

5 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

5.1 A CONSOLIDAÇÃO DO MODELO INTERPRETATIVO KELSENIANO NO DIREITO BRASILEIRO E A QUESTÃO DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA: ANÁLISE DO CAPÍTULO VIII DA “TEORIA PURA DO DIREITO” EM FACE DO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

5.1.1 O Direito como “moldura” e a impossibilidade de uma única resposta correta

A teoria da interpretação de Kelsen está intimamente correlacionada com sua abordagem teórica do ordenamento jurídico como uma estrutura escalonada de normas. A aplicação de uma norma de escalão superior ocorre quando, de acordo com ela, é produzida uma norma de escalão inferior, de modo que a aplicação do Direito para Kelsen é simultaneamente produção do Direito.⁵⁵³

Fiel à tradição relativista do neokantismo de Marburgo, Kelsen construiu um sistema jurídico centrado exclusivamente no mundo do dever-ser, superestimando aspectos lógicos constituintes de sua teoria pura, em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento. Segundo Rocha, o primeiro momento kelseniano da metalinguagem define a norma jurídica “como um esquema de interpretação do mundo – um fato só é jurídico se for o conteúdo de uma norma – isto é, com condição de significação normativa”.⁵⁵⁴ O segundo momento se dá quando a metalinguagem é transformada em linguagem objeto da Ciência do Direito, a qual, por sua vez, passa a ser a sua metalinguagem, sendo descrita de forma neutra a estrutura das normas jurídicas.⁵⁵⁵

O critério de racionalidade do sistema normativo é fornecido pela hierarquia normativa, a partir da *Grundnorm*, pela qual uma norma é válida somente se uma norma superior determinar a sua integração ao sistema.⁵⁵⁶ Assim, a produção da Constituição se opera em aplicação da própria *Grundnorm*, a qual é a única norma que não é produzida por um ato de vontade, sendo apenas “mentalmente pressuposta”. Conseqüentemente, a aplicação da Constituição opera a produção das normas gerais pela legislação e pelo costume que, por sua vez, ao serem também aplicados, operam a produção das normas individuais pelas

⁵⁵³ Conforme LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*... p. 104.

⁵⁵⁴ ROCHA, Leonel Severo. “Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico”. *In Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17.

⁵⁵⁵ Idem, p. 18.

⁵⁵⁶ Idem, ibidem.

decisões dos juízes e pelos atos da Administração: “A série de escalões termina na execução do acto de coerção estatuído por estas normas individuais”.⁵⁵⁷

O rigor lógico de Kelsen tornou-se o alicerce fundamental da pureza de sua teoria, que é duplamente purificada: é livre de investigações sociológicas e psicológicas, além de separar Direito e moral.⁵⁵⁸ Com isso, o positivismo legal de Kelsen, como uma reação ao idealismo legal, mostra sua relevância em face dos seguintes aspectos: (a) a *Grundnorm* possui apenas uma função epistemológica, não uma função ética ou política; (b) a pressuposição da *Grundnorm* não envolve uma atitude aprovação com relação à ordem jurídica que por ela é validada; (c) a *Grundnorm*, assim como as normas por ela validadas, não requerem conteúdo, não sendo, por isso, substancialmente morais; (d) uma ordem positiva, efetiva e coercitiva não pode ser descrita como legalmente inválida, mesmo que descrita em termos não-legais. Essas proposições possuem uma relação estreita, na medida em que todas denotam que a ilegitimidade moral não envolve uma invalidade legal.⁵⁵⁹

O jurista deve lidar com as normas existentes efetivas, sejam quais forem. Como diz Villey, “podem ser indiferentemente as normas do direito hitleriano ou do regime stalinista ou da República de Weimar”. Isso porque o jurista deve ser neutro: “pouco importa que esses textos visem a dominação da raça germânica sobre o mundo, a eliminação dos burgueses, a expansão das liberdades”.⁵⁶⁰

Dessa forma, o trânsito de um nível superior da produção jurídica para um nível inferior é, simultaneamente, sempre aplicação da norma superior e criação de Direito, no sentido de produção da norma inferior, natureza esta partilhada entre a lei, o decreto, o ato administrativo e negócio jurídico, mas também a sentença judicial. A sentença judicial, para Kelsen, é também um ato produtor de Direito, assim como a lei, mas situado no escalão da individualização ou concretização da norma geral. E, assim como a lei surge de um ato de vontade, também a sentença decorre de um ato de vontade do juiz.⁵⁶¹

Com isso, no entanto, Kelsen deparou-se com a impossibilidade de se apontar definições puramente objetivas, aceitando, de forma reticente, a total irracionalidade da interpretação feita pelos “órgãos do direito”, a partir do Capítulo VIII de sua *Teoria Pura*.⁵⁶²

⁵⁵⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**... p. 104.

⁵⁵⁸ Conforme RAZ, Joseph. “The purity of the pure theory”. In PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie L. **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 238.

⁵⁵⁹ Conforme BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. “Methodological syncretism in Kelsen’s pure theory of law”. In PAULSON, Stanley; ‘et al.’. **op. cit.** pp. 125 – 126.

⁵⁶⁰ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**... p. 186.

⁵⁶¹ Conforme LARENZ, Karl. **op. cit.** p. 105.

⁵⁶² Conforme ROCHA, Leonel Severo. “Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico”... p. 20.

Kelsen distingue duas espécies de interpretação: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica; e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada ou pela própria ciência jurídica.⁵⁶³ O que interessa, para fins deste trabalho, é a análise da interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito.

Na relação entre as normas de um escalão superior com as normas de escalão inferior, as normas superiores nunca determinam de forma completa o conteúdo da norma a ser estabelecida, ou do ato de execução a ser realizado. Diz Kelsen que a norma superior não pode vincular o ato em todas as direções ou sob todos os aspectos, ficando sempre uma margem, seja maior ou menor, de livre apreciação pelo órgão aplicador do Direito. Assim, em relação ao ato de produção normativa ou de execução a ser aplicado, a norma superior terá sempre o caráter de um “quadro” ou “moldura”, que será pelo ato preenchido.⁵⁶⁴

Isso significa que existe, para Kelsen, uma margem de indeterminação relativa, pela qual a Constituição não pode determinar, de modo completo e exaustivo, o conteúdo da lei e esta não pode vincular, em termos absolutos, o conteúdo de uma decisão judicial. Essa indeterminação pode dizer respeito tanto ao fato condicionante, como à consequência condicionada. Isso quer dizer que o estabelecimento de uma norma geral opera-se sob o pressuposto de que a norma individual continuará o processo de determinação, o qual constitui o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas de uma ordem jurídica.⁵⁶⁵

Ao demais, a indeterminação pode ser também uma consequência não intencional da constituição da norma jurídica, na medida em que, para Kelsen, o sentido verbal de uma norma não é unívoco. O órgão que tem a competência para aplicar uma norma encontrar-se-á sempre diante de várias significações possíveis. Em todos os casos de indeterminação intencional ou não, o Direito forma uma moldura, dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação. Para ser um ato conforme o Direito, é necessário que o ato se mantenha nos limites dessa moldura. Nesse caso, a moldura poderá ser preenchida em qualquer sentido possível.⁵⁶⁶

Dessa forma, o resultado da interpretação jurídica pode somente ser a fixação da moldura que representa o Direito a ser interpretado, pelo que se reconheceria a existência de várias possibilidades dentro dessa moldura. Com isso, a interpretação de uma lei não

⁵⁶³ Kelsen chama essas espécies de interpretação autêntica e interpretação não-autêntica. (Conforme KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**... p. 346).

⁵⁶⁴ “*Stets muß ein bald größere, bald geringerer Spielraum freien Ermessens bleiben, so daß die Norm höherer Stufe im Verhältnis zu dem sie anwendenden Akt der Normerzeugung oder Vollstreckung immer nur den Charakter eines durch diesen Akt auszufüllenden Rahmens hat*”. (Idem, p. 347).

⁵⁶⁵ Conforme KELSEN, Hans. **op. cit.** p. 347.

⁵⁶⁶ Idem, p. 348.

conduziria necessariamente a uma solução como a única correta a determinado caso, mas a várias soluções que, dentro da moldura, possuem igual valor, ainda que, ao final, apenas uma delas torne-se direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito. Daí Kelsen afirmar que o fato de uma sentença ser fundada na lei significa que ela está dentro dos limites da moldura ou quadro que a lei representa, isto é, não significa que ela seja *a norma individual*, mas apenas que *é uma das normas individuais* que podem ser produzidas dentro dos limites da moldura.⁵⁶⁷

Sob o ponto de vista do direito positivo, Kelsen sustenta que não há qualquer critério que possa fundamentar a escolha de uma das possibilidades existentes dentro da moldura em detrimento de outra. Não há qualquer método que possa indicar, dentre as várias significações verbais de uma norma, qual é a correta. Todos os métodos de interpretação até então elaborados conduzem a um resultado apenas possível, não a um resultado que seja o único correto. Para o direito positivo, fixar-se na vontade do legislador, desprezando-se o teor verbal da norma, ou fixar-se exclusivamente no teor verbal, desconsiderando-se a vontade do legislador, possuem rigorosamente o mesmo valor. Por isso, é inútil o esforço de fundamentação de uma norma, visando à exclusão de outra, quando se encontram em um mesmo plano.⁵⁶⁸

A própria necessidade de interpretação resulta do fato de a norma a ser aplicada, ou o sistema de normas, deixar sempre várias possibilidades em aberto, deixando a determinação da posição relativa dos interesses a um ato de produção normativa que será posto, como, por exemplo, a sentença judicial.⁵⁶⁹

⁵⁶⁷ “*Daß ein richterliches Urteil im Gesetz begründet ist, bedeutet in Wahrheit nichts anderes, als daß es sich innerhalb des Rahmens hält, den das Gesetz darstellt, bedeutet nicht, daß es die, sondern nur, daß es eine der individuelln Normen ist, die innerhalb des Rahmens der generellen Norm erzeugt werden können.*” (KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**... p. 349. Grifos no original). Gianformaggio, comentando a obra de Kelsen, diz que o autor conclui que a validade de uma norma individual não pode ser inferida da validade de uma norma geral, podendo apenas a norma individual conformar-se a uma norma geral, o que ocorre quando uma norma individual é positivada por um órgão autorizado: “*Por lo tanto, la validez de una norma no es inferida de, sino que es fundamentada en la validez de otra norma*”. (GIANFORMAGGIO, Letizia. **Estudios sobre Kelsen**. México: Fontamara, 1994, p. 76. Grifos no original).

⁵⁶⁸ Conforme KELSEN, Hans. **op. cit.** p. 350.

⁵⁶⁹ Idem, ibidem.

5.1.2 A discricionariedade como traço característico do modelo interpretativo kelseniano

Kelsen afirma que a questão de saber, entre as possibilidades que se apresentam nos limites da moldura do Direito a ser aplicado, qual é a interpretação correta, não é uma questão de conhecimento dirigido ao direito positivo, mas um problema de política do Direito. A tarefa jurisprudencial de obtenção, a partir da lei, de uma única sentença justa, assemelha-se à tarefa do legislador que se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas.⁵⁷⁰

Mesmo que o legislador seja muito mais livre do que o juiz na tarefa de criação do Direito, o juiz também é relativamente livre. Em razão disso, a obtenção de uma norma individual no processo de aplicação de uma lei, como o preenchimento da moldura da norma geral, é uma função voluntária. Ainda que no ato de preenchimento da moldura e aplicação de uma lei possa ter lugar uma atividade cognoscitiva, não se trata de conhecimento de direito positivo, mas da incidência de normas de moral, de justiça e de valores sociais, correntemente designadas como bem comum, interesse do Estado e etc. Com relação ao direito positivo, estas normas não influem em sua validade e verificabilidade. Conseqüentemente, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica a ser aplicada é livre, podendo ser realizada de acordo com a livre apreciação do órgão que possui a competência para produzir o ato, como diz Kelsen:

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.⁵⁷¹

O ato de aplicação do Direito nos limites da moldura somente não seria livre se o próprio direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas, como a moral e a justiça. Em contrapartida, essas normas, então metajurídicas, transformar-se-iam em normas de direito

⁵⁷⁰ Conforme KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**... p. 351.

⁵⁷¹ Idem. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. 5.tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 394.

positivo. É justamente através do ato de vontade que Kelsen distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer interpretação, inclusive a interpretação realizada pela Ciência do Direito.⁵⁷²

A interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito é autêntica porque cria Direito, desde que o ato não possa ser anulado e desde que a sentença tenha transitado em julgado. As demais interpretações distinguem-se porque não criam Direito. A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas, ou seja, não é criação jurídica. Nesse ponto, a Teoria Pura repudia a jurisprudência dos conceitos, a qual, segundo Kelsen, defende a possibilidade de a interpretação cognoscitiva obter Direito novo. Para Kelsen, a interpretação cognoscitiva da ciência jurídica é incapaz de colmatar pretensas lacunas do Direito, pois esta é função criadora do Direito que, portanto, somente pode ser levada a cabo por um órgão aplicador, interpretando o Direito vigente.⁵⁷³

A interpretação “jurídico-científica” deve evitar a ficção de que uma norma jurídica possui apenas uma só interpretação. A interpretação correta é uma ficção utilizada pela jurisprudência tradicional, para consolidar o ideal de segurança jurídica, mas, em razão da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente de forma aproximada pode ser realizado.⁵⁷⁴

Observa-se, pois, que há sempre uma margem de discricionariedade para o órgão atribuído da competência para estabelecer a norma inferior, já que a interpretação, se entendida como uma atividade de conhecimento, apenas demonstra a moldura a ser preenchida, nunca a preenchendo. Não sendo unívoco o sentido de uma norma a ser aplicada, não há como se determinar qual a significação correta: todas são igualmente corretas. Mas, como Kelsen entende interpretação como a fixação do sentido do objeto interpretado, nos limites da moldura, cabe ao aplicador da norma decidir-se, livremente, por meio de ato voluntário, por uma das possibilidades, a qual se tornará direito positivo, mesmo que nenhuma das possibilidades indicadas seja considerada possível pela Ciência do Direito.⁵⁷⁵

Com efeito, o modelo interpretativo de Kelsen é a garantia máxima de purificação do Direito, na medida em que impede que se abuse da Ciência do Direito, criando uma espécie de barreira à sua utilização como veículo de opiniões pessoais ou tendências ideológicas.⁵⁷⁶

⁵⁷² KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**... p. 352.

⁵⁷³ Idem, p. 353.

⁵⁷⁴ Idem, ibidem.

⁵⁷⁵ Conforme LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**... pp. 105 – 106.

⁵⁷⁶ Interessante a posição de Larenz a respeito desta questão: “Do ponto de vista do *ethos* científico, não se pode negar justificção a esta preocupação de Kelsen. É certo que, como poucas outras ciências, a ciência jurídica se encontra a mercê de tal abuso, necessitando, por isso, de uma contínua auto-reflexão crítica como aquela para

O objetivo de sua teoria geral é a de capacitar o jurista, seja advogado, juiz, legislador ou professor, que esteja interessado em uma ordem jurídica específica, descrevendo do modo mais exato quanto possível o Direito, pelo que tal teoria deve retirar seus conceitos exclusivamente do conteúdo das normas jurídicas positivas: “O que não pode ser encontrado no conteúdo das normas jurídicas positivas não pode fazer parte de um conceito jurídico”.⁵⁷⁷

A interpretação kelseniana, portanto, ao desvincular o juiz do conteúdo substantivo da Constituição, reduz toda a atividade interpretativa a uma mera interpretação verbal, “à indicação das significações possíveis, de acordo como sentido das palavras, de entre as quais tem o aplicador da norma de escolher”.⁵⁷⁸

5.1.3 Imaginário e discricionariedade: é possível uma única resposta correta no âmbito do movimento do jogo constitucional?

O modelo interpretativo concebido por Kelsen foi institucionalizado no Direito brasileiro com a adoção das cláusulas abertas no texto do Código Civil de 2002.⁵⁷⁹ Já alertava Warat para o fato de que Kelsen representa a manifestação mais interessante do senso comum teórico dos juristas. Concebida como epistemologia e como dogmática geral, a Teoria Pura e suas categorias foram, paulatinamente, invadindo antigos territórios da dogmática jurídica, a ponto de se tornar complicado explicar a lógica da dogmática jurídica à margem das referências analíticas de Kelsen. Acabou formando-se, por conseguinte, um saber que reforça mecanismos arcaicos da cultura jurídica, reduzindo-a a formulações padronizadas, “cuja necessidade se pretende justificar em nome da ciência, mas que não passam de um conjunto de crenças transformado em uma força idealista por onde foge a história”.⁵⁸⁰

A consolidação desse imaginário positivista pode ser observada nas cláusulas abertas do Código Civil brasileiro, as quais mergulham o intérprete, sem ressalvas, no Capítulo VIII da obra magna de Kelsen.

que em tão grande medida contribuiu a teoria pura do Direito. Porém, quando Kelsen, para se manter longe de tais juízos de valor, declara que a ciência do Direito é incapaz de atingir, através da interpretação de uma norma juízos correctos, deita a criança fora com a água do banho”. (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**... p. 107).

⁵⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXVIII.

⁵⁷⁸ LARENZ, Karl. **op. cit.** p. 108.

⁵⁷⁹ Sobre a discussão acerca das cláusulas gerais, vide o Capítulo 2 deste trabalho.

⁵⁸⁰ Conforme WARAT, Luís Alberto. “A partir de Kelsen”. In PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir (orgs.). **Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 96 – 97.

A partir do princípio da pureza metodológica, Kelsen recusa qualquer articulação da Ciência do Direito com outros saberes. Os elementos extranormativos não se caracterizam como elementos constitutivos do jurídico como tal. Mas, como Kelsen não recusa a idéia de que o Direito possa ser analisado de diferentes lugares teóricos, é válida a multiplicidade de abordagens sobre o fenômeno jurídico, desde que como uma complementaridade externa que não comprometa o regular funcionamento do sistema normativo, isto é, desde que não comprometa a “formulação de um critério deliberativo para as proposições da Ciência Jurídica”, pois esse critério deve necessariamente ser baseado em elementos normativos.⁵⁸¹

As cláusulas abertas admitem, assim como o modelo kelseniano, uma multiplicidade de abordagens sobre o fenômeno jurídico, a partir de um critério normativo, ou seja, de um critério positivado no próprio Código, pois, na definição de Martins-Costa, elas constituem

(...) o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.⁵⁸²

Persiste a idéia de um corretivo externo, a idéia de que o juiz deve se guiar por elemento extranormativos, metajurídicos, para produzir a norma no caso individual, sem, evidentemente, comprometer o regular funcionamento do sistema fechado da codificação, onde impera o princípio da não-contradição.⁵⁸³

De nada adianta discutir-se “novos meios legislativos” para o ingresso no ordenamento jurídico de elementos tidos como “metajurídicos”, bem como é totalmente inócua a discussão acerca da “crise da teoria das fontes”, se qualquer modificação na cultura jurídica termina inexoravelmente por percorrer a vetusta e insuficiente trilha das modificações da técnica legislativa. Essa “nova cultura” corresponde a um novo modelo de codificação.⁵⁸⁴ Mas que nova cultura é essa que ainda depende de adequações e adaptações no modelo de codificação?

Não há ruptura de paradigma, porque persiste o paradigma da deificação da técnica legislativa, acompanhado de seu corolário lógico inarredável da pureza metodológica e da

⁵⁸¹ Conforme WARAT, Luís Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983, p. 117.

⁵⁸² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**... p. 274.

⁵⁸³ Nesse sentido, a posição de Reale quanto aos princípios: “Não creio seja necessário demonstrar a essencialidade dos princípios gerais de direito, não apenas como diretrizes hermenêuticas superiores no plano do ordenamento, mas também nas hipóteses inevitáveis de lacunas nos subsistemas que disciplinam as diversas faixas de normatividade que compõem a ordem jurídica. Ora, é tão-somente o pressuposto lógico-axiológico da unidade do sistema que autoriza, através do recurso aos princípios gerais de direito, a introdução no sistema normativo vigente de uma norma que resolva e supere a falta de preceito disciplinador de espécie não previsto pelo legislador”. (REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**... p. 100).

⁵⁸⁴ Conforme MARTINS-COSTA, Judith. **op. cit.** p. 285.

discricionariedade, traços estes que, combinados, caracterizam o perfil científico-positivista do Direito brasileiro.

Não há necessidade alguma de adequações legislativas ou de um novo modelo de codificação, pois o ordenamento jurídico brasileiro não carece de inserção de arquétipos e *standards* metajurídicos: *esses valores estão previstos, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal de 1988*, verdadeiro marco fundamental da nova cultura jurídica brasileira.

Possuindo o juiz diante das cláusulas abertas várias possibilidades de escolha para a concretização de uma norma jurídica, transita pelo paradigma da discricionariedade kelseniana. Não sendo determinado no âmbito do sistema fechado da codificação qual o valor que deve ser preferido em detrimento de outro, o juiz é livre para aplicar o Direito dentro dos limites da moldura. O papel da Constituição é minorado, servindo apenas como limite negativo externo à atuação judicial.

Renomados juristas brasileiros defendem a tese da discricionariedade judicial e, com ela, acabam por defender uma espécie de positivismo jurisprudencial, “resvalando, com isto, em direção àquilo que o positivismo visou evitar: a discricionariedade do juiz, que acaba se transformando em arbítrio judicial (ou decisionismos voluntaristas)”.⁵⁸⁵ É o caso, por exemplo, de Grau, que, mesmo concebendo o Direito não mais como um “mero regulador das atividades entre os homens”, mas como verdadeiro instrumento de implementação de políticas públicas, entende que graças ao positivismo jurisprudencial a Constituição não é transformada em “um mero pedaço de papel”:

Pois o intérprete autêntico, no sentido de Kelsen, o juiz, ao interpretá-la/aplicá-la, toma a Constituição, mas além dela toma também os fatos. Porque o juiz jamais interpreta a Constituição isolando-a dos fatos sobre os quais irá aplicá-la. Assim, quando tomamos a Constituição de 1988 em face dos fatos da realidade social de hoje, ela já não é mais a Constituição de 1988, mas a Constituição do Brasil, de hoje, e outra será, amanhã, embora permaneça sendo sempre a Constituição do Brasil. Ainda que não se altere o seu texto, a dinâmica da realidade social importará em que outras normas, distintas das dela extraídas em 1988, sejam a partir dela – e da realidade – construídas pelo intérprete autêntico. O juiz não interpreta apenas os textos, mas os textos-e-os-fatos, transformando-os em normas. Assim, feliz ou infelizmente, o que a Constituição diz é o que um intérprete privilegiado, Supremo Tribunal Federal, diz.⁵⁸⁶

No mesmo sentido, Freitas reconhece o mérito de Kelsen em admitir que as normas jurídicas são molduras, as quais possuem seu conteúdo autenticamente delimitado pelo

⁵⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. “A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo”... p. 160.

⁵⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. “Teled debate (Curitiba-Coimbra)”... p. 99.

intérprete. Com base na construção kelseniana, afirma que o intérprete é o positivador derradeiro do sistema:

Fora de dúvida, o juiz (não o legislador) é quem culmina o processo de positivação jurídica. Eis o motivo pelo qual, como salientado em capítulos antecedentes, a jurisprudência, mesmo no sistema romanístico, deve ser reconhecida e proclamada, no mínimo, como a fonte material mais significativa, fenômeno nítido quando se aceita a vinculação, forte ou débil, de qualquer interpretação.⁵⁸⁷

Não é dado ao intérprete olvidar que o constitucionalismo impõe freios e limites à discricionariedade característica do positivismo-normativista, de modo que *todas as formas de discricionariedade devem ser afastadas*. Como ressalva Streck, o próprio Kelsen no Capítulo VIII denunciou a inexistência de um método que garanta a correção do processo interpretativo, o que, por outro lado, não serve de justificação para que sejam estimuladas pretensas interpretações possíveis, com base na vontade ou no conhecimento do intérprete: “A ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não podem levar a possibilidade de que este possa atribuir sentidos arbitrários. Afinal, como bem diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga algo!”.⁵⁸⁸

Percebe-se que a tese kelseniana da impossibilidade de uma única resposta correta é adequada ao paradigma positivista da discricionariedade judicial que vigora no imaginário jurídico pátrio. No âmbito da Constituição dirigente, porém, essa questão exige uma abordagem diversa. Nesse ponto, é interessante, uma vez mais, que sejam analisadas as posições de Alexy e Dworkin a respeito, pois chegam a conclusões distintas.

Alexy entende que a pergunta sobre a existência de uma única resposta correta representa um dos problemas mais discutidos na atual filosofia do direito. Diz o autor que foi justamente Dworkin que desencadeou essa discussão com sua tese de que existe uma única resposta correta para cada caso, concebendo uma teoria do sistema jurídico fundamentalmente distinta das teorias positivistas de Kelsen e Hart. Pela perspectiva positivista, em razão da vagueza da linguagem do Direito e da possibilidade de conflitos entre normas e da existência de casos não regulados, se um caso cai em um espaço vazio do sistema jurídico, por definição o juiz não está vinculado por esse sistema jurídico, devendo, por isso, decidir com base em fundamentos extrajurídicos. A este modelo de regras, Dworkin contrapõe um modelo de princípios que, além das regras, também compõem o sistema jurídico, permitindo, com isso,

⁵⁸⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**... p. 191.

⁵⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. “A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo”... p. 168.

que exista uma única resposta correta naqueles casos em que as regras não determinem uma única resposta correta.⁵⁸⁹

No entanto, segundo Alexy, a teoria de Dworkin deixa em aberto uma série de questões, pelo que se trata sua teoria apenas de uma versão débil da tese da única resposta correta. Alexy, então, toma duas teses, uma forte e uma fraca, como o ponto de partida de seu raciocínio. Pela teoria fraca, se os casos em que as regras não apresentarem uma resposta correta forem solucionados pelos princípios, seria necessário haver uma lista completa de todos os princípios de um sistema jurídico. Ainda assim, não haveria como se determinar o peso relativo dos princípios, ou seja, não haveria como se determinar qual teria preferência em relação ao resultado. Essa lista de princípios, então, não seria nada mais do que um catálogo de *topoi*, representando a variação mais débil de uma teoria dos princípios. Para se obter uma variante mais forte, a teoria deveria conter, além de todos os princípios, todas as relações de prioridade abstratas e concretas entre eles, a fim de ser determinada de forma unívoca a decisão de cada um dos casos. Com isso, a tese de Dworkin sobre a única resposta correta estaria acertada se fosse possível uma teoria de princípios da forma mais forte.⁵⁹⁰

A proposta de Alexy para que os princípios não sejam concebidos como mero catálogo de *topoi* é o estabelecimento de uma ordem fraca que consista de três elementos: (a) um sistema de condições de prioridade; (b) um sistema de estruturas de ponderação; (c) um sistema de prioridades *prima facie*.⁵⁹¹

As condições de prioridade determinam que a solução de uma colisão de princípios em um caso concreto não implique que a solução encontrada seja somente significativa para o caso determinado, mas que possam ser estabelecidas relações de prioridade, importantes para a solução de novos casos, formulando-se, assim, uma lei de colisão, por possuírem validade as conseqüências jurídicas do princípio prevalecente: “las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas de principio prevaleciente”.⁵⁹²

Serão as condições de prioridade estabelecidas até o momento em um sistema jurídico, e as regras que com elas se correspondem, que proporcionarão a informação sobre o peso relativo dos princípios. Em contrapartida, em razão da possibilidade de novos casos, com novas combinações de características, não se pode construir uma teoria que determine para

⁵⁸⁹ Conforme ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica...**

⁵⁹⁰ Idem, ibidem.

⁵⁹¹ Idem, ibidem.

⁵⁹² Idem, ibidem.

cada caso precisamente uma decisão, sendo, entretanto, possível um procedimento de argumentação, que não seria verificado sem as condições de prioridade.⁵⁹³

Outra possibilidade seria a da lei da ponderação: “Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”.⁵⁹⁴ A lei da ponderação formula o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o princípio da proporcionalidade decorre logicamente do caráter principal das normas, assim como este decorre daquele. Isso significa que uma teoria dos princípios conduz a estruturas de argumentação racional, não se caracterizando apenas como um catálogo de *topoi*. De qualquer sorte, também nesse caso a teoria dos princípios necessita de um complemento, por meio de uma teoria da argumentação jurídica.

O terceiro elemento de uma teoria fraca dos princípios são as prioridades *prima facie*. As prioridades *prima facie* estabelecem cargas de argumentação, criando uma certa ordem no campo dos princípios, sem que contenham, desde logo, uma determinação definitiva. Dessa forma, diz Alexy que, “Si son más fuertes los argumentos en favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la carga de la prueba”. Mas, com isso, “el orden depende de nuevo de la argumentación”.⁵⁹⁵

Com essas reflexões, pretende Alexy demonstrar que é impossível uma teoria forte dos princípios que pudesse determinar, precisamente, uma única resposta para cada caso. Mesmo assim, entende ser viável uma teoria fraca dos princípios, a qual não determina para cada caso uma única resposta correta. Prossegue o autor afirmando que a tese da resposta correta não deve ser abandonada, podendo ser mantida por duas vias: a primeira refere-se à existência de uma resposta correta, independentemente de um procedimento que permita demonstrá-la; a segunda, esposada por Alexy, parte da compreensão de que a adição de um nível de princípios ao das regras não leva a um modelo completo de sistema jurídico. Como as regras, os princípios não regulam por si mesmos sua aplicação. Aos níveis dos princípios e das regras deve ser adicionada uma teoria da argumentação jurídica, com a qual é possível uma decisão racionalmente fundamentada. Dessa forma, a questão da única resposta correta depende essencialmente do discurso prático, que levaria a uma resposta correta se sua aplicação garantisse sempre um consenso. No entanto, diante de condições reais, as exigências de um consenso somente são cumpridas de maneira aproximada, o que, por si só, exclui o consenso para cada questão; conseqüentemente, a única resposta correta somente seria obtida

⁵⁹³ Conforme ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica...**

⁵⁹⁴ Idem, *ibidem*.

⁵⁹⁵ Idem, *ibidem*.

recorrendo-se a cinco idealizações: (a) tempo ilimitado; (b) informação ilimitada; (c) clareza lingüística conceptual ilimitada; (d) capacidade e disposição ilimitada para a troca de papéis; (e) carência de prejuízos ilimitada.⁵⁹⁶

Em face dessas condições, afirma Alexy que é evidente a inexistência de procedimentos que permitam, com a segurança intersubjetiva necessária, chegar em cada caso a uma única resposta correta. A idéia de uma única resposta correta, deve, então, ser pressuposta como uma “idéia regulativa”, o que não significa que exista para cada caso uma única resposta correta, mas que em alguns casos se pode dar uma única resposta correta, sem, entretanto, que se saiba quais casos são estes, de modo que vale a pena tentar encontrar em cada caso uma única resposta correta:

Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas.⁵⁹⁷

Dworkin, por sua vez, pergunta se realmente não há uma única resposta correta para os *hard cases*. Sua análise inicia-se a partir de certos conceitos legais, como o conceito de contrato válido ou de um crime, os quais possuem as seguintes características: se um conceito é aplicável em uma situação específica, o juiz terá o dever, *prima facie*, de decidir de determinada forma; mas, se o conceito não é aplicável, o juiz terá o dever, também *prima facie*, de decidir a mesma questão de forma contrária. Esses conceitos são chamados por Dworkin de “dispositive concepts”.⁵⁹⁸

Assim, se é verdade que a troca de promessas constitui ou não um contrato válido, ou que o acusado de um crime é ou não culpado, todos os casos em que aplicados os “dispositive concepts” possuem uma única resposta correta (“bivalence thesis”). A questão levantada por Dworkin, contudo, é a de saber se a troca de promessas *sempre* constitui ou não um contrato válido, ou alguém é *sempre* culpado ou não por um crime. A partir desse questionamento, Dworkin procura demonstrar a ambigüidade inerente à tese de que alguns casos (*hard cases*) não possuem uma única resposta correta.⁵⁹⁹

Dworkin distingue duas versões dessa tese, sendo que ambas negam que a troca de promessas sempre constitua ou não um contrato válido, ou que alguém seja sempre culpado

⁵⁹⁶ Conforme ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica...**

⁵⁹⁷ Idem, ibidem.

⁵⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **A matter of principle...** p. 119.

⁵⁹⁹ Idem, p. 120.

ou não de um crime. Entre si, essas teses distinguem-se em razão dos argumentos que cada uma defende.

Dworkin define ($\sim p$) como a negação lógica de (p), caso em que, se (p) for falso, conseqüentemente ($\sim p$) será verdadeiro. Define ainda a proposição “o contrato é válido” como “ p ” e a proposição “o contrato é inválido” como “ $\text{não-}p$ ”. Com base nessas definições, e com fundamento nos “dispositive concepts”, a questão sobre a validade do contrato teria necessariamente uma única resposta correta, mesmo que não se saiba qual seja: “ $\text{não-}p$ ” é identificado com ($\sim p$), de modo que, ou (p) será verdadeiro, ou ($\sim p$) será verdadeiro, pois (p) ou ($\sim p$) são necessariamente verdadeiros.⁶⁰⁰

Mas as duas versões da tese que não admite uma única resposta correta concordam que essa construção é equivocada; em contrapartida, discordam sobre qual o tipo de equívoco que é verificado.

A primeira versão afirma que “ $\text{não-}p$ ” não é idêntico a ($\sim p$); “ $\text{não-}p$ ” deve ser representado pela proposição (r), que não é a negação lógica de (p). Desse modo, (p) ou (r) não serão necessariamente verdadeiros. A “bivalence thesis” não admite a possibilidade de (q), proposição que não é (p) e nem (r), mas algo entre ambas, uma terceira proposição que ocupa o espaço lógico entre (p) e (r).⁶⁰¹

Já a segunda versão, não nega que “ $\text{não-}p$ ” seja idêntico a ($\sim p$). Ao contrário, afirma que em alguns casos nem (p) ou ($\sim p$) serão verdadeiros, ou seja, em alguns casos, nos *hard cases*, a “bivalence thesis” não será aplicável.⁶⁰²

A crítica de Dworkin a essas teses é a de que, se ambas forem corretas, será errado afirmar, em diversos processos, que uma parte tem direito a uma determinada decisão, e correto afirmar que o juiz possui discricionariedade para decidir de uma forma ou de outra.⁶⁰³

Pela tese de direitos de Dworkin, mesmo quando nenhuma regra regular um caso, uma das partes terá sim o direito de ganhar a causa, sem que, no entanto, se pressuponha a existência de um procedimento de demonstração de quais sejam os direitos das partes nos *hard cases*. Tratando-se de um *hard case*, não sendo a decisão ditada por nenhuma regra específica, a decisão deverá ser influenciada por princípios.⁶⁰⁴

Dworkin vale-se de Rawls para condenar uma prática “intuicionista” dos juízes, os quais, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade

⁶⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **A matter of principle...** p. 122.

⁶⁰¹ Idem, *ibidem*.

⁶⁰² Idem, *ibidem*.

⁶⁰³ Idem, p. 123.

⁶⁰⁴ Idem. **Levando os direitos a sério...** pp. 127 e 131.

política. Não podem, por isso, tomar decisões que apenas isoladamente apareçam acertadas, desconsiderando o fato de que as decisões se configuram como elementos constitutivos de uma teoria abrangente de princípios e de políticas gerais.⁶⁰⁵

São os princípios, pois, que determinam o conteúdo moral da decisão, possibilitando ao juiz a escolha da resposta correta. No entanto, para examinar o modo como um juiz filósofo pode desenvolver teorias de acordo com o requerido pelos princípios, Dworkin cria a figura de um jurista “de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”, a quem chama de Hércules.⁶⁰⁶

Contra o argumento de que a técnica de Hércules seria apropriada somente para Hércules, que possui uma grande percepção moral, e não para os juízes em geral, Dworkin afirma que a técnica, na verdade, estipula ao juiz real a tarefa de aproximar-se, o máximo possível, do ideal:

Ao avaliar este desafio, contudo, não devemos perder de vista o exame das alternativas. Os juízes são injustos quando cometem erros sobre os direitos jurídicos, sejam tais erros em favor do demandante ou do acusado. A objeção chama atenção para o fato de que eles cometerão tais erros em algumas ocasiões, pois são falíveis e, de qualquer modo, divergem entre si. É certo, porém, que embora nós, enquanto críticos sociais, saibamos que erros serão cometidos, não sabemos quando, pois também não somos Hércules. Devemos confiar nas técnicas de decisão judicial que, a nosso juízo, possam reduzir o número de erros, com base em algum juízo a respeito das capacidades relativas dos homens e das mulheres que podem desempenhar diferentes papéis.⁶⁰⁷

Essa forma de ceticismo não configura, segundo Dworkin, um argumento contra a técnica de decisão de Hércules; mas serve como um lembrete ao juiz de que ele pode errar nos juízos políticos que emite, pelo que deve decidir os casos difíceis com humildade.⁶⁰⁸

Na perspectiva do dirigismo constitucional defendida neste trabalho, ambas as teorias não se mostram adequadas à solução da questão acerca da existência ou não de uma única resposta correta para cada caso, em que pese seja a conclusão de Dworkin, que se afasta dos esquemas de discricionariedade judicial, a mais adequada ao movimento do jogo

⁶⁰⁵ Conforme DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério...** p. 137. “As decisões judiciais são decisões políticas, pelo menos no sentido mais amplo que remete à doutrina da responsabilidade política (...). Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com direções anteriores que não foram feitas, e com decisões que a instituição está preparada tomar em circunstâncias hipotéticas (...). Coerência aqui significa, por certo, coerência na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio”. (Idem, pp. 138 – 139).

⁶⁰⁶ Idem, p. 165.

⁶⁰⁷ Idem, pp. 202 – 203.

⁶⁰⁸ Idem, p. 203.

constitucional, ou seja: *em princípio, é possível afirmar-se a existência de uma única resposta correta para cada caso.*

Toda a articulação do ordenamento jurídico é estabelecida a partir do sentido de Constituição, que condiciona o movimento do jogo. A partir dessa afirmação, pode-se concluir que Alexy não possui razão ao afirmar serem necessários procedimentos que levem à resposta correta.

A correção da resposta não deve ser auferida pelo procedimento, mas pela autenticidade ou inautenticidade dos pré-juízos do intérprete. Com isso, elimina-se toda uma cadeia de argumentações que, a partir de uma pré-compreensão inautêntica, estabeleceriam a possibilidade de respostas diversas a um mesmo caso.

A interpretação conforme a Constituição, na perspectiva renovada defendida neste trabalho, ganha, portanto, importância singular. Em face da subjetividade da obra de arte e do caráter vinculativo do movimento do jogo constitucional, a interpretação conforme a Constituição estabelece os limites de atuação do intérprete, que não gozará da discricionariedade do modelo kelseniano. *Não gozando de discricionariedade, não lhe é dado fazer escolhas entre possibilidades diversas, ficando, por isso, restrito ao cumprimento global do programa constitucional, seja de forma direta ou indireta.*

Caso fosse dado ao intérprete fazer escolhas, o ordenamento jurídico não seria condicionado pelo modo de ser da obra de arte, mas pela subjetividade do intérprete. Esse é problema das cláusulas abertas e de sua pseudo-alteração de paradigma. O paradigma não se renova, porque o intérprete continua livre para colmatar as lacunas do sistema jurídico de pretensa completude, discricionariamente. Não havendo como se determinar uma hierarquia entre os valores e os modelos metajurídicos a serem aplicados pelo intérprete, ele se encontra livre para decidir da forma que melhor lhe convier. Persiste o paradigma da moldura como limite negativo.

Mas não pode ser olvidado que a Constituição não é mero elemento negativo de imposição de limites, em razão de seu caráter de ser-no-mundo. Por ser a Constituição reconhecimento e identidade, a única escolha que pode o intérprete fazer é a da resposta que se coadune com sentido de Constituição. É por isso que se formam juízos autênticos. Mesmo que a atividade interpretativa seja de atribuição de sentido, esse sentido não decorre de uma livre escolha do intérprete, pois aqueles modelos e valores antes considerados metajurídicos, estão positivados no texto constitucional. É uma questão de aplicação dos preceitos constitucionais.

Com efeito, torna-se despicienda a afirmação de que, entre os vários sentidos possíveis de uma norma, deve o intérprete optar por aquele que mais se coadune com a Constituição. *Não existem vários sentidos possíveis de uma norma. Assim como também não há um sentido que se coadune com a Constituição, como mero suporte de sentido. O sentido de uma norma, em razão da diferença ontológica entre princípios e regras (Streck), é o próprio sentido de Constituição: qualquer sentido que seja atribuído pelo intérprete a uma norma, que não seja o sentido de Constituição, padecerá pelo vício da inconstitucionalidade. Suprimida a discricionariedade, resta apenas uma alternativa ao juiz, que é a da resposta correta, sob pena de inconstitucionalidade e posterior reforma da decisão.*

O fato de não existir um procedimento mecânico que guie à resposta correta não dá ensejo ao relativismo e à insegurança jurídica. Não há, efetivamente, como hierarquizar ou atribuir valor relativo de forma prévia aos princípios, sem que a teoria dos princípios se torne um mero catálogo de *topoi*. Mas isso tampouco é necessário. A resposta correta não decorre do procedimento, porque a garantia de segurança jurídica é a fundamentação da decisão judicial, nos termos do art. 93, IX, da Constituição. O procedimento traz apenas à tona aquele juízo autêntico formado pela vinculatividade do sentido de Constituição. Estando devidamente fundamentada a decisão, não fica o intérprete à mercê deste ou daquele procedimento, para chegar à resposta correta. Caso dependesse do procedimento, o conteúdo não seria determinante para se chegar a uma resposta, podendo, com isso, o intérprete fazer escolhas discricionárias para justificar o procedimento, como no modelo de Kelsen.

Por outro lado, duas objeções são feitas com relação ao entendimento de Dworkin. Não é necessária a técnica de Hércules para se chegar a uma resposta correta porque no âmbito da Constituição dirigente, o intérprete não precisa ser dotado de uma sabedoria ou capacidade sobre-humanas. Sendo a Constituição a mediação entre o ideal e o real, ela está sempre em construção, o que significa a permanente construção da identidade do intérprete e da sociedade onde ele está inserido. A resposta correta não é um ideal que paira sobre o mundo mortal, mas consequência do sentido ontologicamente positivo do círculo hermenêutico: é o “algo como algo”, a “coisa ela mesma”, é modo de ser-no-mundo do próprio intérprete que, ao nela se reconhecer, a concretiza. É nesse desvelamento que o verdadeiro emerge e que o sentido se faz presente.

Além disso, não há porque ser mantida a distinção entre *easy* e *hard cases*. Os princípios atuam com toda sua força também nos chamados *easy cases*, ou seja, não existem *easy* e *hard cases*, apenas *cases*. De forma original e inovadora, Streck afirma que essa distinção não se sustenta em face do círculo hermenêutico e da diferença ontológica. Por ser metafísica, a distinção não considera o acontecer na pré-compreensão, onde tanto os casos simples como os casos complexos estão enraizados, atendendo às exigências do esquema sujeito-objeto, sendo, por isso, uma distinção apenas objetivista e metodológica.⁶⁰⁹

O movimento do jogo vincula o intérprete em face de qualquer caso, na medida em que é sempre condicionado pelo sentido de Constituição. A resposta correta nos chamados *easy cases* não decorre da simples aplicação de uma regra em uma operação de subsunção normativa, mas do próprio movimento do jogo, em razão da pré-compreensão que o intérprete tem do ente constitucional. Os *hard cases* seriam aqueles casos não resolvidos pela subsunção normativa, pelo que seria necessário lançar mão dos princípios. Mas, se os princípios atuam com toda sua força em todos os casos, os *hard cases* são apenas aqueles casos em que dada situação não faz parte ainda da pré-compreensão do intérprete, o qual, como em qualquer outro caso, formará um juízo autêntico somente a partir de sua vinculação ao movimento do jogo constitucional. Todos os casos, pois, são apenas casos e, como tais, exigem uma resposta correta.⁶¹⁰

Diante dessas considerações, pode-se concluir que é possível uma única resposta correta para cada caso, levando à superação do paradigma positivista da discricionariedade judicial, assim como da dicotomia metafísica entre direito público e direito privado.

5.2 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO

⁶⁰⁹ Conforme STRECK, Lenio Luiz. “Da interpretação de textos à concretização de direitos”... p. 159.

⁶¹⁰ “Portanto, o problema de um ‘caso’ ser fácil ou difícil (simples ou complexo, se assim se quiser) não está nele mesmo, mas na possibilidade – que advém da pré-compreensão do intérprete – de compreendê-lo. Fosse possível – filosófica e hermenêuticamente – distinguir (*a priori*) casos fáceis e casos difíceis, chegar-se-ia à conclusão de que seriam fáceis para determinados intérpretes e difíceis para outros. A questão – vista de outro modo – é: fácil ou difícil para quem? Portanto, há algo anterior à distinção: trata-se de uma ‘dobra’ que cada caso possui, assim como ocorre com a linguagem (aliás, um caso só vem à compreensão através da linguagem, porque, não vem à compreensão através da linguagem, porque, não esqueçamos, texto é evento). Ou seja, uma ‘suficiência ôntica’ pode ‘explicar’ um caso simples para um intérprete: esse mesmo caso, entretanto, pode permanecer como difícil para outro intérprete. Conseqüentemente, a distinção entre casos fáceis e difíceis está na compreensão. Se está na compreensão, então dependerá de uma pré-compreensão, que antecede a ‘designação’ de ser um caso fácil ou difícil. Daí a inadequação de se dizer que os casos fáceis se ‘resolvem’ mediante raciocínios dedutivos (causais explicativos). (Idem. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 274).

5.2.1 A “constitucionalização” do direito privado: expressão renovada do paradigma da filosofia da consciência

A Revolução Francesa é um fato capital na evolução do Direito ocidental. As idéias políticas, filosóficas, econômicas e sociais do Iluminismo do século XVIII foram absorvidas pela legislação revolucionária de 1789, tornando-se fundamento comum para o Direito do ocidente contemporâneo.⁶¹¹

O Direito originado pela Revolução Francesa era de cunho eminentemente individualista, a ponto de o indivíduo gozar, não somente no âmbito do direito privado, mas também no âmbito do direito público, o máximo de liberdade. Os legisladores revolucionários, assim, construíram o sistema jurídico do ocidente contemporâneo com base em algumas teorias políticas que dominaram o Direito nos séculos XIX e XX. Dentre essas teorias, destacam-se: (a) a teoria da soberania nacional, pela qual o rei já não era mais o soberano, mas, sim, a própria nação, teoria aprofundada principalmente por Montesquieu e Rousseau;⁶¹² (b) a teoria do regime representativo, pela qual a nação, soberana, designava os seus representantes, os quais tinham como atribuição definir, por leis, os direitos de cada um dos indivíduos, direitos que eram considerados imprescritíveis e isentos de qualquer limitação que não decorresse dos direitos de outros cidadãos; (c) e a teoria da separação de poderes, a qual foi adotada como estratégia de enfraquecimento do poder do Estado, a fim de se evitar abusos, sendo determinadas três funções essenciais ao governo: a de fazer leis, que correspondia ao poder legislativo; a de executar leis, que correspondia ao poder executivo; e a de aplicar leis em caso de conflito, que correspondia ao poder judiciário.⁶¹³

O monarca perdeu, então, o poder de legislar sozinho, sendo aclamado na Constituição francesa de 1791 que todos os poderes emanavam da nação. Desde então, afirma Gilissen, “a organização dos poderes no Estado e a garantia das liberdades públicas estão na maior parte os países da Europa e da América (salvo na Grã-Bretanha) descritas num acto legislativo escrito chamado constituição”.⁶¹⁴ O paradigma que se instaura do Direito ocidental, pois, é o

⁶¹¹ Nesse sentido GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito...** p. 413. No panorama geral da Europa do século XVIII, apenas a Grã-Bretanha, em larga medida, escapou das influências da Revolução Francesa. (Ibidem).

⁶¹² O conceito de nação, alerta Gilissen, era um tanto confuso. Não podia ser confundido com povo ou com democracia, noções desenvolvidas na ciência política e no direito público apenas no século XIX. Na época revolucionária, a nação era formada por aqueles que possuíam bens a defender. Daí porque o voto censitário domina o século XIX, sendo o sufrágio universal generalizado apenas no transcorrer do século XX. (Idem, p. 414).

⁶¹³ Idem, p. 415.

⁶¹⁴ Idem, p. 419.

paradigma liberal, sendo o indivíduo livre para agir de acordo com sua vontade, não podendo sofrer constrangimentos de grupos sociais ou do Estado.⁶¹⁵

Em contrapartida, a sociedade individualista do *Code Civil* vem sendo substituída por um Direito cuja preocupação não está mais centrada apenas na proteção das relações patrimoniais, mas na realização de uma igualdade material e efetiva, por meio de uma intervenção estatal cada vez maior nas relações interprivadas, espaço de liberdade antes intangível pelo Estado. Diante desse cenário, a doutrina começa a falar em “publicização” ou “constitucionalização” do direito privado, como meio de instauração de um paradigma consentâneo ao Estado Democrático de Direito, superando-se, por essa via, as nefastas conseqüências sociais do positivismo.

Na década de 60, em ensaio pioneiro, Giorgianni utilizou o termo “publicização” para identificar o fenômeno da intervenção do Estado na economia, verificado principalmente depois do primeiro pós-guerra, quando assumiu o Estado o papel de regulador das forças econômicas: “Em outros termos, com a fórmula da ‘publicização’ e da ‘socialização’ se quer indicar que o domínio da vontade do particular no terreno da economia, como era consagrado pelos códigos oitocentistas, é cada vez mais insidiado pelos poderes públicos”.⁶¹⁶

Na doutrina pátria, está se consolidando o entendimento de que a superação do modelo formal e abstrato da modernidade somente é realizável em termos interpretativos, a partir da atribuição de um papel central à Constituição, com conseqüente reunificação do sistema. Nesse sentido, Tepedino corrobora a lição de Moraes de que os princípios possuem a tarefa de realizar conexões axiológicas e teleológicas entre o ordenamento jurídico e o dado cultural, de um lado, e, de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional.⁶¹⁷

Assim, abandonando-se o preconceito da reunificação do direito privado “à luz” da Constituição, abandona-se a rígida dicotomia, pois a sociedade contemporânea é caracterizada pela interpenetração entre o público e privado, sendo inevitável uma “alteração nos confins entre o direito público e o direito privado”, não se podendo mais definir com exatidão qual o território do público e qual o território do privado.⁶¹⁸

Moraes, a seu turno, afirma que a unidade do ordenamento é característica essencial da estrutura e da função do sistema jurídico, decorrendo da existência pressuposta da

⁶¹⁵ Conforme GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito...** p. 537.

⁶¹⁶ GIORGIANNI, Michele. **O direito privado e suas atuais fronteiras**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Disponível em <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes>>. Acesso em 22.10.2005.

⁶¹⁷ Conforme TEPEDINO, Gustavo. “Código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa”. In _____ (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 14.

⁶¹⁸ Idem. **Temas de direito civil...** p. 19.

Grundnorm, que é fator determinante de validade de toda a ordem jurídica. A partir dessa unidade, é inaceitável a contraposição rígida entre direito público e direito privado, de modo que, a desde a Constituição de 1988, e seus objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a pessoa humana se encontra no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, como valor conformador de todos os ramos do Direito.⁶¹⁹

Segundo Fachinni Neto, o fenômeno da “constitucionalização” exige a análise das conseqüências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, de modo que, contemporaneamente, pode ser compreendido pela ótica da interpretação conforme a Constituição. Esta, no entanto, ao contrário da concepção defendida neste trabalho, é entendida pelo autor como um procedimento hermenêutico escalonado, nos moldes da estrutura piramidal elaborada por Kelsen. Com isso, a norma de nível inferior, o Código Civil, não pode ser interpretado em contrariedade com a norma de nível superior, a Constituição:

Dessa forma, o fato de o constituinte ter incluído na Carta Magna vários princípios (mas também algumas regras) tipicamente de direito privado, faz com que todo o direito privado, naquilo que é atingido potencialmente por tais princípios, deva ser interpretado em conformidade com a Constituição.⁶²⁰

Em suma, a “constitucionalização” do direito privado significa que a “Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico – inclusive do Direito Privado”.⁶²¹

Em que pese uma postura da doutrina privatística mais voltada para questões sociais e para a efetividade do programa constitucional, *não há como, pela perspectiva da “constitucionalização”, falar em alteração de paradigma*. O paradigma reinante é ainda o da separação entre sujeito e objeto, entre a Constituição e o ordenamento jurídico, isto é, a Constituição é ainda compreendida como mera normação geral, no ápice de uma estrutura piramidal.

O fenômeno da “constitucionalização” é concebido pelo prisma dos dualismos metafísicos, porque é visto *a partir do direito privado* e é visto *a partir da noção de sistema do jusnaturalismo racionalista*.

⁶¹⁹ Conforme MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil-constitucional**. Disponível em <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf>>. Acesso em 22.10.2005.

⁶²⁰ FACHINNI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”... pp. 37 – 38.

⁶²¹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**... p. 98.

Tepedino adverte que a adjetivação atribuída ao direito civil, agora “constitucionalizado”, visa à demonstração da necessidade de inserção do direito civil no “tecido normativo constitucional” e na “ordem pública sistematicamente considerada”. No entanto, segundo o autor, essa adjetivação poderia parecer desnecessária: “*Se é o próprio direito civil que se altera, para que adjetivá-lo?*”.⁶²²

A tentativa feita de reelaboração dogmática não remete a uma relação de intersubjetividade, mas a uma relação assujeitadora do objeto, em que a Constituição é tida não como reconhecimento e identidade, mas como mera ferramenta de interpretação, com o que é preservada a estrutura piramidal do ordenamento jurídico: “Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, *relendo o direito civil à luz da Constituição*”.⁶²³

A mera leitura do direito civil “à luz” da Constituição pressupõe necessariamente dicotomia, dualismo, separação. Pressupõe a existência de duas esferas que se interpenetram em determinados pontos, mas que resguardam seu espaço próprio, em uma paradoxal busca da unidade por meio da fragmentação. É por isso que não se discute a realização ou o cumprimento do projeto global da Constituição para a sociedade brasileira; discute-se, com afincos, a aplicação do Código Civil e a “modernização” das técnicas legislativas. Metodologicamente (e epistemologicamente) a aplicação do Código Civil não depende do cumprimento do programa constitucional. Basta a eleição de uma das técnicas de interpretação que desprestige o conteúdo constitucional que o Código se torna blindado e imune à incidência de valores e princípios constitucionais. *A superação da dicotomia público-privado, portanto, não se refere a uma questão de interpretação sistemática ou de reunificação do sistema jurídico a partir da Constituição, mas de abandono do paradigma cartesiano da filosofia da consciência*, tarefa que, por mais que seja empregado esforço, não é levada a cabo por significativa parte da doutrina pátria.

Note-se que alguns autores ainda falam em “incomunicabilidade” entre o Código e a Constituição. Essa incomunicabilidade teria sido superada pela técnica legislativa adotada pelo Código Civil de 2002, das cláusulas abertas, que permitiria o que Martins-Costa denomina de “conexão inter-sistemática”, a qual facilitaria “a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais”, viabilizando, com isso, “a inflexão ponderada, no ordenamento jurídico, dos princípios da Constituição”, não estando, assim, as

⁶²² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**... p. 21. Grifou-se.

⁶²³ Idem, p. 22. Grifou-se.

esferas do direito público e do direito privado “seccionadas por um intransponível muro divisório”.⁶²⁴

Conseqüência dessa relação de subordinação da Constituição em relação à lei infraconstitucional é, no dizer de Fachin, um estudo do direito privado a partir da Constituição, possibilitando uma “penetração” do direito constitucional nas disciplinas privadas.⁶²⁵ É como se a Constituição fosse um elemento externo e estranho ao regular funcionamento do próprio ordenamento jurídico, pendente, por meio de técnicas legislativas, de reconhecimento e validação pela legislação infraconstitucional.

Dessa forma, nem mesmo pela perspectiva piramidal de kelsen vislumbra-se a posição hierarquicamente superior da Constituição, pois que, sendo o fenômeno da constitucionalização uma concessão que faz o direito privado à influência filtrada da Constituição, por meio das cláusulas abertas, apenas são traçados novos contornos da dicotomia público-privado, sem que seja, no entanto, superada.

5.2.2 O direito constitucional e a força normativa da Constituição: a superação da dicotomia público-privado a partir da Constituição dirigente

Já alertava Hesse que para se compreender o direito constitucional é preciso uma compreensão prévia de seu objeto, a Constituição. Somente a partir da compreensão da Constituição que o direito constitucional pode identificar os problemas constitucionais, apresentando-lhes uma resposta adequada.⁶²⁶

Segundo Hesse, um conceito abstrato de Constituição, adequado, senão a todas, a um considerável número de Constituições históricas, sem considerar as peculiaridades de tempo e lugar, é, para a teoria do direito constitucional, vazio de conteúdo e incapaz de fundamentar uma compreensão apta a solucionar os problemas constitucionais práticos de determinada realidade histórico-social. Para a regulação da vida histórico-concreta, a questão que deve ser colocada, para que sejam expostos os traços básicos do direito constitucional vigente, é a questão relativa à Constituição atual, individual e concreta, pelo que não se pode recorrer a um conceito de Constituição consolidado ou mesmo majoritariamente admitido.⁶²⁷

⁶²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. “O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro”. **Revista de Informação Legislativa n. 139**, 1998, p. 11.

⁶²⁵ Nesse sentido, FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 301.

⁶²⁶ “*De ahí que no sea solamente la teoría de la Constitución quien deba inexcusablemente preguntarse por la Constitución*”. (HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 03).

⁶²⁷ Idem, pp. 03 – 04.

Lo que sea ‘Constitución’ en el sentido del interrogante aquí suscitado y delimitado es algo que sólo puede ser concebido a partir del cometido y de la función de la Constitución en la realidad de la vida histórico-concreta. En la misma aparecen como objetivos inexcusables la unidad política y el orden jurídico.⁶²⁸

A concepção de Constituição elaborada neste trabalho não tem como pressuposto, ainda com Hesse, um Estado preexistente e independente da atuação humana, e tampouco de um Direito abstrato e completo.⁶²⁹ Construiu-se, por isso, a noção de Constituição como obra de arte, sendo ao intérprete atribuída a permanente tarefa, no diálogo que se estabelece no entremeio do círculo hermenêutico, de construção da obra de arte, possibilitando à sociedade na qual esteja inserto que se reconheça e se identifique na Constituição. A tarefa do permanente construir é condicionada pelo movimento do jogo, pelo modo de ser da obra de arte, pelo sentido de Constituição.

Pelo sentido de Constituição constituir o sentido do ordenamento jurídico, concorda-se com a afirmação de Hesse de que “La Constitución es el *orden jurídico fundamental de la Comunidad*”. A Constituição, assim, não se limita à ordenação da vida estatal, abarcando suas normas as bases da ordenação da vida não-estatal. É por isso que, no contexto da obra de arte e da Constituição dirigente, o direito constitucional está situado além de um direito meramente político.⁶³⁰

Portanto, o processo de realização do direito constitucional e da Constituição, assim como a própria “realidade”, não pode apartar ou isolar um de outro. A norma constitucional necessita de concretização, de modo que seu conteúdo não pode ser realizado apenas sobre as bases lingüísticas do texto, sob pena de fracassar diante dos problemas oriundos da dinâmica social, como alude Hesse:

Así pues, la ‘concretización’ del contenido de una norma constitucional, así como su realización, sólo resultan posibles incorporando las circunstancias de la ‘realidad’ que esa norma está llamada a regular. Las singularidades de estas circunstancias – con frecuencia conformadas ya jurídicamente - integran el ‘ámbito normativo’, el cual, a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto, y a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el ‘programa normativo’ es elevado a partir integrante del contenido normativo. Puesto que estas singularidades, y con ellas el ‘ámbito normativo, se hallan sometidas a cambios históricos, los resultados de la ‘concretización’ de la norma pueden cambiar, a pesar de que el texto de la norma (y con ello, en lo esencial, el ‘programa normativo’) continúa siendo idéntico. De todo ello resulta una *mutación constitucional* constante, más o menos notable, que no resulta fácil de captar y que, por ello, rara vez se manifiesta con nitidez.⁶³¹

⁶²⁸ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. . . pp. 07 – 08.

⁶²⁹ Idem, pp. 15 – 16.

⁶³⁰ Idem, p. 16. Grifos no original.

⁶³¹ Idem, p. 28. Grifos no original.

A superação da dicotomia público-privado, assim, não pode ser analisada a partir do direito privado, mas a partir da Constituição dirigente, na medida em que inexistente uma unidade formal do ordenamento jurídico, mas uma unidade material, condicionada pelo movimento do jogo constitucional que, por sua vez, é condicionado pelo sentido de Constituição.

Como assevera Streck, vários dos sentidos de Constituição são legados pela tradição, mas, contemporaneamente, mostra-se adequada a noção de uma Constituição compromissária e detentora de força normativa, “pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade”.⁶³²

A Constituição, pois, é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade e, em seu conjunto, os princípios e as regras constitucionais “valem como lei”, isto é, o direito constitucional é direito positivo, razão pela qual se fala em força normativa da Constituição. Canotilho, assim, diz que não há normas constitucionais programáticas, no sentido em que tradicionalmente eram compreendidas, como simples programas, declarações, promessas ou “exortações morais”; as normas programáticas se constituem em “normas-fim, normas-tarefa, normas-programa”, as quais não somente impõem uma atividade, como também dirigem materialmente a concretização constitucional. Seu valor jurídico, por isso, é constitucionalmente idêntico ao dos demais preceitos constitucionais, o que suprime a eficácia meramente programática: todas as normas são atuais, ou seja, possuem força normativa independentemente de ato de transformação legislativa.⁶³³

Percebe-se, desde logo, que indevida a mera “leitura” do ordenamento jurídico e, mais especificamente, do direito privado, “à luz” da Constituição. Utilizando uma linguagem kelseniana, a interpretação de qualquer “escalão” do ordenamento jurídico deve estar comprometida com a concretização da própria Constituição, em razão de sua força normativa, sob pena de inconstitucionalidade.⁶³⁴

Por ser a Constituição o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, é de sua adequada ou inadequada interpretação que “exurgirá sua (in)efetividade”.⁶³⁵ Esse é o problema, por exemplo, da “constitucionalização” do direito privado, fenômeno que ignora

⁶³² STRECK, Lenio Luiz. “Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra vol. LXXX**, 2004, p. 303.

⁶³³ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**... p. 189 – 190.

⁶³⁴ “*Con otras palabras, la fuerza y la eficacia de la Constitución descansan en su vinculación a las fuerzas espontáneas y a las tendencias vitales de la época, en su capacidad para desarrollar y coordinar objetivamente estas fuerzas, para se, por su mismo objeto, el orden global determinado, es decir, material de las relaciones sociales concretas*”. (HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**... p. 65).

⁶³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **op. cit.** p. 306.

que a problemática relativa à fundamentação do processo compreensivo-interpretativo teve seu *locus* deslocado do procedimento para o modo-de-ser, como ressalta Streck:

Desse modo, embora venha sendo recepcionada e/ou adotada pelas diversas concepções da teoria do direito, é com Gadamer que a hermenêutica dará o *grande salto paradigmático, porque atinge impiedosamente o cerne da problemática que, de um modo ou de outro, deixava-a refém de uma metodologia*, por vezes atrelada aos pressupostos da metafísica clássica e, por outras, aos parâmetros estabelecidos pela filosofia da consciência (metafísica moderna). Enquanto tentativa de elaboração de um discurso crítico ao normativismo, a metodologia limita-se a procurar traçar as “regras” para uma “melhor” compreensão dos juristas (v.g. autores como Coing, Canaris e Perelman), sem que se dê conta daquilo que é o *calcanhar de Aquiles* da própria metodologia (que tem a pretensão de ser normativa): a da absoluta impossibilidade da existência de um ‘meta-critério’, espécie de regra que estabeleça o uso dessas regras. Enfim, não se dão conta da impossibilidade de um *Grundmethode*. Daí o contraponto hermenêutico que procuro apresentar: o problema da interpretação não é epistemológico e tampouco procedimental; é, antes, fenomenológico; e, mais do que tudo, existencialidade.⁶³⁶

Logo, a forma de superação da dicotomia público-privado remete ao próprio modo de ser do intérprete, condicionado pelo movimento do jogo, eliminando-se o dualismo metafísico.

5.2.3 Direito público, direito privado e circularidade hermenêutica

Ao analisar a obra de Heidegger, Stein diz que o filósofo se propôs a pensar o ser como história, retornando à essência da metafísica, onde, em seu começo, o ser se esconde. É uma história ontológica, onde o ser sempre aconteceu de modos diferentes, para uma nova humanidade: “No passo de volta, essa história se manifesta como vontade de poder, espírito, subjetividade, *cogito ergo sum, mens, actus, ουσΙΑ, ενεργεια, ιδεα, λογοζ, αληθεια, φυσιζ, εν*”. Para Heidegger, no entanto, essa história se manifesta como esquecimento, pois cada humanidade confunde o ser com os modos de manifestação que ele assume através de sua história. E, em seu velamento, no desvelamento de sua história, o ser se esconde e essa retração gera esquecimento.⁶³⁷

O passo de volta, contudo, tem a consciência dessa retração do ser, de modo que o ser é pensado como a história de seu esquecimento: “Heidegger pode percorrer assim todos os passos da história do ser como metafísica e verificar o gradual esquecimento do ser”. Com isso, o seu esquecimento é superado, justamente por pensar o velamento do ser, em seu

⁶³⁶ STRECK, Lenio Luiz. “Bem jurídico e Constituição”... pp. 305 – 306.

⁶³⁷ Conforme STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: Edipucrs, 2002, p. 91.

desvelamento: “Isto é a lembrança do ser: o ser é ληθη. Por essa lembrança penetra o pensador na αληθεια, na verdade do ser”.⁶³⁸

A tese de Heidegger, segundo Stein, é de que a metafísica dá o fundamento da forma essencial de uma época, isto é, funda uma época, por meio de uma determinada explicação do ente e por meio de uma determinada concepção da verdade, fundamento este que perpassa todas as manifestações que caracterizam uma época. E Heidegger somente foi jogado no passo de volta por Nietzsche que, como o último pensador metafísico, viu no dualismo sensível-supra-sensível o niilismo, invertendo os valores mais altos do platonismo (mundo das idéias), substituindo-os pelos valores da vida:

Assim, em 1933, no discurso de reitorado: *A auto-afirmação da Universidade Alemã*, Heidegger descerra o horizonte em que se movimentará sua meditação sobre Nietzsche: “E se a nossa existência mais profunda realmente está diante de uma grande decisão, se é verdade o que diz Frederico Nietzsche, o último filósofo alemão que apaixonadamente procurou Deus: ‘Deus está morto’, se nós temos que levar a sério este abandono do homem atual em meio aos entes...”. De que fala esta palavra: ‘Deus está morto’, que não do ente em geral, do fundamento dos entes que se esvaiu, do mais ente que perdeu sua força de fundamentação? Mas isso põe em crise toda a metafísica. Ela é sacudida em seus fundamentos, por esse grito último metafísico.”⁶³⁹

A totalidade do compreender se dá no “como hermenêutico”, o qual não se resolve com o pensamento objetificante que considera um outro objeto como o fundamento do conhecimento empírico, por mais universal que aquele seja.⁶⁴⁰

Como salienta Heidegger, o ser é sempre o ser de um ente e o ser dos entes não é em si mesmo um outro ente.⁶⁴¹ Afirma Stein que desde Aristóteles a filosofia trata o problema do ser do ente de uma maneira equivocada, com instrumentos equivocados e com um método equivocado, não considerando que o termo “ser” possui um caráter tão universal que não se coloca na ordem do objeto, mas na ordem do significado. Sendo a metafísica um pensamento que distingue o que “algo é” do fato de “algo ser” (*essentia* e *existentia*), entifica naturalmente todos os conceitos com os quais se acreditava fosse possível encontrar o fundamento das coisas (substância, idéia, Deus, etc.). Objetificando cada um dos nomes atribuídos ao ser, faltou ao pensamento metafísico a percepção da análise *a priori*, do que é

⁶³⁸ STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**... p. 92.

⁶³⁹ Idem, p. 112.

⁶⁴⁰ Idem. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1997, p. 82.

⁶⁴¹ Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**... pp. 06 e 09.

previamente dado, do que é o todo do compreender e que precede a qualquer tipo de proposição.⁶⁴²

Qualquer construção teórica que tenha como premissa a busca de um fundamento de validade universalizante trilhará o mesmo caminho da metafísica que, como pensamento objetificante, aniquila um dos pólos do esquema sujeito-objeto, baseado na distinção sensível e supra-sensível: é eliminado justamente o pólo da sensibilidade, sendo substituído por um ente supra-sensível, consumando-se, nesse movimento, a diferença ôntica no sempre igual.⁶⁴³

Assim, falar em “constitucionalização” do direito privado, ou na “irradiação” das normas constitucionais “sobre todo o sistema”, é ignorar que o ser é ser do ente e que o ente é o ente do ser e que ambos aparecem sempre no seu modo a partir da diferença. Como afirma Pöggeler, ser e ente são o mesmo: a diferenciação entre ser e ente, “este si-mesmo (o ser do ente, o ente no seu ser) só se torna unido formalmente na unidade consigo mesmo. Ser não é algo distinto do ente; se ele fosse algo distinto, então ele seria de novo ente”.⁶⁴⁴

Este é o problema do dualismo metafísico da dicotomia público-privado: a entificação do público e o privado. *O direito público e o direito privado não são entes distintos e separados entre si; o público e o privado são faces distintas de um só ente, de onde é originada a unidade consigo mesmo: a Constituição.*

Não deve, portanto, ser olvidado que a Constituição não é um elemento objetivo fora do círculo hermenêutico, como se dela pudesse ser deduzido outro elemento objetivado. Daí dizer Streck que a noção de Constituição é paradoxal,

(...) ao fundar sem ser ‘fundamento *inconcussum*’ (porque não é uma categoria ou uma hipótese a partir da qual se possa fazer ‘deduções’), e, ao mesmo tempo embora sendo o ponto de partida (e de chegada) do ordenamento, frustra essa pretensão de ser esse ponto, já que esse ‘começo’ sempre se renova na forma de antecipação de sentido e na circularidade hermenêutica.⁶⁴⁵

Não há porque falar em dicotomia público-privado ou em constitucionalização se as regras de direito público e as regras de direito privado, condicionadas pelo sentido de Constituição, são apenas formas distintas, mas não separadas, de concretização do programa

⁶⁴² Conforme STEIN, Ernildo. **op. cit.** pp. 82 – 83. “Em outras palavras, faltou a Aristóteles uma concepção de semântica. Ele tinha uma teoria do objeto, mas não tinha uma teoria do significado. Quer dizer, Aristóteles identificava ainda a máxima universalidade com um objeto maximamente universal. Ora, a máxima universalidade é da ordem do significado e não da ordem do objeto”. (Idem, p. 83).

⁶⁴³ Conforme STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença...** p. 133.

⁶⁴⁴ PÖGGELER, Otto. **A via do pensamento de Martin Heidegger.** Tradução de Jorge Telles de Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 147.

⁶⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos?”... p. 234.

constitucional. É por essa razão que a interpretação conforme a Constituição não é mera técnica ou método de interpretação de leis infraconstitucionais, mas forma de interpretação e concretização da própria Constituição: *interpretar uma regra de direito público ou de direito privado, no movimento do jogo constitucional, é aplicar a Constituição.*

A construção de um sistema de direito privado apartado daquilo que Heidegger denomina de “mundanidade” do mundo (*Die Weltlichkeit der Welt*) não se sustenta. A descrição dos entes e de tudo que se dá no mundo, como as casas, árvores e homens, é uma mera descrição ôntica, pré-fenomenológica. Nessas descrições já se pressupõe o mundo de muitas maneiras. A relevância da “mundanidade” decorre de sua própria noção: é um conceito ontológico que significa a estrutura de um momento constitutivo do ser-no-mundo. A mundanidade, pois, é um existencial. O mundo, assim, designa o conceito existencial-ontológico de mundanidade. Por isso, a mundanidade pode se modificar ou se transformar em conjuntos de estruturas de mundos diferentes, mas carrega sempre em si o *a priori* da mundanidade em geral: ontologicamente, mundo é o ser dos entes.⁶⁴⁶

Dito de outra forma, a mundanidade pode designar a pertença do jogador ao jogo, o condicionamento do intérprete no movimento do jogo e sua vinculação ao modo de ser da obra de arte, com conseqüente formação de juízos autênticos. O mundo é o próprio sentido de Constituição. A mundanidade pode se transformar em estruturas de mundos diferentes, porque o diálogo que se estabelece entre a obra de arte e o intérprete é um diálogo em permanente construção, razão pela qual a obra de arte é reconhecimento e identidade. Mas a mundanidade carrega sempre em si o *a priori* da mundanidade em geral, que é o próprio movimento do jogo e o processo de constituição de sentido, a partir do sentido universalizante de Constituição.

Não basta a simples descrição de regras de direito privado para a formação sistemática de uma ordem normativa coerente e unitária. As regras de direito privado são condicionadas pelos princípios constitucionais, ou seja, pelo movimento do jogo constitucional. O diálogo permanente entre a Constituição e o intérprete determina todas as estruturas normativas de direito privado, porque a formação de juízos autênticos se dá no entremeio do círculo hermenêutico. O movimento que é jogo é o *a priori* da mundanidade em geral, pelo que o sentido de Constituição constitui o sentido do ordenamento jurídico.

Quando se fala em direito público e direito privado, não se fala em duas instâncias sistematicamente apartadas que apenas mantém certos graus de comunicabilidade entre si: quando se fala em direito público e direito privado, alude-se a um só existencial, ao sentido de

⁶⁴⁶ Conforme HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*... §14.

Constituição. Direito público e direito privado são diferentes e possuem peculiaridades em nível de regras; mas ambos concretizam, existencial-ontologicamente, o sentido universalizante de Constituição.

Ao encontro desses argumentos, vem a afirmação de Hesse de que a Constituição e a realidade política e social se encontram em uma relação de dependência. Há uma conexão indissolúvel entre o ordenamento jurídico e a realidade social, pois a pretensão de uma norma constitucional é, segundo Hesse, “tener vigencia, es decir, realizar el estado por ella normado”:⁶⁴⁷ a Constituição não constitui somente o Estado, mas também a sociedade. Desse modo, a Constituição ordena e conforma a realidade social e política, como explica Hesse:

Con otras palabras, la fuerza y la eficacia de la Constitución descansan en su vinculación a las fuerzas espontáneas y a las tendencias vitales de la época, en su capacidad para desarrollar y coordinar objetivamente estas fuerzas, para ser, por su mismo objeto, el orden global determinado, es decir, material de las relaciones sociales concretas.

Pero la fuerza normativa de la Constitución no se basa solamente en la adaptación inteligente a las circunstancias. La constitución jurídica misma es capaz de convertirse en fuerza actuante cuando se sitúa en la disposición individual del presente. Verdad es que por sí sola no realiza nada sino que únicamente plantea una tarea. Pero se vuelve fuerza actuante cuando dicha tarea es asumida, cuando se está dispuesto a hacer determinar la conducta propia por el orden regulado por la Constitución, cuando se está decidido a imponer ese orden frente a cualquier cuestionamiento o ataque en base a circunstanciales consideraciones de utilidad, cuando, por tanto, en la conciencia general y concretamente en la conciencia de los responsables de la vida constitucional se halla viva no solamente la voluntad de poder, sino, sobre todo, la “voluntad de Constitución” (*Wille zur Verfassung*).⁶⁴⁸

Dizer que a Constituição determina materialmente as relações sociais concretas é dizer que o sentido de Constituição constitui o sentido do ordenamento jurídico. E a “vontade de Constituição” é ato do intérprete tomar como sua a permanente tarefa de construção da obra de arte. Nesse contexto, o Direito faz parte do movimento do jogo constitucional, e as relações que se estabelecem sob a égide de suas regras são relações condicionadas pelo sentido universalizante de Constituição e reguladas pelos princípios constitucionais.

Portanto, no paradigma instaurado pelo movimento do jogo constitucional não resiste o dualismo metafísico entre público e privado. O que emerge, o desvelado, o que permanece e fica como verdadeiro, é o reconhecimento que é a obra de arte, que não encontra fronteiras nas descrições formais de sistemas de pretensa completude: a Constituição é existencial, é realidade.

⁶⁴⁷ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. ... pp. 61 – 62.

⁶⁴⁸ Idem, pp. 65 – 66.

5.3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.3.1 Tipologia das liberdades

A história dos direitos fundamentais, alerta Sarlet, “desemboca no surgimento do Estado moderno constitucional”. A *ratio essendi* do Estado constitucional é justamente a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Assim, teve grande importância, para o reconhecimento dos direitos fundamentais pelos processos revolucionários do século XVIII, as doutrinas jusracionalistas.⁶⁴⁹

Dois aspectos do pensamento jusnaturalista destacam-se: a secularização da dimensão moral da pessoa humana e a consideração dos direitos como direitos inatos ou naturais, por meio das teorias contratualistas. O individualismo e a secularização foram condições imprescindíveis à Declaração de Direitos do Homem de 1789 que, em seu art. 1º, afirma a igualdade natural de todos os homens, afirmação que é central também na Declaração de independência americana.⁶⁵⁰

Foi Locke o pensador que mais influenciou as declarações liberais de direitos, de uma forma difusa e geral, “y de ahí sin duda deriva también el intento de señalar influencias de unas – la americana – sobre otros – la francesa –, cuando en realidad lo que hay es una común paternidad genérica del autor inglés”.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed.rev.at.amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 39 e 41. Sobre a terminologia “direitos fundamentais”, diz o autor: “Em que pese ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (...) Assim, ao menos sob certo aspecto, parece correto afirmar, na esteira de Pedro C. Villalon, que os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições, resultando, de tal sorte, da confluência entre os direitos naturais do homem, tais como reconhecidos e elaborados pela doutrina jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, e da própria idéia de Constituição. (...) Assim, ainda para Höffe, os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser pessoa humana) ao passo que os direitos fundamentais (positivados nas Constituições) concernem às pessoas como membros de um ente público concreto”. (Idem, pp. 33 a 35).

⁶⁵⁰ Conforme MARTINEZ, Gregório Peces-Barba; MANRIQUE, Ricardo García. “Los textos de la Revolución Francesa”. In ROIG, Rafael de Asís ‘et al.’ (coords.). **Historia de los derechos fundamentales**, tomo II, volumen III. Madrid: Dyckinson, 2001, p. 138.

⁶⁵¹ Idem, pp. 141 – 142.

Locke insere a propriedade entre os direitos naturais, não se embasando em uma ordem discursiva sobre critérios de justiça distributiva, mas, sim, sobre a livre expansão da propriedade e sobre a acumulação de riquezas.⁶⁵²

No Estado de Natureza, o homem, diz Locke, é livre e senhor absoluto de si e de suas posses, não se sujeitando a ninguém. Para ingressar na Sociedade Civil, ele abre mão dessa total liberdade, porque, mesmo que seja detentor desses direitos no Estado de Natureza, está constantemente exposto à invasão de outros, pois todos são iguais e a grande maioria não observa a equidade e a justiça. Por isso, a fruição de suas propriedades é demasiadamente insegura. Assim, os homens se colocam sob um governo com o intuito de preservação de sua propriedade, que era entendida por Locke como “their lives, liberties, and states”.⁶⁵³

No tocante ao conteúdo dos direitos previstos no art. 1º da Declaração de Direitos de 1789, pelo qual “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, e no art. 2º, que considera a liberdade e a propriedade como direitos naturais, verifica-se que são teses originariamente lockeanas. O argumento central de Locke é justamente o de que os homens são livres e iguais em direitos, idéia que explica o sentido do Contrato na sociedade política:⁶⁵⁴ “com Locke, a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade, e à propriedade converteu-se na finalidade precípua da sociedade civil e em princípio legitimador do governo”.⁶⁵⁵

Dessa forma, pela doutrina dos direitos naturais, a ordem social expressa sua autonomia por direitos que nascem com os homens e, por conseguinte, são anteriores e superiores ao próprio Estado, o qual não os cria, apenas os reconhece. Esses direitos se apresentam à razão, de modo que o próprio Direito, revelado pela razão, possui uma validade anterior e superior ao Estado. Abriu-se, assim, um caminho para uma teoria dos direitos individuais, cuja legitimidade não reside no fato de serem reconhecidos pelo Estado: a legitimidade do Estado decorre do fato de ser concebido como expressão e garantia desses direitos.⁶⁵⁶

O liberalismo possui, de acordo com García-Pelayo, uma espécie de *Logos* secularizado que conduz à idéia de humanidade e à tese de que nenhum homem deve

⁶⁵² Conforme MERLO, Maurizio. “Poder natural, propriedade e poder político em John Locke”. In DUSO, Giuseppe (org.). **O poder**... pp. 157, 158 e 168.

⁶⁵³ LOCKE, John. **The second treatise of government**, §§ 123 e 124.

⁶⁵⁴ Conforme MARTINEZ, Gregório Peces-Barba; MANRIQUE, Ricardo García. “Los textos de la Revolución Francesa”... p. 149. Vide LOCKE, John. **op. cit.** §87.

⁶⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**... p. 44.

⁶⁵⁶ Conforme GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza, 1999, pp. 149 – 150. Destaca o autor o papel de Locke como fundador da teoria liberal dos direitos individuais, distinguindo entre os homens como tais e como membros do Estado. (Idem, p. 150).

encontrar obstáculos para o desenvolvimento de sua personalidade. Gira a doutrina das liberdades em torno de uma afirmação da liberdade e da consideração do Estado como instrumento para tornar efetiva essa liberdade. Para cumprir essa tarefa, o Estado liberal adotou três caminhos:

a) El reconocimiento patente y solemne de un grupo de derechos individuales que acotan una esfera de libertad personal frente al poder del Estado.

b) Un principio de organización de su poder de manera que se limite a sí mismo y garantice la vigencia de tales derechos (división de poderes y otros métodos).

c) La sumisión de la actividad del Estado a unas normas jurídicas precisas mediante las cuales quede eliminado todo arbitrio peligroso para la seguridad de la esfera jurídica individual y contrario a la dignidad e igualdad sustancial de los sometidos (Estado de Derecho).⁶⁵⁷

Há, portanto, três formas de fundamentar as liberdades e propugnar seu reconhecimento jurídico, segundo Fioravanti: “En síntesis, se puede decir que la aproximación al problema de las libertades puede ser de tipo historicista, individualista o estatalista”.⁶⁵⁸

O modelo historicista privilegia as liberdades civis negativas, situando-as na história, visando a sua maior proteção possível contra as intromissões arbitrárias dos poderes constituídos. As liberdades, nessa perspectiva, se traduziam na capacidade de agir, livre de impedimentos ou obrigações, dentro de uma esfera autônoma e delimitada em relação ao poder político. Impera a noção de liberdade como segurança, o que tornou as liberdades positivas (liberdades políticas) meramente acessórias em face das liberdades civis, a ponto de toda a participação na formação da lei estar em função do controle, do equilíbrio das forças e da tutela dos direitos adquiridos.⁶⁵⁹

Pelo modelo individualista de liberdade, há uma progressiva destruição do Medievo e da ordem feudal e estamental de governo e de sociedade. Esse tipo de reflexão fundamenta a teoria e a prática das liberdades e dos direitos em uma radical oposição com a Idade Média, desde o jusnaturalismo do século XVII até as declarações revolucionárias de direitos, desde o Estado de Direito até o Estado Democrático. Há uma forte antítese entre a ordem estamental e a ordem individual de direito. A Revolução Francesa é o primeiro grande marco dessa luta por

⁶⁵⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. . . p. 144.

⁶⁵⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Tradução de Manuel Martínez Neira. 3.ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 25.

⁶⁵⁹ Idem, pp. 26 e 35. Afirma Fioravanti que, em razão da proteção à propriedade e dos correspondentes poderes de disposição do proprietário, não por acaso o país que desenvolveu com mais força a cultura historicista das liberdades seja o país em que é mais forte a tradição das liberdades civis: a Inglaterra (*liberty and property*). O modelo inglês permite situar as liberdades em largos ciclos históricos, subtraindo-as de perigosas definições legislativas, ao menos tempo em que deixa transparecer uma imagem de evolução progressiva, de marcante presença nos tempos da *civil society* burguesa, já presente na obra de Locke. (Idem, pp. 26, 33 e 34).

uma progressiva ordenação do direito em um sentido individualista e anti-estamental. A referência genérica e abstrata aos direitos do homem e do cidadão não teria sido possível se o jusnaturalismo não houvesse se ocupado desses direitos por meio do artifício argumentativo do Estado de Natureza. É com essa maneira que o jusnaturalismo se separa radicalmente de suas raízes medievais, que estavam presentes em Locke, por exemplo, para se projetar com força para o futuro, nas próprias declarações revolucionárias de direitos. Era, pois, um dos deveres fundamentais das Constituições modernas o de garantir os direitos e liberdades frente ao exercício arbitrário do poder público estatal: “una cultura rigurosamente individualista de las libertades atribuye a este esfuerzo de concentración el mérito de histórico de haber sido el instrumento de la progresiva destrucción de la vieja sociedad estamental de privilegios”. O primeiro e mais fundamental direito do indivíduo era justamente o de poder rechaçar toda autoridade que não fosse proveniente da lei, tornando-se o Estado o monopolizador da capacidade normativa e de coação.⁶⁶⁰

Com efeito, o modelo historicista também se conduz à necessidade de tutela da esfera privada individual, mas afirma a primazia do indivíduo exclusivamente em frente ao poder político estatal. Pelo modelo individualista, mais adaptado ao regime francês do que ao inglês, a primazia do indivíduo é dirigida sobretudo contra os poderes dos estamentos, ou seja: enquanto o modelo historicista sustenta uma doutrina e uma prática de governo limitado, o modelo individualista sustenta uma revolução social que elimine os privilégios e a ordem estamental que os sustenta. Como consequência, as liberdades políticas emancipam-se do caráter acessório e funcional que possuíam em face das liberdades civis. Juntamente com a necessidade de tutela e garantia da esfera de autonomia dos indivíduos (liberdades negativas), coloca-se com a mesma dignidade a necessidade do exercício constante das liberdades políticas, obrigando os poderes públicos constituídos a seguir o rumo desejado pelo corpo constituinte soberano dos indivíduos politicamente ativos.⁶⁶¹

Por fim, o modelo “estatalista” diferencia-se dos demais por considerar a autoridade do Estado algo mais do que um instrumento necessário de tutela. O Estado é tido como condição necessária para que as liberdades e os direitos nasçam e sejam considerados com autênticas situações jurídicas subjetivas dos indivíduos. Sob essa perspectiva, a doutrina de Hobbes assume um posto central. O modelo estatalista prescinde de qualquer referência a um direito natural dos indivíduos anterior ao direito imposto pelo Estado. Pela lógica estatalista, não são

⁶⁶⁰ Conforme FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales...** pp. 35 a 37.

⁶⁶¹ Idem, pp. 35 a 37 e 45. Ressalta o autor, entretanto, que tanto o modelo historicista como o individualista se apresentam mais como duas linhas pelas quais foi desenvolvida a doutrina moderna dos direitos e das liberdades, em oposição à Idade Média. (Idem, pp. 37 – 38).

necessários liberdade ou direito individual anterior ao Estado; o fundamental é a própria força imperativa das normas estatais, únicas capazes de ordenar a sociedade e de fixar as posições jurídicas de cada um. Não existe, pois, sociedade antes de que todos se submetam à força imperativa do Estado: “la *societas* de los individuos titulares de derechos nace *con el mismo Estado*, y solo *a través* de su presencia fuerte y con autoridad”.⁶⁶²

Nesse cenário, as liberdades políticas já não se justificam mais como expressão específica de uma liberdade originária fundamental dos indivíduos de decidir sobre uma certa ordem político-estatal, mas por uma necessidade inerente ao próprio Estado de prover-se de órgãos e pessoas que concretizem sua vontade soberana. Toda a sociedade de indivíduos politicamente ativos que elege seus representantes não está lhes transmitindo poderes que detinha originariamente, apenas exercendo a função de designar aqueles que terão o dever de expressar a soberania do Estado na forma da lei, em razão do interesse público e sobre o fundamento do direito positivo estatal. Também as liberdades civis não preexistem ao Estado: “son lo que a ley del Estado quiere que sean”. Desse modo, suprime-se por completo a dualidade entre liberdade e poder, uma vez que ambos nascem juntos na construção estatalista.⁶⁶³

A partir desses três modelos de liberdade, verifica-se que resultam da secularização do direito natural e da individualização dos privilégios estamentais os elementos propícios à formação das garantias dos direitos fundamentais. A Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 marcou o início da transição dos direitos de liberdade para os direitos fundamentais, partilhando com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 a inspiração jusnaturalista que levou ao reconhecimento de direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis a todos os homens.⁶⁶⁴

Por outro lado, tanto a Revolução Francesa como o próprio Estado de Direito Liberal do século XIX apresentaram uma tendência estatalista, em razão de uma necessidade genérica de estabilidade e de unidade. A afirmação dos direitos naturais e da soberania nacional não são realidades opostas na Declaração de Direitos; antes, resultam do mesmo processo histórico, que, a um só tempo, liberta o indivíduo do poder despótico dos monarcas e da aristocracia, assim como liberta o exercício do poder público em nome da nação das influências particularistas dos poderes feudais e senhoriais.⁶⁶⁵

⁶⁶² FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**... p. 48. Grifos no original.

⁶⁶³ Idem, pp. 50 a 52.

⁶⁶⁴ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**... pp. 48 – 49.

⁶⁶⁵ Conforme FIORAVANTI, Maurizio. **op. cit.** p. 58.

A contribuição francesa, portanto, teve decisiva importância no processo de reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX, culminando no Estado de Direito que, na sua vertente liberal-burguesa, traçou a concepção clássica de direitos que caracteriza os direitos fundamentais de primeira dimensão.⁶⁶⁶

5.3.2 O desenvolvimento da doutrina dos direitos fundamentais

A formalização da liberdade e da igualdade não gerou, como se desejava, a garantia de seu efetivo gozo. No transcorrer do século XIX, em razão do impacto da industrialização e dos problemas sociais e econômicos que dela decorreram, foi desencadeada uma série de movimentos sociais que reivindicavam um reconhecimento progressivo de direitos, exigindo do Estado um comportamento ativo para a realização de uma justiça social.⁶⁶⁷

Como resultado da industrialização, operou-se a transformação de uma sociedade rural e agrícola, para uma sociedade urbana, industrial e comercial. Essa rápida industrialização levou a problemas como o superpovoamento, o desenraizamento, as precárias condições de trabalho e à pobreza.⁶⁶⁸

A ortodoxia liberal entrou em crise e dela seguiu-se a destruição dos antigos e tradicionais modos de vida, o que se refletiu em uma mudança de atitude por parte do Poder Público, a partir de intervenções sobre o domínio econômico, evidenciando-se um duplo aspecto do processo de transformação do Estado Liberal: por um lado, ocorreu a implementação de melhoria das condições sociais, assumindo o Estado o papel de garantidor de condições mínimas de existência para os indivíduos; por outro, a intervenção estatal funcionou como verdadeira garantia regulatória para o mercado, “já que o mesmo poder público passa a funcionar como agente financiador, consumidor, sócio, produtor, etc., em relação à economia”.⁶⁶⁹

O reconhecimento dos direitos reivindicados caracterizou-se, pois, por sua dimensão positiva. Não se tratava mais de evitar qualquer intervenção do Estado na esfera de liberdade

⁶⁶⁶ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** p. 49. “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição essa que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”. (Idem, p. 50).

⁶⁶⁷ Idem, p. 52.

⁶⁶⁸ Conforme PERRY, Marvin. **Civilização Ocidental...** p. 545.

⁶⁶⁹ Conforme STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado...** pp. 62 – 63.

individual, mas de garantir a liberdade por intermédio do Estado, como efetiva transição das liberdades abstratas para as liberdades materiais concretas. São direitos fundamentais de segunda dimensão aqueles que se caracterizam por outorgar aos indivíduos “direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.”, além das denominadas “liberdades sociais”, como nos casos “da liberdade de sindicalização, do direito de greve”, e do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, “tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho”.⁶⁷⁰

Assim como os direitos de primeira dimensão, os de segunda dimensão eram, inicialmente, objeto de especulação filosófica e política com acentuado cunho ideológico, em razão do desenvolvimento das doutrinas socialistas e da reflexão antiliberal do século XX. Sendo, porém, proclamados nas declarações solenes das Constituições de cunho marxista, bem como pelo constitucionalismo clássico da social-democracia (Weimar), dominaram inteiramente as Constituições do segundo pós-guerra.⁶⁷¹

Com isso, não subsiste a separação entre o econômico e o político. No entanto, a intervenção estatal no domínio econômico não cumpriu um papel socializante, cumprindo, antes, o papel de mitigação dos conflitos do Estado Liberal, por meio de atenuação de suas características – a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção.⁶⁷² De qualquer forma, a nova teorização dos direitos fundamentais com o reconhecimento de que a prescrição desses direitos é também direito objetivo, levou à superação da distinção material da Constituição em duas partes básicas, em que os direitos fundamentais eram direitos públicos subjetivos, constituindo direito objetivo somente as disposições organizatórias.⁶⁷³

A conseqüência da evolução desse processo concretiza-se no *Welfare State*, cuja regulamentação envolve questões sociais e temas que são mediata e imediatamente relacionados ao processo produtivo. O traço característico do Estado do Bem-Estar é o seu papel interventivo e promocional, garantindo, segundo Streck, “tipos mínimos de renda,

⁶⁷⁰ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** pp. 52 – 53. Faz o autor a ressalva de que os direitos sociais também se reportam ao indivíduo, não podendo, por isso, ser confundidos com direitos coletivos e difusos, que compõe a terceira dimensão dos direitos fundamentais. (Idem, p. 53).

⁶⁷¹ Conforme BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional...** p. 564.

⁶⁷² Conforme STRECK, Lenio Luiz; ‘et al.’. **Ciência política e teoria geral do estado...** pp. 67 – 68.

⁶⁷³ Conforme BONAVIDES, Paulo. **op. cit.** p. 568. Afirma o autor que a concepção de objetividade e de valores, em relação aos direitos fundamentais, atribuíram uma nova feição ao princípio da igualdade e ao da liberdade, que deixaram de ser “mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir, conforme demonstra a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado”. (Idem, p. 569).

alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político”.⁶⁷⁴

Os direitos fundamentais de terceira dimensão (direitos de fraternidade ou solidariedade), portanto, se desvinculam da figura do indivíduo como seu titular, passando a proteger grupos humanos, desde a família até o povo e a nação, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa.⁶⁷⁵

A doutrina já identificou cinco direitos de terceira dimensão: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o de comunicação. Essa relação, alerta Bonavides, é apenas indicativa daqueles direitos que, atualmente, se delinham com contornos mais nítidos, o que não exclui a possibilidade de outros direitos estejam em “fase de gestação”, alargando, posteriormente, esse rol.⁶⁷⁶

Discute-se, ainda, a tendência de reconhecimento de uma quarta dimensão de direitos fundamentais a partir da globalização política dos direitos fundamentais. Seriam direitos de quarta dimensão os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, correspondendo à derradeira fase de institucionalização do Estado Social, na lição de Bonavides:

Os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.⁶⁷⁷

Essa dimensão de direitos fundamentais está ainda aguardando consagração na esfera internacional e nas ordens constitucionais internas, pelo que, afirma Sarlet, a dimensão da globalização dos direitos fundamentais formulada por Bonavides está longe de receber reconhecimento no direito positivo interno e internacional, “não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica”.⁶⁷⁸

De qualquer modo, os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, reconhecidos interna e internacionalmente, possibilitaram a construção de uma nova universalidade dos

⁶⁷⁴ Conforme STRECK, Lenio Luiz; ‘et al.’. **op. cit.** p. 71.

⁶⁷⁵ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**

⁶⁷⁶ Conforme BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional...** p. 569.

⁶⁷⁷ Idem, pp. 571 – 572.

⁶⁷⁸ SARLET, Ingo. **op. cit.** p. 57.

direitos fundamentais, desvinculada do sentido abstrato que norteou a Declaração de Direitos de 1789. Essa nova universalidade os eleva a um “grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia”.⁶⁷⁹

Isso se verifica na “receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio” dos direitos a prestações, culminando na previsão específica em capítulo próprio dedicado aos direitos sociais, no catálogo dos direitos e garantias fundamentais.⁶⁸⁰

5.3.3 A função dirigente dos direitos fundamentais

As breves considerações feitas nos itens acima servem para demonstrar que no desenvolvimento do constitucionalismo os direitos fundamentais adquiriram nova feição e uma importância diferenciada nos ordenamentos constitucionais, não estando mais relacionados apenas à função de proteção dos indivíduos frente às arbitrariedades dos poderes constituídos.

Nesse sentido, afirma Fioravanti que a renovada supremacia da Constituição não se refere exclusivamente ao aspecto da rigidez constitucional, do controle de constitucionalidade e de uma tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade, como norma fundamental de garantia. As Constituições democráticas do século XX são normas diretivas fundamentais, destinadas a todos os poderes públicos, assegurando aos cidadãos a realização dos valores constitucionais.⁶⁸¹

Verifica-se que a cultura dos direitos e liberdades das Constituições democráticas posteriores ao segundo pós-guerra forma-se em evidente contraposição ao liberalismo jurídico do século XIX, reforçando uma tendência de combinação de duas tradições revolucionárias distintas: a Constituição como norma fundamental de garantia e a Constituição como norma diretiva fundamental.⁶⁸²

⁶⁷⁹ Conforme BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional...** p. 574.

⁶⁸⁰ Conforme MENDES, Gilmar. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/dialogo-juridico-10-janeiro-2002-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em 27.08.2004.

⁶⁸¹ Conforme FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales...** p. 129. Segundo o autor, é matéria típica de uma Constituição como norma diretiva fundamental o gozo dos direitos sociais, como o direito à educação, à subsistência e ao trabalho. (Ibidem).

⁶⁸² “*Ahora bien, las constituciones democráticas actuales intentan combinar lo que en las revoluciones aparecía irremediavelmente separado. La tradición estadounidense de la rigidez de la constitución y la tradición revolucionaria francesa – de 1789 y también de 1793 – de la soberanía popular y del cuerpo constituyente soberano se toman como premisas para elaborar la norma directiva fundamental que debe transmitirse a los poderes públicos*”. (Idem, p. 131).

No Brasil e na América Latina, entretanto, os movimentos em prol do Estado de Bem-Estar não foram capazes de alterar o perfil autoritário do poder. Entre nós, denuncia Streck, o Estado de Bem-Estar jamais se estabeleceu ou se consolidou.⁶⁸³

A crise dos direitos fundamentais na sociedade brasileira não pode, por isso, ser apartada de uma teoria da crise política. Essa crise decorre da desorganização constitucional dos países periféricos e da impossibilidade de tornar estáveis as formas democráticas da sociedade, em razão da vasta gama de problemas sociais, econômicos e financeiros, praticamente insolúveis diante da estrutura de poder vigente, que sobrevive à sombra da Constituição.⁶⁸⁴

Não deve, dessa forma, ser olvidada no Estado Democrático a função dirigente dos direitos fundamentais.

A expressão “função dirigente dos direitos fundamentais” é de Canotilho. Para o autor, todos os direitos fundamentais podem ser considerados como “dimensões dirigentes de uma ordem constitucional democrática”.⁶⁸⁵

Dizer que os direitos fundamentais são dirigentes não significa dizer que dispensem qualquer tipo de densificação ou complementação normativa ou que constituam um plano material “esgotante e exclusivo”; significa que “a constituição dos direitos fundamentais será uma constituição dirigente na medida em que estabelece directivas-quadro para a conformação, concretização, desenvolvimento e aplicação de todos os direitos fundamentais”.⁶⁸⁶

Os direitos fundamentais são direitos constitucionalmente positivados, possuindo, em consequência, a característica da “fundamentalidade”, que aponta para a dignidade especial de proteção desses direitos, formal e materialmente. Formalmente, as normas que consagram direitos fundamentais são colocadas no grau superior do ordenamento jurídico e, por serem normas constitucionais, não estão submetidas ao processo ordinário de revisão, constituindo, no mais das vezes, os limites materiais da própria revisão. Além disso, constituem parâmetros materiais de escolhas e decisões, como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos.⁶⁸⁷

Materialmente, a fundamentalidade significa que as estruturas básicas do Estado e da sociedade serão constituídas decisivamente pelo conteúdo dos direitos fundamentais. Decorre

⁶⁸³ Conforme STRECK, Lenio Luiz; ‘et al.’. **Ciência política e teoria geral do estado**... p. 73.

⁶⁸⁴ Conforme BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**... pp. 576 – 577.

⁶⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Das constituições dos direitos à crítica dos direitos”... p. 83.

⁶⁸⁶ Idem, p. 84.

⁶⁸⁷ Idem. **Direito constitucional**... p. 509.

daí a não-taxatividade do catálogo material de direitos fundamentais, possibilitando o reconhecimento de direitos que, embora materialmente fundamentais, não os sejam formalmente. Por conseguinte, alguns aspectos do regime jurídico da fundamentalidade formal são aplicáveis também àqueles direitos.⁶⁸⁸

O dirigismo constitucional, assim, não está limitado à garantia de uma dimensão subjetiva dos direitos, liberdades e garantias, como salienta Canotilho:

... é a dimensão dirigente que faz ressaltar a dimensão objectiva desses direitos transmutando-os numa *ordem de princípios* (preferimos esta fórmula à saturada ‘ordem de valores’) impregnadores de todo o ordenamento jurídico e vinculativos para todos os poderes (desde poderes internos como o poder legislativo, político administrativo e judicial, até aos poderes europeus, passando pelos poderes públicos exercidos por privados e poderes privados dotados de esquemas ‘coactivos’ semelhantes aos poderes públicos).⁶⁸⁹

A função dirigente dos direitos fundamentais desponta das imposições para a sua concretização, ao fixarem os pressupostos de sua realização, como, por exemplo, nas hipóteses do arts. 196 e 205 da Constituição Federal (direito à saúde e à educação). Por outro lado, apresentam-se como normas proibitivas nos casos em que os atos político-legislativos, que devem concretizar as políticas públicas de direitos sociais, se orientarem em sentido contrário à prescrição do programa constitucional.⁶⁹⁰

A Constituição dirigente opera uma transformação nas relações entre a lei e os direitos dos cidadãos, fazendo com que se transite da idéia de direitos fundamentais no âmbito da lei, para a idéia de lei no âmbito dos direitos fundamentais. Com isso, a força dirigente dos direitos a prestações se expressa como um mandamento de proibição de omissão aos poderes públicos, mesmo que não haja disposições constitucionais dirigidas expressamente ao legislador. Como salienta Canotilho, os direitos fundamentais constituem verdadeiro modelo de ação para o Estado e os cidadãos:

⁶⁸⁸ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional...** p. 509. “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, forma, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)”. (SARLET, Ingo, Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** p. 85).

⁶⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Das constituições dos direitos à crítica dos direitos”... p. 84.

⁶⁹⁰ Idem, p. 85. “Isso é importante sobretudo no contexto do Estado regulador e da liberalização dos serviços incumbidos de assegurar as prestações existenciais indispensáveis à efectivação deste tipo de direito. Se, por exemplo, a Constituição impõe a democratização do ensino com base num sistema público de ensino será inconstitucional a liberalização da rede de ensino como o recurso sistemático a ‘vouchers’ destinados a financiamento em escolas privadas”. (Ibidem).

Através do apelo à pluridimensionalidade dos direitos fundamentais, expressa no reconhecimento de uma dimensão subjetiva do direito a prestações e na ideia de uma dimensão programática-normativa (imposições legiferantes, directivas constitucionais e determinações dos fins e tarefas do Estado), verifica-se que os magros resultados a que se chega no plano de uma ‘estrita argumentação do Estado de Direito’ não significam a minimização do significado dos direitos a prestações no plano democrático-constitucional. Significa também que, mais uma vez, a realização da constituição dirigente não pode aquilatar-se através da dissolução do potencial da acção político-democrática numa ‘curta’ mentalidade de pretensões subjectivas, individualmente accionáveis. A ‘perda de justiciabilidade’ e a colocação dos direitos a prestações dentro da ‘reserva do possível’ e da ‘reserva de lei’ devem ser compensadas por uma intensificação de participação democrática na política dos direitos fundamentais. (...). Eis porque os direitos económicos, sociais e culturais, ao transformarem-se em ‘modelos de acção’ para o Estado e os cidadãos, exigem uma compreensão material quer dos direitos fundamentais, quer da liberdade de conformação do legislador. Esta não é aqui uma ‘discricionariedade’ ou ‘liberdade de conformação’ essencialmente negativa: a ‘imposição’ dos direitos fundamentais (...) implica uma determinação heterónoma, positiva e negativa, da ‘realização legislativa’ do catálogo de direitos. (...). A vinculação material heterónoma, imposta autónoma e imediatamente pelos direitos fundamentais, aponta para a multifuncionalidade da reserva de lei: a reserva de lei também é uma tarefa de conformação e realização dos direitos fundamentais.⁶⁹¹

A função dirigente dos direitos fundamentais possibilita a transformação de uma ideia tradicional de Estado Social, como Estado meramente legislativo e administrativo, em verdadeiro Estado Constitucional e Democrático de Direito, pela consolidação de um sistema de garantias frente aos poderes públicos e privados, mediante a introdução de tratamentos jurídicos desiguais, mesmo que positivos, com o intuito nitidamente compensatório.⁶⁹²

Os direitos a prestações não se destinam à protecção da liberdade e da igualdade abstrata, mas à implementação de tarefas de melhoria e redistribuição de recursos existentes, “bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem”.⁶⁹³

Conseqüentemente, sendo os poderes públicos os destinatários das imposições dos direitos sociais, é possível falar, com Häberle, que deixa o magistrado de ser um intérprete privilegiado, pois muitos são os participantes do processo constitucional, isto é, “todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição”.⁶⁹⁴ A interpretação constitucional ocorre em uma sociedade pluralista e aberta, como obra de todos

⁶⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador...** pp. 377 – 378.

⁶⁹² Conforme PISARELLO, Gerardo. **Del estado social tradicional al estado social constitucional**: por una protección compleja de los derechos sociales. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em 24.01.2006. Cappelletti alerta para o fato de o *Welfare State*, por ser em sua origem essencialmente um “Estado legislativo”, está em permanente processo de transformação em “Estado administrativo”, no sentido de “Estado burocrático”, evidenciando-se o “perigo de sua perversão em estado de polícia”. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 39).

⁶⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** p. 274.

⁶⁹⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional...** p. 41.

os participantes do processo. A teoria da sociedade que subjaz ao pensamento de Häberle é justamente a teoria da sociedade aberta, na forma de democracia pluralista, a qual implica uma pluralidade de idéias e interesses que coexistem na comunidade política, razão pela qual não seria possível o recurso a uma vontade homogênea com pretensão de verdade absoluta.⁶⁹⁵

Em contrapartida, a teoria de Häberle apresenta aspectos negativos, apontados por Canotilho. Primeiramente, afirma o autor que a teoria apresenta um demasiado déficit normativo, por retirar normatividade da Constituição, lançando-a no existencialismo atualizador do pluralismo, dissolvendo-a, por conseguinte, na política. Com isso, a teoria corre o risco de acabar em uma espécie de positivismo sociológico, pois não há como se vislumbrar com alguma clareza o limite entre a realidade constitucional e as realidades inconstitucionais. O pluralismo de Häberle é “romanticamente crédulo na harmonização universal”, onde não se colocam questões de legitimação.⁶⁹⁶

De qualquer sorte, na linha da teoria da Constituição esposada nesse trabalho, é importante ressaltar na teoria de Häberle o fato de que a Constituição não diz respeito apenas ao Estado ou ao sistema político, incluindo um projeto de identificação de uma ordem político-social, que é a própria sociedade.⁶⁹⁷ Dessa forma, toda a construção teórica do movimento do jogo constitucional dirige-se à concretização dos direitos fundamentais e, notadamente, ao reconhecimento da especial dignidade dos direitos a prestações.

Como obra de arte, a Constituição é reconhecimento e identidade de uma sociedade. Mas a sociedade somente irá se reconhecer e se identificar na Constituição se os seus anseios básicos e mais prementes forem por essa ordem concretamente valorados.

A participação plural no processo de interpretação não permite ao Poder Público desviar-se do programa constitucional, vinculando a eleição de políticas públicas, bem como a atividade legiferante, a juízos autênticos, que conformam a harmonia do ordenamento jurídico, por meio do sentido de Constituição.

A vinculatividade decorrente dos direitos fundamentais significa, em última instância, a vinculatividade a juízos autênticos a partir do movimento do jogo constitucional, que se ordena e se coordena, a partir do sentido de Constituição, visando ao cumprimento global do programa constitucional, que segue incessantemente a meta de concretização dos direitos fundamentais.

⁶⁹⁵ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... p. 93.

⁶⁹⁶ Idem, pp. 96 a 100.

⁶⁹⁷ “Correcta, neste contexto, é a concepção do Estado conformado pela lei constitucional: processo no qual, sob a pressão de antagonismos e num ‘acontecer’ nunca terminado, se tenta tendencialmente obter uma unidade de acção e de efeitos políticos”. (Idem, p. 104).

É por essa razão que no âmago da Constituição dirigente estão os direitos fundamentais, cuja concretização é expressão máxima de materialidade da própria Constituição. Por meio de seus princípios, a Constituição multiplica-se ao mesmo passo em que se torna una, de modo a ser desvelado, na permanente tarefa de sua interpretação, o sentido que harmoniza e confere unidade ao ordenamento jurídico: o sentido de Constituição.