificação) são preferíveis às injustas.

Este modelo, adaptado para Perelman, segundo AMADO, teria de restabelecer a unidade entre a retórica como técnica de persuasão e como argumen-  
tação racional:

a ambos usos de la comunicación subyacería idéntica exigencia de racionalidad y búsqueda de consenso libre, pero mientras que el primero sería un ejemplo de racionalidad instrumental, contradictoria con las condiciones de sentido del propio lenguaje que utiliza, un uso parasitario del lenguaje y la comunicación, el segundo sería un supuesto de acción comunicativa, de ejercicio coherente de la comunicación.<sup>346</sup>

Trazendo outra fundamentação racional para a questão, mas igualmente admitindo que em sede de casos difíceis, ou seja, daqueles casos complexos que não encontram pronta solução no sistema normativo, Ronald DWORKIN, rebatendo a posição de Hart — que preconiza a liberdade judicial (discrição judicial), em face da inexistência de resposta correta para o caso —, sustenta a tese da resposta correta,

<sup>345</sup> AMADO, op. cit.

<sup>346</sup> Ibid.

segundo a qual deve o julgador basear-se nos princípios para dar uma resposta adequada ao caso concreto. Sua tese está fundada especialmente em dois argumentos: a) qualquer norma se fundamenta em um princípio; b) os juízes não podem criar normas retroativas, mas têm obrigação de aplicar os princípios porque formam parte essencial do direito.<sup>347</sup>

Dessa concepção não está divorciada a proposta deste trabalho. Não se está a defender um decisionismo judicial, mas o cumprimento do dever estatal de prestar a jurisdição, mesmo diante de casos difíceis, nos quais estará o juiz adstrito a limites de atuação.

#### 7.4.4 Limites da Atuação Judicial

Em que pese a abertura que se apresenta para a atuação judicial no preenchimento da omissão inconstitucional, diante de caso concreto, na hipótese de direitos e garantias individuais, forte no disposto no § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal, é preciso reconhecer que essa atividade encontra limites.

A primeira limitação judicial para a concretização dos direitos fundamentais decorre de forma da positivação do texto, do qual é a norma de concretização consequência direta. Se é verdade que deve ser extraído do texto o máximo de suas potencialidades, igualmente é verdade que não pode o intérprete, a pretexto de lhe conferir efeito ótimo, dizer aquilo de que sequer se cogita.

A limitação do texto e sua forma de positivação impõem que, para o desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais, o juiz esteja vinculado aos métodos de interpretação da Constituição e, principalmente, aos seus princípios, consoante orientação que se colhe de Sérgio Fernando MORO.<sup>348</sup>

<sup>347</sup> DWORKIN, p. 13-15.

<sup>348</sup> MORO, p. 56.

Aqui cabe, uma vez mais lembrar a lição de Eros GRAU, de que texto e norma não se identificam. Assim, ainda que se trate de texto com termos vagos, estará o judiciário autorizado a densificar a norma, socorrendo-se de elementos não-textuais para preencher o conteúdo vago.

“O desenvolvimento e a efetivação judicial das normas constitucionais, por mais vaga que sejam, estarão legitimadas caso o juiz logre demonstrar a consistência de sua atividade. Se assim o fizer, não se coloca em questão o argumento democrático. Este exige apenas, conforme visto, a reserva de consistência”, consoante lição de Sérgio F. MORO.<sup>349</sup>

Aliás, o dever de fundamentar suas decisões impõe ao julgador declarar os critérios que utilizou para completar o texto, sujeitando-se ao controle, pela via do recurso, de sua decisão. Aqui reside outro limite, o da reserva de consistência. Deve o Poder Judiciário, para invalidar políticas públicas ou opções legislativas, ou mesmo para suprir lacunas legislativas ou administrativas, apresentar argumentos substanciais de modo a fazer valer, por meio de sólida argumentação, as opções constitucionalmente estabelecidas.

O tema é muito bem abordado por Sérgio Fernando MORO, asseverando que esse limite da reserva de consistência deve ser respeitado tanto em sede de inconstitucionalidade por omissão total quanto na parcial.

Para identificar casos da espécie – omissão parcial — mistos de inconstitucionalidade por ação e omissão, basta suprimir mentalmente o ato impugnado. Se o estado de inconstitucionalidade agravar-se, estar-se-á diante de inconstitucionalidade por omissão parcial, que recebe na atual prática judicial, o mesmo tratamento conferido à omissão total, ou seja, o julgador nada faz, pois não estaria autorizado a supri-la, agindo como “legislador positivo”, o que é incorreto, conforme já demonstrado.<sup>350</sup>

<sup>349</sup> MORO, p. 61.

<sup>350</sup> Ibid., p. 63.

Para lograr o intento de fundamentar sua decisão, pode o julgador socorrer-se de elementos não-textuais, especialmente quando estiver diante de conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, a expressão “tratamento desumano ou degradante”, vedado pelo art. 5º, III, da Constituição Federal. Por certo que recorrendo a outras normas ou mesmo a outras ciências é que poderá traçar os contornos da referida vedação. É possível, sem o recurso de elementos não-textuais, estabelecer se a internação em sistema de isolamento, em hospital psiquiátrico, configura tratamento desumano? A resposta negativa se impõe. Devem necessariamente concorrer para a resposta a esta questão outras ciências, como a psiquiatria, a medicina, a psicologia, entre várias.

A terceira limitação a que se sujeita o preenchimento das lacunas e omissões legislativas diz respeito às cláusulas de exceções expressamente previstas no próprio texto constitucional. Alguns direitos fundamentais apresentam restrições que não podem ser ultrapassadas pelo julgador, sob pena de ampliar exageradamente a prescrição constitucional. É o caso da liberdade de associação, que encontra impedimento quando esta tiver caráter paramilitar (art. 5º, XVII, da Constituição Federal); ou ainda a liberdade de crença, que não poderá ser invocada para eximir-se de obrigação legal a todos imposta ou para recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (art. 5º, VIII). Não se pode, a pretexto de completar o direito subjetivo catalogado no artigo quinto da Constituição Federal, conceder-lo com tal largueza que ultrapasse as exceções constitucionalmente previstas.

Também se sujeita o julgador, para concretizar comando constitucional, aos mesmos limites a que se acham sujeitos os legisladores.

Da doutrina espanhola acolhe-se o ensinamento de Medina GUERRERO, que estabelece um conceito para vinculação negativa do legislador, como sendo a proibição de que o legislador reduza o leque de faculdades e situações jurídicas que

constituem o conteúdo essencial dos direitos como tais e, como este, são delimitadas pela Constituição, a menos que sejam necessárias para preservar outros direitos e bens constitucionalmente protegidos.<sup>351</sup>

Esse limite de proibição do leque de faculdades e situações que constituem o conteúdo essencial dos direitos também é imposto ao juiz, ainda com maior rigor, por ocasião do preenchimento da omissão inconstitucional. Não pode, a pretexto de colmatar lacunas, violar outros princípios constitucionais ou eliminar posições jusfundamentadas de outrem. Entram em jogo o princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios, e a garantia do conteúdo essencial do Direito, os quais já foram objeto análise anterior.

No que respeita ao princípio da proporcionalidade *lato sensu*, ao concretizar o direito jusfundamental deve o operador velar para que, no caso concreto, não sejam atingidos outros direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados. Também deve cuidar para que a relação meio-fim seja atendida, não podendo dispensar meios inadequados para o atendimento de determinada finalidade constitucionalmente prevista. Por isso que, a pretexto de assegurar a liberdade de expressão, não pode ele subtrair o direito de propriedade, permitindo livremente grafiteagem ou pichação em próprio público ou propriedade alheia. Essa limitação, segundo um juízo de ponderação, entretanto, deve ser feita mediante o exame do caso concreto, porque, *prima facie*, os direitos fundamentais podem ser amplamente exercidos.

Igualmente está vedada a intervenção legislativa — bem como a judicial — que elimine o direito fundamental eliminando por completo o núcleo essencial do direito.

Tais limites configuram (modulam) uma atuação máxima do magistrado na composição do caso concreto, porquanto não é admissível que o juiz ultrapasse as margens de discricionariedade que são abertas ao legislador.

<sup>351</sup> GUERRERO, p. 117.

Da mesma forma, deve ser atendido o limite mínimo dos direitos fundamentais, qual seja a menor fração possível de direito fundamental que se pode e deve outorgar ao indivíduo. Este limite mínimo está vinculado ao conceito de dignidade da pessoa humana, já referido, e ao mínimo vital.

Tratando do princípio da igualdade de fato e de direito, Robert ALEXY estabelece que **mínimo vital** deve ser compreendido de modo relativo, é dizer, aquilo que deve ser considerado como tal sob as condições imperantes na República Federativa da Alemanha. Toma-se como pauta não os direitos específicos tratados na Lei Fundamental, mas uma pauta jurídico-constitucional daquilo que o legislador tem de garantir, servindo de parâmetro, nesses casos, o *princípio da dignidade da pessoa humana*, que oferece uma pauta racionalmente controlável, com força constitucional, se adotado em sintonia com a igualdade de fato. Esta posição, tomada em consideração com os princípios opostos, envolve juízos racional de ponderação. Por isto, a máxima da igualdade, que inclui a igualdade de fato, pode fundamentar nos casos referidos ao mínimo vital, direitos concretos definitivos à criação da igualdade de fato.<sup>352</sup>

Tais considerações permitem ultrapassar a já superada discussão, principalmente no direito norte-americano, relativa ao construtivismo e não-construtivismo judicial.

À evidência, não pode o juiz substituir-se ao legislador, tampouco pretender arvorar-se em executor da administração estatal, o que, entretanto, não implica vedar-lhe a intervenção na sociedade, nas políticas públicas, nas omissões inconstitucionais. Ao contrário, como guardião da Constituição Federal, deve o Poder Judiciário buscar sua ótima concretização, atento aos limites que lhe são impostos.

<sup>352</sup> ALEXY, p. 414-415.

## 8 CONCLUSÃO E SÍNTESE

A distinção e a classificação das regras constitucionais previstas no artigo 5º da Constituição Federal têm interesse prático, visto que permitem a qualquer cidadão invocar direito subjetivo, calcado numa dessas normas, ou solicitar prestação jurisdicional para colmatar lacuna legislativa nas hipóteses em que a eficácia da norma depende de legislação.

Finalizando seu excelente trabalho sobre hermenêutica constitucional, Luís Roberto BARROSO exorta todos os operadores do direito:

Cabe, por fim, destacar uma peculiaridade que envolve a Constituição. O legislador constitucional é invariavelmente mais progressista que o legislador ordinário. Daí que, em uma perspectiva de avanço social, deve-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-la ao legislador infraconstitucional.<sup>353</sup>

Essa perspectiva é que nos animou na elaboração deste trabalho, procurando trazer alguns métodos de interpretação que possibilitem superar a literalidade do texto constitucional, de modo que o intérprete, como numa arte alográfica, na expressão de Eros GRAU<sup>354</sup>, haja ativamente na construção da norma – esta entendida como texto interpretado, no dizer de CANOTILHO<sup>355</sup>.

Não há nenhuma pretensão — o que seria demasiado — de ter este trabalho como produto acabado e insuscetível de críticas. Ao contrário, o escopo sempre foi o de fomentar o debate sobre um tema de capital importância para o Direito Constitucional brasileiro, trazer novas perspectivas a um dispositivo constitucional que, salvo melhor juízo, vinha sofrendo tratamento que o tornava absolutamente dispensável.

<sup>353</sup> BARROSO, *Interpretação...*, p. 260.

<sup>354</sup> GRAU, *A interpretação...*, p. 40-42.

<sup>355</sup> CANOTILHO, *Direitos constitucional*, p. 208.

Além disso, tal qual o legislador ordinário, os doutrinadores pátrios vêm sendo menos progressistas que o próprio texto constitucional, retirando a eficácia dos diversos incisos do art. 5º da Constituição, invariavelmente criando obstáculos para a sua colmatação pelo Poder Judiciário e negando direito subjetivo aos cidadãos.

Algumas conclusões se extraem deste trabalho:

1. Texto e norma não se confundem. Enquanto o texto é sinal lingüístico, a norma é resultado da interpretação do primeiro.

2. As normas constitucionais dividem-se em regras e princípios. A distinção entre ambos decorre da própria forma de positivação: enquanto aquelas são concretas, diretamente aplicáveis, estes são mais abstratos, com baixa densidade.

3. A eventual colisão aparente entre regras resolve-se pela exclusão de uma, com a aplicação da outra. Em colisão entre princípios ou entre princípios e regras, somente mediante critério de ponderação é possível a solução do aparente conflito.

4. Tensão entre princípios deve ser analisada em relação ao caso concreto, não havendo falar em hierarquia ou prevalência axiológica, porque todos os princípios têm o mesmo grau constitucional. A solução passa pela análise do caso concreto, com a prevalência de um sobre o outro.

5. Na interpretação das normas constitucionais, mesmo quando houver colisão, há de ser respeitado o núcleo fundamental de cada uma, que seria a parte mínima a que esta norma poderia ser reduzida sem ser invalidada ou nulificada.

6. Funciona o princípio da dignidade da pessoa humana como último reduto de hermenêutica, o qual deve ser tomado como limite inatacável de qualquer direito e garantia fundamental. O Estado tem por dever e função cumprir os direitos fundamentais. A emancipação hermenêutica reside na interpretação de todo o texto constitucional em função do princípio da dignidade da pessoa humana e do dever estatal de defendê-lo.

7. O método de interpretação formulado por Friedrich MÜLLER, partindo dos elementos clássicos de interpretação (gramatical, histórico, sistemático e finalístico) e seguindo pela conexão deste com a realidade, permite efetiva concretização das normas e a construção de exegese superadora de uma dogmática estrita. Essa perspectiva concretizante encontra limite na dicção da norma, não podendo esta ser ultrapassada à guisa de concretizá-la. Está a proposição do referido professor alemão dotada de cientificidade suficiente, uma vez que exige fundamentação na solução do caso concreto, mediante a criação de uma norma de decisão.

8. O princípio constitucional da proporcionalidade é a regra matriz para a solução dos conflitos aparentes de normas, na esteira da lei de colisão formulada por Alexy.

9. A concretização das normas de direitos fundamentais investe o sujeito em diferentes posições jurídicas, que se classificam, segundo ALEXY, em a) direitos e algo; b) liberdades; c) competências.

10. Quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, entende-se que a classificação tripartite de José Afonso da SILVA merece acolhida, visto que permite habilitar o intérprete com robusta tecnologia de interpretação, que lhe permite superar a divisão dicotômica em normas auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis. Se é verdade que existem classificações mais modernas, nenhuma delas representa avanço ou alteração tão significativas que justifiquem o abandono dessa formulação já tradicional, embora ainda não apreendida pelo Supremo Tribunal Federal.

11. O art. 5º, § 1º, da Lei Maior produz seus efeitos exclusivamente em relação ao *caput* e seus incisos. Essa aplicação restritiva permite que se extraiam dele efeitos diferentes e superiores aos efeitos do princípio da força normativa das normas constitucionais. Ampliar seu alcance para todos os direitos fundamentais significa reduzir sua eficácia, passando a equipará-lo a atributo (força normativa) que já possui.

12. Os diferentes elementos e métodos de interpretação deságuam num significado unívoco para o § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal. Ou seja, os direitos e garantias fundamentais enumerados no seu *caput* e incisos podem ser aplicados imediatamente, independentemente de intervenção legislativa.

13. As lacunas legislativas existentes nos diversos incisos do artigo quinto devem ser colmatadas, no caso concreto, pelo Poder Judiciário, independentemente do mandado de injunção.

14. O mandado de injunção é instrumento constitucional apto à colmatação de lacunas, tendo seu espaço de atuação abrangido pelos diversos direitos e garantias fundamentais, implícitos e explícitos, existentes na Constituição Federal. Porém, os direitos fundamentais catalogados no artigo quinto prescindem deste instrumento, visto que têm aplicação imediata.

15. Para a concretização imediata dos direitos e garantias individuais e coletivos, previstos no artigo 5º da Carta Magna, está o julgador sujeito a limites que decorrem principalmente do texto interpretado (da norma).

16. Havendo, entre os direitos e garantias previstos no catálogo do artigo 5º, relação trilateral — envolvendo um titular, um destinatário e um objeto do direito —, existirá um direito subjetivo para o titular, que mesmo diante de omissão de norma regulativa ou integrativa, esta poderá ser colmatada pelo Poder Judiciário analisando o caso concreto.

17. O suprimento de lacunas legislativas ante direitos e garantias fundamentais pode ser operado pelo Juiz não só em relação do Poder Público, mas também em relação a particulares em certos casos.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, J.M.L. A “concretização constitucional” de Friedrich Müller. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco**, Recife, v. 2, n. 3, p. 233-232, jan./mar. 1997.
- ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMADO, J.A.G. **Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica**. Disponível em: <<http://www.geocities.com/CollegePark/Union/3939/bogotaart.html>> Acesso em: 30 mar. 1999.
- ANDRADE, J.C.V. de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ATALIBA, G. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- AZEVEDO, P.F. de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- BARROS, S. de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, L.R.. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- \_\_\_\_\_. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 191, p. 1-13, jan./mar. 1993.
- BASTOS, C.R. **As modernas formas de interpretação constitucional**. Disponível em: <<http://www.ibdc.com.br/interpreta.htm>> Acesso em: mar. 2001.
- BASTOS, C.R.; BRITTO, C. A. **Interpretação e aplicação das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2
- BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Polis, 1993.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BRUM, N. de B. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- BULOS, U. L. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 1984. v. 1

CAPPELLETTI, M. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

CARRAZA, R.A. **Curso de direito constitucional tributário**. 4. ed. ver., ampl. e atual. pela Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1993.

CASTRO, C.R.S. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CLÈVE, C.M. **A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, I.M. Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandato [*sic*] de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 104, p. 43-58, out./dez. 1989.

COELHO, I.M. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 58.

COELHO, L.F. **Introdução à crítica do direito**. Curitiba: HDV Livros, 1983.

\_\_\_\_\_. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

COMPARATO, F.K. Eficácia constitucional. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 98, abr./jun. 1991.

DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Brasília, 12 fev. 1988.

DINIZ, M.H. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DWORKIN, R. **Los derechos en serio**. Tradução: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.

ENTERRIA, E.G. de. **La Constitución como norma del tribunal constitucional**. 3. ed. Madrid: Ed. Civitas, 1991.

FACHIN, L.E. Um acórdão de acordo com Viehweg. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 12, p.184, 1990.

FARIAS, E.P. de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

FELIPE, M.B. de. **Originalismo e interpretativismo – Dworkin vs. Bork**. Madrid: Civitas, 1989.

FERRARI, R.M.M.N. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRARI, R.M.M.N. Necessidade de regulamentação constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 18, p. 59-103, jan./mar. 1993.

FERREIRA FILHO, M.G. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 29, p. 35-43, jun. 1988.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, arts. 1º a 43.

FREITAS, J. **As grandes linhas da filosofia do direito**. 3. ed. Porto Alegre: Educ, 1993.

\_\_\_\_\_. **Interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRAU, E.R. A interpretação constitucional como processo. **Revista Consulex**, São Paulo, a. 1, n. 3, mar. 1997.

\_\_\_\_\_. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito posto e direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 46-47.

GUERRERO, M.M. **La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales**. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

GUIMARÃES, U. Discurso proferido na sessão solene de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil: Estatuto do homem, da liberdade, da democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 25, n. 100, p. 5-12, out./dez. 1988.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HECK, L.A. Os direitos fundamentais na lei fundamental de Bonn. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 28, n. 109, jan./mar. 1991.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

INSTITUTO TANCREDO NEVES E PARTIDO DA FRENTE LIBERAL. **Uma contribuição ao debate**: a Constituição da Nova República. Brasília, 1987.

KELSEN, H. **Teoria general del derecho y del estado**. 3. ed. Tradução: Eduardo García Máinez. México: Textos universitários, 1969.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Batista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamego. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

LASSALE, F. **O que é uma Constituição política?** Tradução: Manoel Soares. São Paulo: Global, 1987.

LYRA FILHO, R. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1982. (Coleção Primeiros Passos).

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MELLO, C.A.B. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MIRANDA, F.P. de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 1.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 4.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991. t. 2.

MOREIRA, J.C.B. SOS mandado de injunção. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 11 set. 1990. 2º Caderno, p. 11.

MORO, S.F. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

MÜLLER, F. Interpretação e concepções atuais dos direitos humanos. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 15., 1994, Foz do Iguaçu. **Anais...** Foz do Iguaçu, OAB, 1994. p. 100-106.

\_\_\_\_\_. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NOBRE JÚNIOR, E.P. Disponível em:

<[http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/artigos/o\\_direito\\_brasileiro\\_e\\_o\\_principio\\_da\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana.htm](http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/artigos/o_direito_brasileiro_e_o_principio_da_dignidade_da_pessoa_humana.htm)>

NOVAIS, J.R. Contributo para uma teoria do Estado de direito. Separata de: **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 29, 1987.

OLIVEIRA, M.N.I.A. Jurisdição constitucional e política: interpretativismo, não-interpretativismo e suas alternativas políticas e jurídicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 33, n. 132, out./dez. 1996.

PACHECO, J. da S. **Ações constitucionais típicas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PERELMAN, C. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Tradução: Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1979.

PERRINI, R.F. Os princípios constitucionais implícitos. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 17, p. 113-169, dez. 1996.

PIOVESAN, F.C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIZARRO, P.U. Interpretação constitucional: o método hermenêutico-concretizante. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 5, n.º 17, p. 78-97, out./dez. 1996.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REVISTA DE CIÊNCIA POLÍTICA. Rio de Janeiro: FGV, v. 30, jan./mar. 1987. Edição especial.

ROTHENBURG, W.C. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SENADO FEDERAL, Sistema de Informatização do Congresso Nacional. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/sicon/si\\_Bases.asp?bn=M&bv=4&base=APEM&np=2](http://www.senado.gov.br/sicon/si_Bases.asp?bn=M&bv=4&base=APEM&np=2)> Acesso em: 29 maio 2001.

SILVA, J.A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

\_\_\_\_\_. Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 9, n. 11, p. 43-60, 1992.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, de P.e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 4.

STUMM, R.D. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, A.L. de L. A Constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 28, n. 109. p. 71-108. jan./mar. 1991

TEMER, M. **Elementos de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VELLOSO, C.M. da S. As novas garantias constitucionais: o mandado de segurança coletivo, o “habeas data”, o mandado de injunção e a ação popular para defesa da moralidade administrativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, n. 644, p. 7-17, jun. 1989.