

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

**Bruno de Almeida Oliveira**

**A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A EFETIVIDADE DA  
CONSTITUIÇÃO:  
uma desconstrução das tradicionais classificações das normas  
constitucionais quanto à sua eficácia, fundada nas teorias estruturantes do  
paradigma do Estado Democrático de Direito.**

Belo Horizonte  
2012

**Bruno de Almeida Oliveira**

**A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A EFETIVIDADE DA  
CONSTITUIÇÃO:**

**uma desconstrução das tradicionais classificações das normas  
constitucionais quanto à sua eficácia, fundada nas teorias estruturantes do  
paradigma do Estado Democrático de Direito.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas  
Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título  
de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho  
Júnior.

Belo Horizonte

2012

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

O48a Oliveira, Bruno de Almeida  
A aplicabilidade das normas constitucionais e a efetividade da constituição: uma desconstrução das tradicionais classificações das normas constitucionais quanto à sua eficácia, fundada nas teorias estruturantes do paradigma do Estado Democrático de Direito / Bruno de Almeida Oliveira. Belo Horizonte, 2012.  
164 f.

Orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior  
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós- Graduação em Direito.

1. Direito público. 2. Direito constitucional. 3. Constituições. 4. Responsabilidade do Estado. I. Baracho Júnior, José Alfredo de Oliveira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título

CDU: 342

**Bruno de Almeida Oliveira**

**A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A EFETIVIDADE DA  
CONSTITUIÇÃO:**

**uma desconstrução das tradicionais classificações das normas  
constitucionais quanto à sua eficácia, fundada nas teorias estruturantes do  
paradigma do Estado Democrático de Direito.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas  
Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título  
de Doutor em Direito.

---

Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (Orientador) - PUC Minas

---

Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio - PUC Minas

---

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares - PUC Minas

---

Prof. Dr. Leonardo Augusto Andrade Barbosa - UnB

---

Prof. Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho - UFG

---

Prof. Dr. Carlos Henrique Soares - PUC Minas

---

Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes - PUC Minas

Belo Horizonte, 21 de março de 2012.

*"It has to start somewhere  
It has to start sometime  
What a better place than here,  
What a better time than now?!"  
(R.A.T.M., Guerrilla Radio)*

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço a Deus, em primeiro lugar.*

*À minha esposa, Viviane, pelo amor incondicional, cumplicidade, paciência e compreensão e, sobretudo, por ter proporcionado, ainda durante a construção desta tese, a minha maior alegria: Ana Sofia, a quem agradeço pelo amor sincero que só um sorriso de criança pode revelar.*

*À minha família: meu pai Edvar, minha mãe Maria da Conceição e meu irmão Leonardo - base forte para que todo o mais se fizesse com o tempo.*

*Ao meu dileto orientador, Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, sem o qual jamais seria possível a concretização deste trabalho e a quem deve ser reputado todo e qualquer mérito que ele possa vir a alcançar.*

*Aos colegas da Procuradoria-Geral da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais e da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, pelo indispensável apoio e crítica.*

*Aos amigos, sem os quais a vida não faria sentido.*

*Por fim, agradeço aos meus queridos alunos, que, com suas incessantes inquietudes e aflições em sala de aula, comigo compartilhadas, trouxeram vida ao presente trabalho.*

## RESUMO

Na presente tese de doutorado discute-se, inicialmente, a compreensão de efetividade das normas constitucionais, ainda hoje nitidamente fundada nos ensinamentos do professor de José Afonso da Silva, cujas reflexões tiveram como fundamento o trabalho do jurista italiano Vezio Crisafulli. Verifica-se que grande parte do pensamento constitucionalista brasileiro tem repercutido uma classificação das normas constitucionais que, embora louvável em seu tempo, atualmente não mais encontra sustentação, considerado o atual estágio da Teoria do Direito e, em especial, da Teoria da Constituição, na marcha que constrói o paradigma do Estado Democrático de Direito. Neste trabalho observa-se, ainda, que mesmo os críticos da visão tradicional tem se limitado a apontar problemas de natureza eminentemente semântica, ora propondo correções meramente terminológicas, ora sugerindo acréscimos ou reposicionamentos de conceitos dentro das categorias por ela criadas e difundidas. Pretende-se, além de demonstrar os equívocos cometidos por aquela teoria e, por arrastamento, também por um sem número de constitucionalistas Brasil afora, edificar uma visão mais adequada da Constituição e da aplicabilidade das suas normas e, assim, possibilitar a construção de um discurso de fato comprometido com a efetividade de suas disposições e, sobretudo, com a realização do projeto de Estado Democrático de Direito nela proposto. Para tanto, foram tomadas por fundamento as ideias que compõem a teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Direito Público. Teoria da Constituição. Aplicabilidade das normas constitucionais. Direito como Integridade.

## **ABSTRACT**

In this doctoral thesis is argued, first, understanding the effectiveness of constitutional norms, still clearly founded on the teachings of Professor José Afonso da Silva, whose reflections were founded on the work of the Italian jurist Vezio Crisafulli. It appears that much of the Brazilian constitutional thinking has passed a classification of constitutional standards, while laudable in its time, now is no more support, considering the current state of the Theory of Law and in particular the Theory of the Constitution, in march that builds the paradigm of a democratic state. In this work there is, moreover, that even critics of the traditional view has been limited to pointing out problems eminently semantics, both by proposing patches merely terminological, sometimes suggesting additions or repositioning of concepts within the categories it created and disseminated. It is intended, in addition to showing the mistakes committed by that theory and, by extension, also for a number of constitutionalists across Brazil, to build a more adequate the Constitution and the applicability of their standards and thus enable the construction of a speech in fact committed to the effectiveness of its provisions, and especially with the completion of project democratic state proposed therein. The following factors were taken by the foundation ideas that make up the theory of Law as Integrity, Ronald Dworkin.

Keywords: Public Law. Theory of the Constitution. Applicability of constitutional standards. Law as Integrity.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	17
2 O WELFARE STATE E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS .....	22
3 APLICABILIDADE, EFICÁCIA E VALIDADE: ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS .....	32
3.1 Validade.....	32
3.2 Eficácia.....	33
3.3 Aplicabilidade .....	36
4 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À SUA EFICÁCIA: CLASSIFICAÇÕES.....	38
4.1 Classificações duais .....	38
4.2 A classificação de Vezio Crisafulli .....	41
4.3 A classificação tripartite de José Afonso da Silva .....	48
4.3.1 Normas constitucionais de eficácia plena .....	49
4.3.2 Normas constitucionais de eficácia contida.....	50
4.3.3 Normas constitucionais de eficácia limitada .....	51
4.4 As classificações alternativas.....	53
4.4.1 A classificação de Celso Bastos e Carlos Ayres Britto.....	55
4.4.2 A classificação de Luís Roberto Barroso.....	56
4.4.3 A classificação de J. J. Gomes Canotilho .....	58
4.5 A crítica de Virgílio Afonso da Silva.....	61
4.5.1 Normas de eficácia contida .....	61
4.5.2 Normas de eficácia limitada .....	64
5 A INSUFICIÊNCIA DAS CRÍTICAS DE CARÁTER SEMÂNTICO E A NECESSIDADE DE SE CONSTRUIR UMA NOVA VISÃO A RESPEITO DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....	68
5.1 A reviravolta hermenêutico-pragmática .....	69
5.1.1 Heidegger e a historicidade do ser .....	71
5.1.2 Hans-Georg Gadamer: a hermenêutica e a reabilitação do preconceito...74	
5.1.3 Wittgenstein e os jogos de linguagem .....	80
5.1.4 Thomas Kuhn e os paradigmas da ciência .....	87
5.2 O Direito e a reviravolta hermenêutico-pragmática.....	93
5.2.1 A hermenêutica jurídica e o paradigma do Estado de Direito .....	94
5.2.2 A hermenêutica jurídica no paradigma do Estado do Bem-Estar Social...98	
5.3 O princípio da proporcionalidade de Robert Alexy: princípios jurídicos como valores .....	103
5.4 Ronald Dworkin: a integridade do Direito .....	108
5.5 Klaus Günther: os discursos de justificação e de adequação e as críticas ao princípio da proporcionalidade.....	116
5.6 A teoria estruturante do Direito de Friedrich Müller e a distinção entre texto normativo e norma jurídica .....	121
5.7 Konrad Hesse e a força normativa da Constituição.....	124
5.8 Jürgen Habermas e a teoria discursiva do direito .....	127

<b>6 CONCLUSÃO: CRÍTICA À TRADICIONAL PERCEPÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS EM RAZÃO DE SUA APLICABILIDADE.....</b>	<b>134</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>141</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca, sobretudo, desfazer um mal-entendido.

É que, durante muito tempo - e até hoje -, grande parte das reflexões expressadas pela doutrina nacional a respeito da eficácia das normas constitucionais é nitidamente fundada nos ensinamentos do professor livre docente das Universidades do Estado de São Paulo e Federal de Minas Gerais, José Afonso da Silva, ensinamentos estes explanados em célebre monografia por ele originalmente redigida na década de 1960, denominada “Aplicabilidade das normas constitucionais”. Assim, uma parcela significativa do pensamento constitucionalista brasileiro tem repercutido uma classificação das normas constitucionais que, embora louvável em seu tempo, atualmente não mais encontra sustentação, considerado o atual estágio da compreensão do Direito e, em especial, da Constituição, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Observa-se que, mesmo os críticos da visão há muito expressada pelo eminente constitucionalista pátrio a respeito do tema, têm se limitado a apontar problemas de natureza eminentemente semântica, ora propondo correções meramente terminológicas, ora sugerindo acréscimos ou reposicionamentos de conceitos dentro das categorias por ele criadas. Uma exceção digna de menção é o constitucionalista Virgílio Afonso da Silva, professor livre docente em Direito Constitucional da Universidade de São Paulo, filho de José Afonso, que, embora tendo como marco teórico a Teoria da Argumentação, cujo principal expoente é o pensador alemão Robert Alexy, apontou, em sua tese de livre docência<sup>1</sup>, inconsistências significativas na teoria do pai.

Aqui já se pode perceber a originalidade da presente tese. O que se pretende, além de demonstrar os equívocos contidos na tese do insigne constitucionalista mineiro, radicado em São Paulo, e, por arrastamento, também por um sem número de constitucionalistas Brasil afora, os quais se limitam a analisar o texto normativo da Constituição, é edificar uma visão mais adequada da Constituição de 5 de outubro de 1988 e da eficácia das suas normas e, assim, possibilitar a construção de um discurso eminentemente comprometido com a efetividade de suas disposições normativas e, sobretudo, com a realização do projeto de Estado Democrático de

---

<sup>1</sup> Depois convertida na obra intitulada “Direitos fundamentais” (SILVA, 2009).

Direito ali proposto. Como observado acima, na literatura jurídica nacional, não se tem notícia de nenhuma obra que, ao analisar criticamente o ponto de vista de José Afonso da Silva a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais, ultrapasse os limites de uma crítica meramente semântica.

Sustenta-se que os integrantes da chamada escola mineira de Direito Constitucional (CRUZ, 2007) devem se engajar no esforço para edificar uma compreensão mais adequada da Constituição e de suas normas no Direito brasileiro, e esta tese almeja apresentar uma pequena contribuição a esse mister, uma vez que se pretende comprometida com a efetividade das normas constitucionais, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Sobre isso, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, referindo-se ao debate que então travava com Lenio Luiz Streck, escreveu:

Parece-nos absolutamente pertinente a observação de nosso interlocutor sobre a ausência de uma análise mais minuciosa da escola mineira sobre a efetividade dos direitos sociais, especialmente pelas peculiaridades do contexto sócio-econômico do povo brasileiro. A única escusa possível é justamente a novidade que esta escola representa no cenário nacional: não é possível que a mesma já tenha desenvolvido de forma madura uma análise sobre todos os temas relevantes para o Direito. Dada a importância do tema, cremos que o mesmo merece um trabalho mais aprofundado. Sentimos não poder fazê-lo nesse momento. Contudo, como é algo que urge, especialmente em um país com o nível de miséria que conhecemos, uma premência de toda e qualquer escola de pensamento científico que minimamente postule reconhecimento. (CRUZ, 2007, p. 325)

No intuito de colaborar com esse empreendimento, tomar-se-ão por base as ideias que conformam a teoria do Direito como integridade, do jurista e filósofo norte-americano Ronald Dworkin. Também será imprescindível recorrer-se à contribuição de outros importantes pensadores, como Martin Heidegger, Ludwig Wittgenstein e Hans-Georg Gadamer, cuja crítica proporcionou, ao longo de todo o Século XX, as bases para o giro linguístico-pragmático da filosofia ocidental e, assim, tornou possível a construção de um novo pensamento a respeito da ciência e, em especial, do fenômeno jurídico, já não mais concentrado na figura solipsista do juiz, ou de qualquer outra autoridade pública dotada de poder de decisão, artificialmente possuidora de uma pseudo-neutralidade em relação aos problemas que lhe são apresentados, mas, sim, como resultado da atividade coordenada dos diversos parceiros do Direito que, juntos, colaborativamente e ao longo do tempo constroem as soluções corretas para os casos que se lhes apresentam, estes (e aquelas)

únicos, irrepetíveis.

Também será de grande relevância para a construção desta tese revisitar o pensamento de Thomas Kuhn, em particular o conceito de paradigma da ciência desenvolvido pelo autor, assim como o seu cabimento para o caso do Direito, uma vez que a proposta de edificação do Estado Democrático de Direito – e, pois, de um constitucionalismo mais adequado às suas premissas –, pressupõe uma ruptura com o pensamento tradicional a respeito da fundamentação do Direito e do Estado, especialmente ao posicionar a democracia na raiz do marco constitucional contemporâneo.

Outra contribuição importante para o pensamento que aqui se pretende expressar provém da teoria estruturante do Direito, do jusfilósofo alemão Friedrich Müller, a qual permitirá que seja mais adequadamente demonstrada a inafastabilidade da fusão entre os horizontes do texto normativo e do contexto de aplicação para a formação da norma jurídica e, assim, a impossibilidade de se conceberem soluções apriorísticas para o fenômeno normativo, como efetivamente o fazem os constitucionalistas adeptos da classificação sugerida por José Afonso da Silva, originalmente pensada pelo jurista italiano Vezio Crisafulli.

A construção desta tese também se serve das relevantes contribuições proporcionadas pelo pensamento de Klaus Günther, verdadeiro marco na Teoria da Argumentação Jurídica, em especial, da distinção proposta pelo autor entre os discursos de aplicação e os discursos de justificação do Direito e a definitiva distinção entre texto jurídico e norma jurídica.

Também serão úteis ao desenvolvimento deste trabalho as proposições de Konrad Hesse a respeito da força normativa da Constituição e da relação entre a vontade de Constituição e a compreensão de que a ordem constitucional é mais do que uma norma legitimada pelos fatos, opostamente ao que supunha Ferdinand Lassalle, e que não se tornará eficaz sem a cooperação da vontade humana.

A teoria discursiva do Direito, cujo expoente máximo é o filósofo alemão Jürgen Habermas, também servirá de supedâneo para a análise e, sobretudo, para a crítica que se pretende empreender com a presente tese.

Assim, a proposta desta tese inicia-se pela contextualização do ambiente em que se desenvolveu a classificação das normas constitucionais segundo sua eficácia ou aplicabilidade. Para tanto, será relevante analisar o desenvolvimento Estado do Bem-Estar Social pós Segunda Guerra Mundial, momento em que os

constitucionalistas, em especial na Europa, mais do que reconhecer a incorporação nos textos constitucionais de direitos de natureza econômica e social, passaram a buscar soluções hermenêuticas que levassem à efetivação das conquistas sociais do início do Século XX. Verifica-se, então a presença, nas novas cartas políticas, de normas cuja redação se afigura distinta do que até então se havia feito, em especial no Estado de Direito; normas que consubstanciavam os objetivos a serem alcançados e delineavam os traços básicos das instituições que os deveriam garantir, mirando a efetiva implementação do *Welfare State*.

Nesse particular, buscar-se-á reconstituir as correntes que formaram a linha de pensamento que originou a tese de José Afonso da Silva, cujo principal expoente fora o jurista italiano Vezio Crisafulli, mas que também tem notável influência de outros autores, como o norte-americano Thomas Cooley, o também italiano Gaetano Azzariti e o brasileiro Rui Barbosa, entre outros.

Serão também apresentadas as principais críticas opostas à tese de José Afonso da Silva e as classificações alternativas sugeridas por estudiosos brasileiros, como Maria Helena Diniz, Pinto Ferreira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos e Carlos Ayres Britto, com intuito de apontar os seus méritos, equívocos e limitações.

Será ainda analisada a classificação apresentada por Luís Roberto Barroso e, por fim, como já mencionado acima, serão avaliadas as críticas de Virgílio Afonso da Silva, sempre buscando construir supedâneo para a formação de uma proposta de ruptura com a classificação tripartite clássica de José Afonso da Silva e, sobretudo, com a interpretação do conceito de norma programática dela decorrente, proposta esta que se afigure mais condizente com as conquistas do Direito (e da filosofia) após a reviravolta hermenêutico-pragmática.

Para tanto, em um segundo momento, serão rememoradas e contextualizadas algumas das principais teses cujo desenvolvimento propiciou que ocorressem as condições necessárias para que se configurasse a reviravolta hermenêutico-pragmática na filosofia: Heidegger e a historicidade do ser, Gadamer e a reabilitação do preconceito, e ainda Wittgenstein e os jogos de linguagem. Em seguida, serão analisadas as proposições de Thomas Kuhn com respeito ao conceito de paradigma e de sua aplicação às ciências sociais, em especial ao Direito, onde se sustentará a inafastabilidade dessas ideias, imprescindíveis à construção de uma percepção mais adequada do fenômeno jurídico.

Prosseguindo, efetuar-se-á uma necessária apresentação crítica das bases daquela que se convencionou denominar “proposta comunitarista” (CITTADINO, 2000), cujo fundamento se encontra nas ideias de Robert Alexy. Nesse ponto, a intenção será avaliar, dentre suas formulações teóricas, as possíveis contribuições dessa corrente de pensamento para a construção de uma Teoria da Constituição comprometida com a efetividade de suas normas. Igualmente, tentar-se-á em seguida apresentar, recorrendo novamente à teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, as principais objeções ao pensamento de Alexy e dos autores que, a exemplo dos constitucionalistas Luís Roberto Barroso e Virgílio Afonso da Silva, adotam tal marco teórico.

Posteriormente, com a apresentação de alguns dos principais pontos da teoria de Ronald Dworkin, juntamente com as proposições teóricas de Konrad Hesse a respeito da força normativa da constituição, somadas ao procedimentalismo da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas, o objetivo será solidificar os fundamentos do posicionamento adotado no trabalho a respeito do equívoco que permeia não só a classificação proposta por Vezio Crisafulli e divulgada no Brasil por José Afonso da Silva (e por aqueles que, consciente ou inconscientemente a seguem) para as normas constitucionais em razão da sua aplicabilidade, ponto central das reflexões aqui empreendidas, mas também no que se refere à insuficiência das objeções e críticas até hoje apresentadas a essa teoria, bem como permitirá em certa medida desnudar a inadequação do pensamento jurídico ainda hegemônico na doutrina nacional, mesmo marcando uma nítida superação do positivismo, ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Ao final, o esforço estará voltado para a apresentação das críticas ao referido pensamento tradicional, que serão edificadas a partir dos marcos teóricos aqui estabelecidos, bem como se advogará a necessidade de superação da tradicional classificação das normas constitucionais quanto à aplicabilidade e, à guisa de conclusão, será defendida a tese de que é possível se sustentar, com base na Teoria do Direito como a Integridade, uma avaliação das normas constitucionais ditas programáticas, que considere toda a complexidade que marca o Direito na virada do Século XX para o Século XXI.

## 2 O WELLFARE STATE E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O esvaziamento do conteúdo normativo da Constituição, a descrença na eficácia jurídica de suas normas e, principalmente, de uma específica categoria de normas, sobretudo nas possibilidades de concretização prática de preceitos constitucionais por vezes muito além da realidade social do Estado que alicerçam, tudo isso tem raízes históricas bastante vetustas, cuja análise certamente contribui para a compreensão do problema.

Como se sabe, o que hoje se denomina constitucionalismo moderno é produto de toda uma profunda reação ao poder absoluto e, num sentido mais amplo, àquela realidade social que se fez sentir até o Século XVIII e que teve na Revolução Francesa o símbolo de sua superação. Quando então a Constituição exteriorizou-se num instrumento escrito, protegido pela rigidez constitucional, estava aí traduzido um sentimento de desconfiança contra o poder, mais especificamente, contra o poder absoluto. Esta primeira fase do constitucionalismo apresenta-se, como não poderia deixar de ser, com acentuado teor revolucionário<sup>2</sup> e evidente inspiração nas premissas do Direito Natural, dada a notória influência proveniente do pensamento iluminista. A Constituição emergida dos movimentos antiabsolutistas se configura, enquanto conceito político e filosófico (BONAVIDES, 2000).

As declarações de direitos desse período tinham índole de manifestos revolucionários, como se pode atestar pela própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Tratavam-se de textos com inegável expressão e relevância política. Todavia, não se tinha ainda clara a sua percepção enquanto documentos jurídicos. Como afirma Bonavides (2000, p. 201), aqueles documentos eram entendidos muito mais como veiculadores de princípios puramente éticos, inidôneos a obrigar os cidadãos ou os órgãos estatais.

Pode-se afirmar que, durante todo o Século XIX, o constitucionalismo europeu esteve aquém do seu igual norte-americano, ao menos no que concerne à

---

<sup>2</sup> Representação máxima desse pensamento pode ser encontrada no célebre manifesto do Abade Emmanuel J. Sieyès a respeito do Terceiro Estado na França da Revolução e sua particular visão do poder constituinte revolucionário (SIEYÈS, 2001). Registre-se que a tese de Sieyès, embora já há muito não se mostre adequada ao constitucionalismo, ainda hoje serve como base para o pensamento de afamados autores do Direito Constitucional brasileiro (entre muitos, vide Moraes, 2011 e Ferreira Filho, 2005). Sólida crítica dessa tendência pode ser encontrada nos textos de Oliveira (2006), Cruz (2006b) e Freitas (2010).

compreensão jurídica da Constituição. Como se sabe, desde o começo daquele século, a Suprema Corte dos Estados Unidos já aplicava a Constituição como parâmetro de validade para os níveis inferiores do ordenamento jurídico<sup>3</sup>. Na Europa, todavia, a doutrina ainda não havia estabelecido se os direitos estampados nas Declarações tinham real caráter de direitos subjetivos. Sobre o tema, parece obrigatória a referência a Jellinek que, já na abertura de sua clássica obra afirmara que entre todos os problemas de direito público, aquele relativo ao seu caráter subjetivo ingressou por último no domínio da ciência (REIS, 2003, p. 13).

Já na Espanha, Garcia de Enterría (1983) observa que, por um longo tempo, negou-se valor normativo à Constituição fora do âmbito da organização e das relações entre os poderes do Estado; todo o resto, inclusive as disposições sobre direitos fundamentais, conteria apenas indicações dirigidas ao legislador, cuja interposição era indispensável para que pudesse haver verdadeiras normas jurídicas. De fato, aos tribunais cabia aplicar as leis que disciplinavam os princípios constitucionais, estas sim, consideradas vinculantes para o Poder Público e para os cidadãos<sup>4</sup>.

Na realidade espanhola de então, as liberdades proclamadas na Constituição, durante grande parte do Século XIX, foram interpretadas, quando muito, como tarefas para o legislador. Ainda não se vislumbrava a vinculação imediata de todos os poderes do Estado aos direitos fundamentais ali declarados, mas somente a vinculação da Administração Pública à lei - o princípio da legalidade administrativa (GARCIA DE ENTERRÍA, 1983).

O Estatuto Real espanhol de 1834, assim como a Constituição alemã de Bismarck (1871), por exemplo, sequer continham uma parte dedicada aos direitos fundamentais, cuja concretização e caracterização jurídica eram confiadas ao legislador ordinário (GARCIA DE ENTERRÍA, 1983).

Tal fato certamente pode ser explicado, no contexto do constitucionalismo europeu, pela absoluta prevalência do chamado princípio monárquico como fonte formal da Constituição, que ficava, pois, reduzida a um simples código de articulação entre os poderes do Estado. O próprio poder monárquico era compreendido como

---

<sup>3</sup> Refere-se, aqui, em especial ao afamado precedente *Marbury v. Madison*, de 1803.

<sup>4</sup> A Espanha teve, ao todo, sete Constituições: 1812, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931 e a atual, de 1978. Segundo Puerto (1999), as Cartas de 1808 (Bayona), 1834 (Estatuto Real), 1856 e a Lei Orgânica do Estado, esta última por motivos óbvios, não têm, por parte da moderna doutrina constitucional espanhola, recebido significação constitucional *strictu sensu*.

um poder pré-constitucional, sobre o qual a Constituição representaria um mero quadro de limitações a posteriori, mas nunca uma fonte originária de competências e de Direito (GARCIA DE ENTERRÍA, 1983).

Bonavides (2000) chama a atenção para a importante contribuição dada pela Constituição da Bélgica, de 1832, no sentido de conceder plenitude jurídica às instituições que caracterizam o Estado de Direito. Dois foram os grandes passos dados por aquela Carta, para que se chegasse a uma caracterização que se pode afirmar jurídica dos princípios constitucionais. Em primeiro lugar, aquela Constituição belga transformou Declarações de Direitos, até então tradicionalmente veiculadas em um documento à parte, em artigo da própria Constituição<sup>5</sup>. Em segundo lugar, permitiu aos direitos proclamados em sede constitucional engendrar direitos públicos subjetivos, acionáveis inclusive mediante mecanismos jurisdicionais, em caso de sua violação. “Desde aí, o conceito jurídico de Constituição, ou seja, o conceito de Constituição como lei ou conjunto de leis aparece em substituição do conceito político ou pelo menos como alternativa teórica e doutrinária para este último” (BONAVIDES, 2000, p. 205).

Parte expressiva da doutrina jurídica do direito público de então tinha, todavia, extrema dificuldade para visualizar e tratar os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos. Curiosamente, dava-se àquelas disposições constitucionais um tratamento deveras semelhante ao que atualmente se dá às chamadas “normas programáticas”.

A preparação de uma teoria que compreendesse a dimensão jurídica da Constituição somente ocorreria muito mais tarde, em especial com a obra de Jellinek. Nota-se que o menosprezo pela eficácia jurídica das normas constitucionais não é privilégio apenas das constituições do Século XX, mas “deita” raízes num período histórico muito anterior. Mesmo os direitos políticos e os direitos individuais clássicos – os direitos da liberdade, proclamados na aurora do Estado Liberal –, enfrentaram uma ampla reação conservadora até sua final consolidação (BARROSO, 2009).

Pode-se concluir, com Canotilho (2008b), que foi deveras longa a transição da ideia de “direitos fundamentais apenas no âmbito da lei” para a de “lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais”.

---

<sup>5</sup> Note-se a clara semelhança desse caso europeu com o que ocorreu na primeira Constituição do Brasil (1824) então Império, recém independente da Coroa Portuguesa.

No entanto, a negação da natureza jurídica de certas normas constitucionais atingiu maiores proporções no Século XX, com o advento do constitucionalismo social. Bonavides (2000) cogita que se as constituições houvessem parado a sua evolução no modelo liberal, a eficácia de suas normas não teria sido objeto de profundo abalo. Isto porque, segundo o professor da Universidade Federal do Ceará, os direitos clássicos da liberdade haviam sido gerados por uma sociedade burguesa que ainda não tinha o seu credo político contestado, emergindo precisamente do triunfo contra o absolutismo e as antigas ordens privilegiadas. Portanto, as primeiras constituições foram expressão de teses consagradas, sendo estáveis do ponto de vista político e de coerência ideológica (BONAVIDES, 2000).

Porém, da mesma estabilidade não gozaram as primeiras constituições de caráter social, surgidas no alvorecer do Século XX, como produto de um processo histórico que já vinha ocorrendo desde o final do Século XIX, com a segunda Revolução Industrial (HESPANHA, 1998). O desenvolvimento do capitalismo fizera surgir a “questão operária”, com importantes movimentos de índole socialista manifestando-se na Alemanha, em 1848, e na França, em 1870, rompendo-se a pseudo-unanimidade dos primórdios do liberalismo. No plano do pensamento jurídico, desenvolvem-se importantes teorias, dentre as quais destacam-se a jurisprudência teleológica, a jurisprudência dos interesses e o positivismo jurídico.

A crise do modelo liberal de Estado, que, como mencionado, no início do Século XX, já mostrava sinais claros de desgaste e cujo risco de ruptura com o sistema capitalista de produção tornou-se evidente com a Revolução Bolchevique de 1917, provocou uma profunda alteração no constitucionalismo.

Às constituições, até então concebidas e difundidas por todo o ocidente como instrumentos de ordenação do exercício do poder estatal, eminentemente limitativos do campo de atuação do Estado, declarando os direitos civis e, assim, possibilitando o exercício da chamada “liberdade dos modernos”<sup>6</sup>, a partir do início do século passado, foi acrescentado um catálogo de direitos fundamentais de cunho econômico e social, afirmando-se, a partir de então, um novo compromisso do nascente Estado-Providência de superação das carências e desigualdades econômicas e sociais, potencializadas pelo *laissez faire* do modelo decadente.

---

<sup>6</sup> Liberdade positiva ou dos antigos é a participação coletiva no exercício da soberania. Liberdade negativa ou dos modernos é a liberdade privada ou o exercício pelo indivíduo do seu direito natural de gerir sua vida como bem entende (GONDIM, 2010, p. 153, nota nº 3).

Para a configuração desse quadro, conforme ressalta José Luiz Quadros de Magalhães (2002), três eventos históricos foram decisivos, quais sejam: a Primeira Guerra Mundial, a já mencionada Revolução Bolchevique e a quebra da Bolsa de Nova Iorque. Segundo essa ótica, o constitucionalismo social também deve ser reputado como fruto do receio provocado nas elites pela guerra e pela revolução, esta última que, além do mais, apresentava uma proposta alternativa ao hegemônico sistema capitalista de produção.

A Primeira Guerra Mundial reflete todas as tensões sociais internas causadas pela incontrolável miséria vivente em vários países europeus nos primórdios do Século XX. O conflito também foi decisivo para a eclosão da Revolução Russa de 1917 e, quase um ano depois, para a conflagração do movimento popular, capitaneado por um grupo de marinheiros, soldados e operários que proclamou a república na Alemanha (MAGALHÃES, 2002).

Percebe-se neste momento que era necessário que o Estado deixasse sua histórica posição abstencionista e passasse a garantir direitos econômicos e sociais mínimos, reivindicados por uma crescente parcela da população. Para que realmente os direitos individuais, prometidos nas constituições liberais pudessem ser usufruídos por toda a coletividade, deveriam ser garantidos os meios para que isso fosse possível. Dessa forma, se o Liberalismo bradava pela liberdade de expressão e consciência, o constitucionalismo social, naquele momento inicial, vai declarar que toda população deve ter acesso à educação, para formar livremente sua consciência política, filosófica e religiosa e ter meios, ou capacidade de expressar esta consciência.

Todo esse quadro levou a quase totalidade dos países do ocidente do globo à constatação da necessidade de se constitucionalizarem as aspirações econômicas e sociais dos cidadãos, como forma de expressar mais marcadamente o compromisso do Estado com temas que tais, assim como para impedir, inviabilizar ou dificultar sobremaneira a sua retirada por conveniência do legislador ordinário, mais sensível à pressão dos grupos de interesse (SILVA NETO, 2008).

É consenso na doutrina que as primeiras constituições a incorporar essa nova realidade foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição da República de Weimar, de 1919.

Segundo Horta (1985), a Constituição de Weimar recebeu a ordenação técnica de Hugo Preuss, convertendo-se em referência das constituições do primeiro

pós-guerra e marco que separa duas eras: a do constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX e a do constitucionalismo social do Século XX, em que se insere a Constituição brasileira de 1934.

A Constituição Mexicana de 1917, historicamente, foi a primeira a alçar os direitos trabalhistas à categoria de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. De acordo com Comparato:

a importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX”. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria. (COMPARATO, 2011).

Sobre o pioneirismo da Constituição Mexicana, assevera Loewenstein:

como postulados expresamente formulados, los derechos fundamentales socio-económicos no son absolutamente nuevos: algunos de ellos, como el derecho al trabajo, fueran recogidos en la Constitución francesa de 1793 y 1848. Pero es sólo en nuestro siglo, tras la primera y, en mayor grado todavía, tras la segunda guerra mundial, cuando se han convertido en el equipaje estándar del constitucionalismo. Fueron proclamados por primera vez, en la constitución mexicana de 1917, que con un alto salto se ahorró todo el camino para realizar-los: todas las riquezas naturales fueron nacionalizadas y el Estado asumió completamente, por lo menos en el papel, la responsabilidad social para garantizar una digna existencia a cada uno de sus ciudadanos (LOEWENSTEIN, 1970, p. 401).

Como atesta Loewenstein, o constituinte mexicano foi precursor do comprometimento das normas constitucionais com o programa social do Estado, fato absolutamente normal e esperado, em virtude das determinações sociais que se viam a acenar, de modo impositivo, para a hipótese de solução viável naquele momento, qual seja: a elevação das normas de direito social ao status de garantia constitucionalmente outorgada, dando início, nesse diapasão, ao fenômeno do constitucionalismo social (LOEWENSTEIN, 1970).

Já na Alemanha, após os acontecimentos revoltosos que tiveram início no Porto de Kiel, em novembro de 1918, e que então se alastraram, alcançando grande parte dos soldados e operários, foi instalada uma Assembleia Constituinte, de

maioria social-democrata, que deu origem à conhecida Constituição de Weimar, também de inegável tendência socializante (REIS FILHO, 1984).

Por seu turno, a grave crise eclodida em 1929 levou os ventos desse novo constitucionalismo aos Estados Unidos da América. O *New Deal*, proposta do governo Roosevelt para superação da crise, agravada nos anos 1930, teve então de superar diversos obstáculos, sendo o maior deles a postura considerada conservadora da Suprema Corte<sup>7</sup>.

No Brasil, a efêmera Constituição de 1934 também espelhou esse novo panorama. Inspirada pela Constituição de Weimar e comprometida com um programa de resgate da dívida social no Brasil, a Constituição de 1934 promoveu, pela primeira vez, a inserção dos direitos sociais em sede constitucional. Segundo Silva Neto:

A Constituição de 1934 é um marco na evolução histórica de nosso direito constitucional, porque, em acesso inovador, inscreveu e garantiu os direitos sociais, inovação, por sua vez, não repugnada ou esquecida pelos textos seguintes, porquanto passaram a eleger o constitucionalismo social como instrumento à consecução do bem-estar geral, como programa a ser desenvolvido pelo administrador e obedecido pelo legislador, mitigando as tensões oriundas da relação entre o capital e o trabalho (SILVA NETO, 2008, p. 58).

---

<sup>7</sup> De maneira simplificada, pode-se afirmar que os anos 1930, nos Estados Unidos, foram marcados por uma forte tensão entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte dos Estados Unidos. A Corte do *Chief Justice* Charles Hughes, apesar de ter sido inicialmente favorável ao governo, votou contra as políticas do *New Deal* assim que elas começaram a chegar, em 1935. No caso *Railroad Retirement Board v. Alton Railroad* (1935) foi invalidado um estatuto federal por usurpação de competência dos estados. Em *Schechter Poultry Corp v. United States* e *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford* (1935), a tensão entre o pensamento até ali hegemônico na Suprema Corte e o *New Deal* de Roosevelt ficou declarada. O presidente norte-americano acusou a Corte ter uma interpretação da Constituição da “era da carroça” (“*horse-and buggy age*”). O que se intensificou em 1936, com os casos *Morehead v. New York ex. rel. Tipaldo*, *United States v. Butler* e *Carter v. Carter Coal Co.* No final de 1936, o presidente Roosevelt se reelegeu com uma margem significativa de votos. Duas semanas depois de assumir, em 1937, o presidente declarou que resolveria o problema. Foi enviado ao Congresso um projeto de lei que ficou conhecido como o “*Court-Packing Plan*”, e que consistia, em linhas gerais, em nomear mais um juiz para a Suprema Corte, cada vez que um de seus membros chegasse aos setenta anos e não se aposentasse. Como boa parte dos opositores de Roosevelt estava à beira dos setenta anos, isso equivaleria a neutralizá-los. A partir daí, a Suprema Corte passou a decidir favoravelmente ao *New Deal*. Em *West Coast Hotel Co v. Parrish*, os juízes confirmaram uma lei estabelecendo salário mínimo, contrariando a sua decisão do ano anterior em *Morehead v. New York ex. Rel. Tipaldo*. Nos denominados *Social Security Cases*, a Corte confirmou a ampliação do poder de tributação do Congresso, contrariando o precedente constituído em *United States v. Butler*. Por fim, destaca-se que, em *NLRB v. Jones & Laughling Steel Corp*, a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos contrariou a decisão anteriormente tomada em *Carter v. Carter Coal Co.*

Dada sua efemeridade (foi substituída pela Carta do Estado Novo, de 1937), a Constituição de 1934 não chegou a produzir os efeitos esperados.

De um modo geral, as novas declarações de direitos, todavia, tornam-se obscuras e contraditórias. Aquela coerência político-ideológica de que gozavam os clássicos direitos da liberdade é substituída por heterogeneidade e hibridismo, pois o constitucionalismo social é marcado, desde o seu advento, pela instabilidade e pelo compromisso. De fato, a inserção dos direitos sociais e de fórmulas programáticas nos textos das novas constituições pode ser vista como uma espécie de trégua para o verdadeiro conflito ideológico que se instaurara (BONAVIDES, 2000).

De certa maneira, a trégua parece ter vindo com a inserção de fórmulas programáticas nos textos das constituições. É o que constata Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda:

Nas constituições de 1934, de 1937, de 1946 (aliás na esteira aberta pela Constituição Alemã de 1919) e de 1967, as regras jurídicas de caráter programático apareceram amiúde. É o sinal do tempo. O fracasso do liberalismo econômico, que esvaziou de fins precisos o Estado e quase o reduziu a mero assistente das lutas entre os indivíduos, os grupos e as classes, sugeriu a formação de partidos de idéias nítidas e inconfundíveis, que pudessem obviar, com a sua ação, à ausência nefasta de fins precisos do Estado. Tal direção nova refletiu-se na própria técnica constitucional, e as Constituições contemporâneas receberam a sugestão da necessidade, por todos sentida, de se inserir nos textos constitucionais alguma coisa que dissesse para onde se vai e como se vai (MIRANDA, 1967, p. 127).

A programaticidade representou a porta de entrada dos direitos sociais nas Constituições, porém gerou outra crise de ordem conceitual da Constituição. Devido à problemática acerca da normatividade das normas programáticas, pairava a dúvida quanto ao conceito jurídico ou político de Constituição.

Como aludido anteriormente, o questionamento a respeito da natureza jurídica das normas declaratórias de direitos fundamentais já havia vitimado os direitos de índole liberal – os direitos individuais clássicos. Assim, não era de se estranhar que uma notável programaticidade, consubstanciada em postulados altamente abstratos e vagos, acabasse levando a uma crise de judicialidade das novas constituições. O célebre discurso de Ferdinand Lassalle sobre a essência da Constituição, que remonta a 1862, pode ser compreendido como uma crítica

precursora<sup>8</sup> sobre a eficácia das normas estampadas em constituições rígidas e formais (BONAVIDES, 2000). Para Lassalle, a Constituição real de um Estado é, na verdade, a soma dos “fatores reais de poder” que regem a sociedade, sendo a Constituição jurídica uma simples “folha de papel”, que deve resignar-se ao papel de, sempre à mercê da primeira, converter em instituições jurídicas aquelas forças atuantes na realidade social (LASSALLE, 2008).

Mais exatamente, as ponderações de Lassalle se inserem numa tendência doutrinária que, a pretexto de trazer a Constituição para mais próximo de sua essência, logra, se conduzida a extremos, a erosão do caráter jurídico da ordem constitucional, obstaculizando a eficácia da norma suprema<sup>9</sup> (BONAVIDES, 2000).

Esse ceticismo a respeito da juridicidade e imperatividade da Constituição abateu-se com vigor mais evidente sobre as normas programáticas, certamente devido ao fato de que, nesta categoria de normas, manifesta-se com mais força uma característica, tradicionalmente considerada típica da linguagem constitucional, que enseja “maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica” (BARROSO, 2009).

Até meados do Século XX, um largo setor da doutrina negava a natureza jurídica das normas programáticas, reduzindo-as a um mero programa de normas jurídicas futuras, com valor puramente político ou simplesmente ético<sup>10</sup>. Na doutrina italiana, por exemplo, destacam-se as obras de Gaetano Azzariti (*Problemi Attuali di Diritto Costituzionale*, de 1951), Salvatore Villari (*Sulla Natura Giuridica della Costituzione*, de 1948), Giovanni Bernieri (*Rapporto delle Costituzione con le Leggi*

---

<sup>8</sup> “Tudo quanto se tem dito a respeito de eficácia constitucional, mediata ou imediatamente, busca o fundamento na defesa ou na crítica à teoria sociológica de Ferdinand Lassalle” (SILVA NETO, 2008, p. 139).

<sup>9</sup> O jurista alemão Konrad Hesse é quem melhor apresenta esse diagnóstico. Sua proposta, que é, de certa forma, conciliatória, para o discurso de Lassalle será oportunamente analisada, mais adiante.

<sup>10</sup> Para Bonavides, “o problema central do constitucionalismo contemporâneo consiste na determinação do caráter jurídico das normas programáticas e da eficácia e aplicabilidade de todas as normas constitucionais” (BONAVIDES, 2000, p. 210-211). Segundo Silva Neto, “o aguçamento da postura investigativa dos cientistas do direito constitucional com relação ao tema está na razão direta do crescimento de matérias introduzidas nas constituições, bem assim em virtude de compromissos selados pelo elemento formador da unidade política. De forma mais marcante, a partir desse momento, encontrou-se a teoria constitucional em face a grave controvérsia, cuja solução se impunha, incontinenti: todas as normas constitucionais se destinam, desde o instante de sua produção, ao desencadeamento dos efeitos esperados? Os enunciados introduzidos em uma constituição, desde o momento em que são editados se encontram aptos à contígua alteração de todo o sistema normativo? As questões, surgidas nos alvares do direito constitucional, ainda não receberam pronta resposta por parte da doutrina e, pior que isso, trata-se, ainda hoje, de polêmica acesa no altiplano da ciência do direito político. Constitui-se, inequivocamente, no mais tormentoso debate que se trava sobre a norma constitucional em nossos dias” (SILVA NETO, 2008, p. 138-139).

*Anteriori*, de 1950) e Mario Galiza (*Scienza Giuridica e Diritto Costituzionale*, de 1954). Giorgio Del Vecchio é outro a afirmar categoricamente, ainda em 1930, que as normas dessa natureza, por faltar-lhe conteúdo imperativo, não teriam significado jurídico, mas apenas moral e político, seguindo a tradição de classificar as normas constitucionais de forma dual, entre normas mandatórias e diretórias.

A referida classificação (e suas vicissitudes) será mais bem analisada adiante.

### 3 APLICABILIDADE, EFICÁCIA E VALIDADE: ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS

Com intuito de examinar as teorias que dissertam sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, torna-se necessário, preliminarmente, fixar os contornos conceituais de aplicabilidade, eficácia e validade normativas, com o objetivo de se proporcionar uma melhor compreensão do temário adiante desenvolvido.

#### 3.1 Validade

No que diz respeito ao conceito de validade normativa, em uma ótica preliminar<sup>11</sup>, pode-se afirmar que uma norma válida é aquela que cumpre o processo de formação ou produção normativa em conformidade com aquilo que determina o ordenamento jurídico (FERRAZ JÚNIOR, 1994).

Validade é, pois, um conceito relacional. Para Flávia Piovesan, norma válida:

é aquela está em conformidade com a norma que lhe é hierarquicamente superior e este raciocínio é desenvolvido à luz de um sistema normativo escalonado, que apresenta como norma jurídica positiva suprema a Constituição que, por sua vez, busca sua especial validade na norma fundamental, que é o termo unificador das normas que integram a ordem jurídica, fundamento de validade de todas as normas do sistema (PIOVESAN, 2003, p. 55).

Kelsen, em sua mais conhecida obra, desenvolve a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico. Segundo o autor, as normas de um ordenamento não estão em um mesmo plano; há normas superiores e normas inferiores, sendo que, no ordenamento jurídico, o ponto de referência último de todas as normas, sob o ponto de vista do direito positivo, é a Constituição, de onde decorre toda a unidade do sistema. As normas inferiores buscam, nesse esquema, seu fundamento de validade nas normas superiores do ordenamento jurídico.

---

<sup>11</sup> Mais adiante, principalmente ao ser abordada a obra do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, poder-se-á constatar que a validade normativa do Direito não estaria fundamentada em uma estrutura meramente dedutiva ou axiomática, como sustenta Kelsen, mas em outros critérios normativos. Numa compreensão adequada à teoria do Direito como integridade, os princípios vão ocupar papel de destaque na construção da ideia de validade do ordenamento jurídico. Também será exposta a contribuição do pensador alemão Jürgen Habermas, cuja fundamentação procedimental de validade do Direito será de inegável relevância para o presente estudo.

Assim, a teoria kelseniana da construção escalonada do ordenamento jurídico surge como uma teoria da validade do Direito, que busca indicar os pressupostos para a norma jurídica válida. De acordo com esta concepção, existência e validade normativas se igualam.

Piovesan (2003) anota que, historicamente, o conceito de validade foi exigência do processo de positivação do direito, que tornou impraticável a identificação do jurídico por seu conteúdo. Esse processo fez com que o Direito passasse a ser definido pela forma, por meio de categorias internas do sistema jurídico. Disso decorreu a criação e o desenvolvimento do conceito de validade normativa, sobretudo por autores de alguma forma identificados com o normativismo de Kelsen. Sob uma perspectiva nitidamente juspositivista, ao envolver a relação norma superior, norma inferior, a validade permitiu ao pensamento jurídico selecionar os seus dados a partir de um ponto de vista interno ao próprio sistema jurídico (FERRAZ JÚNIOR, 1994).

É relevante ainda anotar que Ronald Dworkin (1999), ao criticar a doutrina “convencionalista”, bem identifica as vicissitudes de projetos juspositivistas como o empreendido por Hans Kelsen, pois, assim como em Kelsen, também nos trabalhos de Hart e Austin está presente a ideia de uma normatividade cuja validade se funda tão-somente nela própria, porque proveniente de uma fonte tradicionalmente autorizada ou reconhecida (DWORKIN, 1999). Essa discussão terá espaço mais adiante, quando será objeto de uma análise mais detida.

### **3.2 Eficácia**

Kelsen (1995) também distingue as categorias jurídicas da validade e eficácia, relacionando-as, segundo a perspectiva de sua tese, com o mundo do dever ser e do ser. Para o jurista austríaco, a eficácia opera no mundo do ser, enquanto a validade opera no mundo do dever ser. Nas palavras do próprio autor:

Como a vigência da norma pertence à ordem do dever ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão (KELSEN, 1995, p. 11).

A supracitada conexão entre vigência e eficácia é, de certo modo, justificada pelo autor, ao sustentar que a validade requer um mínimo de eficácia. Ele afirma que, para que uma norma seja considerada objetivamente válida, é necessário que a conduta humana que ela regula lhe seja efetivamente correspondente, ao menos numa certa medida. Assim, uma norma “que nunca e em parte alguma é aplicada ou respeitada, isto é, uma norma que - como costuma dizer-se - não é eficaz em certa medida, não será considerada como norma válida (vigente)” (KELSEN, 1995, p. 11-12). Assim, um mínimo de eficácia é condição de vigência da norma (KELSEN, 1995).

Portanto, tomando-se por base a teoria kelseniana, a eficácia corresponde ao fato real de a norma jurídica ser efetivamente aplicada, observada e respeitada.

Também esse é o entendimento de Ferraz Júnior, que define eficácia como a “qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos, diz respeito às condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica, ao seu sucesso, ou seja, à possibilidade de consecução dos objetivos” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 181).

Desse conceito, podem-se extrair as definições de eficácia jurídica (“condições fáticas”) e eficácia social (condições “técnicas”). Tais definições são bastante utilizadas pelas correntes de pensamento que adiante serão abordadas, na construção das suas respectivas classificações das normas constitucionais.

Temer (2008) esclarece que a eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente ser efetivamente aplicada a casos concretos. Já a eficácia jurídica é relacionada pelo mesmo autor à aptidão da norma para produzir efeitos, na ocorrência de situações concretas, quando “já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de as normas anteriores que com ela conflitam” (TEMER, 2008, p. 34). Sustenta que, nesse caso, embora a norma não seja aplicada a casos concretos, é aplicável juridicamente, no sentido negativo, ao retirar a eficácia da normatividade pretérita. A norma é, pois, eficaz juridicamente, não obstante não tenha sido aplicada concretamente.

Como se pode perceber, a eficácia jurídica, nesse sentido, corresponde às condições técnicas de atuação da norma (FERRAZ JÚNIOR, 1994), ou seja, é juridicamente eficaz a norma que tem potencial aplicabilidade. Eficácia jurídica é, assim, a possibilidade de aplicação da norma.

Por sua vez, como afirmado acima, eficácia social significa a efetiva aplicação

da norma aos casos concretos.

Oportuna a advertência lançada a respeito por José Eduardo Faria (1991), para quem essa é uma distinção notadamente esquemática, tendo em vista que, longe de excluírem, as duas definições se justapõem:

De um ponto de vista estritamente jurídico, tais normas são efetivas quando, tecnicamente, podem ser aplicadas e exigidas dentro dos limites do sistema legal. De um ponto de vista menos jurídico e mais sociológico, essas prescrições são efetivas quando encontram na realidade socioeconômica as condições políticas, culturais e ideológicas para sua aceitação e cumprimento por parte de seus destinatários. Essa distinção é bastante esquemática – na realidade, longe de se excluírem, as duas definições de eficácia se justapõem: deste modo, uma ordem jurídica não se torna eficaz apenas porque é um sistema de regras internamente coerente, em termos lógico-formais, ou porque está sustentada no monopólio da força por parte do Estado, graças às forças policiais encarregadas da segurança pública; ela também se torna eficaz porque os cidadãos incorporam em suas consciências a premissa de que todas as diretrizes legais devem ser invioláveis. Sem a “internalização” de um sentido genérico de disciplina e respeito às leis, aos códigos e às normas, a eficácia de uma ordem legal acaba sendo seriamente comprometida, independentemente do poder repressivo do Estado que a impõe (FARIA, 1991, p. 106-107).

Maria Helena Diniz compartilha esse pensamento. Também para a professora paulista, a eficácia corresponde à “internalização” de um sentido genérico de disciplina e respeito às leis. A eficácia diz respeito, pois, ao fato de se saber se os destinatários da norma ajustam, ou não, o seu comportamento em maior ou menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se cumprem, ou não, os comandos jurídicos, se os aplicam ou não. Eficácia implica na produção de efeitos normativos (DINIZ, 1992).

Ferrari (2001) constata que a norma jurídica, dentro desse raciocínio, tem antes eficácia jurídica para, em um segundo momento, adquirir eficácia social e, assim, o que leva à identificação de dois momentos distintos: “um relacionado à possibilidade de produção de efeitos e outro à sua efetiva obediência” (FERRARI, 2001, p. 92). Portanto, para a mencionada autora, é possível encontrar normas jurídicas dotadas de eficácia jurídica, sem, contudo, alcançar eficácia social, do que pode resultar a revogação de normas anteriores no ordenamento jurídico sem que haja o seu efetivo cumprimento no plano social.

Para Barroso (2009), enquanto, de um lado, a eficácia jurídica é a possibilidade formal de aplicação da norma, de outro, a eficácia social, denominada “efetividade”, vem a ser a realização do Direito, isto é, o desempenho concreto de

sua função social. A efetividade, sob esse prisma, representa a materialização dos preceitos legais no mundo dos fatos, simbolizando a aproximação, “tão íntima quanto possível”, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 2009, p. 97-98). O referido autor, como ressalta Piovesan (2003), não se contenta com a simples noção de eficácia jurídica, pois essa estaria presa a um aspecto hipotético, meramente formal da norma, como capacidade de produzir efeitos. Ao revés, entende que, na realidade, a eficácia jurídica constitui mero pressuposto para a eficácia social da norma: a sua efetividade.

A esta altura, é necessário salientar-se que a distinção entre eficácia jurídica e social, a despeito das controvérsias intrínsecas à sua caracterização, é de notável importância para a compreensão dos critérios adotados pelos diversos autores, adiante elencados, na elaboração das suas respectivas classificações. Antes, no entanto, ainda resta abordar a noção de aplicabilidade normativa.

### **3.3 Aplicabilidade**

O conceito de aplicabilidade guarda inegável relação com a ideia de eficácia jurídica, desenvolvida acima.

Nitidamente influenciado pela linha purista kelseniana, José Afonso da Silva assim o traduz:

Aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isto já seria seguir uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua eficácia social (SILVA, 1982, p. 13).

A aplicabilidade está, pois, relacionada com a capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos, o que, em última análise, identifica-se com a sua eficácia jurídica. Como se pode perceber, novamente vem à tona a distinção entre eficácia jurídica e eficácia social, esta situada no plano da sociologia e aquela no plano do Direito.

Silva (1982) afirma existir conexão entre ambos os fenômenos. Mais: segundo o autor, a eficácia jurídica e a eficácia social são aspectos de um mesmo fenômeno, encarado sob prismas diferentes, aquela como potencialidade e esta como “realizabilidade”. O constitucionalista mineiro explica que, se uma norma não dispõe

de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia e, assim, ela não dispõe de aplicabilidade, entendida como possibilidade de aplicação; para que haja essa possibilidade, a norma deve estar apta a produzir efeitos jurídicos.

Avaliada sob esse ângulo, a aplicabilidade corresponde à potencialidade de realização da norma, enfim, está relacionada com a sua executoriedade, identifica-se com a possibilidade de sua aplicação às mais diversas situações que se apresentam a exigir solução jurídica.

Com isso, encerra-se esta parte do trabalho, na qual se intentou apenas fazer um estudo preliminar do conteúdo mais significativo dos conceitos propostos (validade, eficácia e aplicabilidade), objetivando-se proporcionar uma melhor compreensão dos próximos capítulos, em que serão abordadas as diversas classificações das normas constitucionais em razão de sua eficácia ou aplicabilidade, empreendidas não apenas pela doutrina brasileira, mas também por relevantes autores estrangeiros.

Por derradeiro, é importante esclarecer que nesta tese, por vezes, alguns dos referidos termos serão empregados indistintamente, uma vez que, como elucidado acima, há uma nítida aproximação conceitual entre eles, em especial aquela relativa à eficácia, na sua dimensão jurídica, e à aplicabilidade, enquanto potencialidade de realização da norma (SILVA, 1982).

## 4 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À SUA EFICÁCIA: CLASSIFICAÇÕES

### 4.1 Classificações duais

A classificação das normas constitucionais segundo sua eficácia encontra notáveis dissensos e significativas variações entre os constitucionalistas. Neste cenário, sobressaltam a distinção norte-americana entre normas auto-aplicáveis e normas não auto-aplicáveis, do direito norte americano e a proposta italiana de classificação de normas “não a partir de sua aplicabilidade, mas de sua eficácia” (BARACHO JUNIOR, 2008, p. 65).

No Brasil, como salienta Virgílio Afonso da Silva, “poucas são as teorias que, a despeito da existência de algumas críticas pontuais, são tão aceitas, por tão longo tempo, quanto aquela desenvolvida por José Afonso da Silva em fins da década de 1960” (SILVA, 2009, p. 208-209). O filho, Virgílio, no caso, refere-se à tese do pai, José, exposta em célebre monografia, intitulada “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”.

Na referida obra, José Afonso da Silva pretendeu romper com a tradicional classificação dual das normas da Constituição, que, fundamentando-se basicamente na jurisprudência dos Estados Unidos da América, mas também na doutrina de Giorgio Del Vecchio<sup>12</sup>, dividiam as normas da Constituição em mandatórias e diretórias (1982, p. 56). Silva também cita o trabalho de Rui Barbosa que, nos seus Comentários à Constituição Federal Brasileira, apresenta trechos da obra do jurista estadunidense Thomas Cooley<sup>13</sup>, denominada *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, originalmente editada em 1868, onde a ideia de normas constitucionais diretórias é diretamente criticada:

Constituições normalmente não prescrevem normas de procedimento, exceto se essas normas são consideradas essenciais à prática de um ato, quando devem ser consideradas como limites do poder a cujo exercício se aplicam. É característico de um instrumento desse caráter solene e permanente estabelecer as máximas fundamentais e fixar as regras

---

<sup>12</sup> Em especial a obra “Lições de filosofia do direito”, de 1930.

<sup>13</sup> Segundo Silva Neto (2008), foi Rui Barbosa, em seus Comentários à Constituição Federal Brasileira, quem disseminou, na doutrina brasileira, as ideias de Cooley.

invariáveis pelas quais todos os departamentos do governo devem sempre pautar sua conduta, e caso se dedicasse a prescrever simples regras de ordenação em questões não essenciais, restaria diminuída a dignidade própria de um instrumento que tal, e usurpada a função da legislação ordinária. Não é de se esperar, portanto, que se encontre numa Constituição preceitos que o povo, ao adotá-los, não tenha considerado de grande relevância e dignos de serem incluídos em um instrumento que, ao menos por um tempo, se presta a controlar igualmente o governo e os governados e a constituir o a justa medida do poder exercido tanto por delegação quanto pelos próprios soberanos. (COOLEY, 1868, p. 78-79, tradução nossa).<sup>14</sup>

O próprio Rui Barbosa, firme nos ensinamentos de Cooley, propõe outra classificação, ainda dual, na qual as normas constitucionais são distintas em normas autoexecutáveis e normas não autoexecutáveis<sup>15</sup>. Segundo o *Águia de Aia*, autoexecutáveis seriam:

as determinações, para executar as quais, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação (BARBOSA, 1933, p. 488).

Já as normas não autoexecutáveis:

não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem (BARBOSA, 1933, p. 489).

Sobre o tema, leciona Inocêncio Mártires Coelho:

Segundo o magistério de Rui Barbosa, as disposições constitucionais, em sua maioria, não são auto-executáveis, porque a Constituição não se

---

<sup>14</sup> “Constitutions do not usually undertake to prescribe mere rules of proceeding, except when such rules are looked upon as essential to the tiling to be done; and they must then be regarded in the light of limitations upon the power to be exercised. It is the province of an instrument of this solemn and permanent character to establish those fundamental maxims, and fix those unvarying rules, by which all departments of the government must at all times shape their conduct; and if it descends to prescribing mere rules of order in unessential matters, it is lowering the proper dignity of such an instrument, and usurping the proper province of ordinary legislation. We are not therefore to expect to find in a constitution provisions which the people, in adopting it, have not regarded as of high importance, and worthy to be embraced in an instrument which, for a time at least, is to control alike the government and the governed, and to form a standard by which is to be measured the power .which can be exercised as well by the delegate as by the sovereign people themselves”.

<sup>15</sup> Anote-se que, como aponta Silva Neto (2008, p. 146), no Brasil, é o professor José Horácio Meirelles Teixeira quem inicia uma ruptura mais significativa nessa classificação, muito embora, propondo uma nova dualidade entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada, ou reduzida (MEIRELLES TEIXEIRA, 1991, p. 319). O caráter precursor da doutrina de Meirelles Teixeira também é recordado por Bonavides (2011).

executa a si mesma, antes impõe ou requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos, o que não quer dizer, entretanto, que a Lei Maior possua cláusulas ou preceitos a que se deva atribuir o valor moral de simples conselhos, avisos, ou lições, até porque todos têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 28)

Anota Manuel Jorge Silva Neto que Rui, mesmo reconhecendo que os preceitos constitucionais não podem ser equiparados a meras exortações morais, “não trouxe uma solução adequada para aqueles dispositivos que, não prescindindo de legislação ulterior integrativa de sua plena operatividade - e, portanto, não dotados de autoexecutoriedade - ficam à mercê do legislador ordinário” (2008, p. 140).

Outra relevante iniciativa de se promover uma classificação das normas constitucionais em função da sua eficácia, ou, como prefere Silva (1982), aplicabilidade, tomara corpo na Itália, cuja Constituição, promulgada em 27 de dezembro de 1947 e vigente a partir de janeiro de 1948, primava pela imposição de um programa a ser cumprido pelo Estado, com diretrizes que, de modo expresso, fixavam as metas cujo cumprimento se impunha aos diversos setores da sociedade, máxime em regras de Direito do Trabalho. A respeito, citam-se as palavras de Flávia Piovesan, que assinala:

um dos mais intensos debates sobre a aplicabilidade das normas constitucionais ocorreu na Itália, especialmente em face de decisões judiciais sobre a aplicabilidade de normas da Constituição italiana de 1948, que apresentava marcante perfil programático (PIOVESAN, 1995, p. 33).

Nesse cenário, destacam-se, sobremaneira, as classificações empreendidas na Itália por Gaetano Azzariti e, em especial, por Vezio Crisafulli.

O jurista napolitano Gaetano Azzariti, em sua obra *Problemi attuali di diritto costituzionale*, de 1951, propõe uma classificação dual<sup>16</sup>, promovendo a divisão das normas constitucionais em preceptivas e diretivas. Segundo essa perspectiva, as normas preceptivas, de caráter obrigatório e impositivo, poderiam ser subdivididas em normas constitucionais de aplicação direta e imediata ou, ainda, em normas constitucionais dependentes de norma infraconstitucional integrativa (normas

<sup>16</sup> Para Bonavides (2011), a classificação de Azzariti é tríplice, uma vez que as normas preceptivas se subdividem em dois outros tipos, somando-se às normas diretivas. Ao contrário do mestre paraibano, preferimos compreender a referida classificação como dual, uma vez que, como ele próprio admite, nos termos postos pelo constitucionalista italiano, as normas diretivas não chegariam a constituir sequer verdadeiras normas.

preceptivas de aplicação direta, mas não imediata). Já as normas diretivas não teriam obrigatoriedade, mas imporiam apenas diretrizes a serem seguidas pelo legislador futuro, não apresentando qualquer eficácia. Estas últimas não chegariam a constituir sequer verdadeiras normas (BONAVIDES, 2011; DINIZ, 1992).

Para distinguir as normas preceptivas das normas diretivas, Azzariti utilizava os critérios do destinatário, do objeto e da natureza da norma (PIOVESAN, 2003). Quanto ao destinatário, eram diretivas as normas dirigidas ao legislador e preceptivas as normas endereçadas aos cidadãos e ao juiz. Quanto ao objeto normativo, enquanto as normas diretivas tinham por objeto os comportamentos estatais, as preceptivas recaíam sobre as relações privadas. Por fim, quanto à natureza, se, de um lado, as normas diretivas tinham por característica um alto teor de abstração e imperfeição, do outro, as normas preceptivas, por serem completas e concretas, eram tidas como suscetíveis de imediata aplicação e incontrastável juridicidade (BONAVIDES, 2011).

De acordo com Maria Helena Diniz (1992), a classificação empreendida por Azzariti, muito por causa do esvaziamento que proporciona às normas classificadas como diretivas, foi duramente criticada por juristas como Flamínio Franchini, Ugo Natoli e Balladore Pallieri. Este último sustentava que as normas diretivas também eram capazes de produzir efeitos, muito embora indireto, “visto que não constroem o legislador a seguir um caminho, mas o obrigam a não tomar via diversa” (DINIZ, 1992, p. 94).

#### **4.2 A classificação de Vezio Crisafulli**

Por sua vez, o também italiano Vezio Crisafulli, em sua obra clássica, mais uma vez refutando a classificação defendida por Azzariti, distinguiu três modalidades de normas constitucionais, quando tomado como parâmetro a sua eficácia, quais sejam:

- a) normas imediatamente preceptivas ou constitutivas,
- b) normas de eficácia diferida e
- c) normas programáticas.

As normas de imediatamente preceptivas corresponderiam àquelas denominadas autoexecutáveis, na classificação de Rui Barbosa, acima já apresentada. Segundo Crisafulli, de modo geral, imediatamente preceptivas são todas as normas “que regulam relações entre os cidadãos e entre o Estado e os cidadãos” (CRISAFULLI, 1952, p. 107). São normas de eficácia plena e com imediata aplicação (DINIZ, 1992, p. 94).

As normas de eficácia diferida se prestariam a impor expressamente a atuação do corpo legislativo para integrar eficácia ao preceito constitucional<sup>17</sup>. Aludem à produção normativa futura como condição necessária à efetividade de seu preceito. São aquelas que já trazem imediatamente definida e regulada pela Constituição a matéria que lhes serve de objeto, a qual depois será apenas efetivada na prática mediante os atos legislativos de aplicação (PIOVESAN, 2003). Para que a matéria de que tratam seja aplicada, as normas de eficácia diferida carecem apenas de meios técnicos ou instrumentais.

São normas que não se dirigem unicamente aos poderes do Estado, mas indistintamente, desde o primeiro momento, aos cidadãos e aos órgãos estatais e que só desdobram sua inteira eficácia através de meios instrumentais ou leis organizativas posteriores, capazes de permitir sua aplicabilidade às matérias de que diretamente se ocupam. (PIOVESAN, 2003, p. 64).

Crisafulli, referindo-se ao Título V da Parte Segunda da Constituição da Itália, que trata da ordem regional, assim apresenta o problema das normas de eficácia diferida:

É pacificamente admitido, antes de mais nada, que a pertinente norma constitucional não está entre aquelas chamadas programáticas, porquanto não se dirige só ao legislador, determinando-o a dar vida, por sua vez, mediante expressa normatização, aos entes regionais, mas determina ela mesma, diretamente, os entes regionais: no seu território, no respectivo elemento pessoal, nos interesses públicos a eles atribuídos, na capacidade jurídica que lhes é devida, (“entes autônomos, com poderes e funções próprias, segundo princípios fixados pela Constituição”: art. 115), na sua capacidade financeira e patrimonial (art. 119), nas suas relações com o Estado e com os entes territoriais inferiores, Províncias e Municípios. Tudo isto não constitui um programa estabelecido (e imposto) pela Constituição aos órgãos do Estado e, em primeiro lugar, aos órgãos legislativos; mas constitui objeto direto e imediato da normatização constitucional, pois é matéria já regulada pela Constituição. No entanto, não completamente: outras normas são, com efeito, necessárias para exaurir e concluir a

---

<sup>17</sup> Silva (1982) critica a definição de Crisafulli de normas de eficácia diferida, afirmando que estas não teriam sido muito bem delineadas pelo autor italiano.

disciplina do ordenamento regional, e a Constituição mesma pede a respectiva formulação, em parte e em primeiro lugar, as leis ordinárias; em parte e secundariamente, aos Estatutos regionais e às leis organizativas.

Estas normas integrativas faltam ainda hoje; falta, em conseqüência, a concreta organização dos entes regionais, a qual - antes - é só parcialmente regulada pela Constituição, uma vez que, a esse respeito, se verifica a insuficiência da disciplina ministrada pelas disposições constitucionais e a exigência, portanto, de completá-las, de sorte a exaurir completamente a disciplina do ordenamento regional. E essa não é uma situação exclusivamente própria das normas constitucionais do Título V, as quais, ao contrário, são idênticas, de tal ponto de vista, a muitas outras normas organizativas postas por disposições do texto constitucional, as quais, indubitavelmente, não são nem de longe programáticas, mas que todavia bastam, por si mesmas, a traduzir-se numa regulação atual e operativa das matérias que constituem o seu objeto: basta pensar nas normas que tratam da Corte constitucional, do Conselho superior da Magistratura, do referendium, da iniciativa popular das leis, e assim por diante. Idênticas, por sua vez, são as normas constitucionais sobre o Parlamento, o Presidente da República, o Governo: se as leis ulteriores integrativas e, em seguida, as necessárias operações administrativas não sobreviessem regularmente, em tempo oportuno, não teríamos ainda concretamente nem o Parlamento, nem o Presidente da República, nem o Governo: e a ninguém jamais ocorreu considerar as respectivas normas da Constituição como programáticas.

Todas estas são normas de eficácia diferida, e por isto, semelhantes, em certos efeitos práticos, àquelas programáticas: mas, diversamente destas, diretamente preceptivas com respeito à disciplina das relações a que se referem de maneira imediata, embora incapazes de desdobrar na prática sua eficácia reguladora, até que tenham sido postas no ordenamento outras normas, instrumentalmente necessárias, de cuja vigência depende o verdadeiro início de sua obrigatoriedade. (CRISAFULLI, 1952, p. 187-189, tradução nossa).<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup>«È pacificamente ammesso, anzitutto, che la relative norme costituzionali non rientrano tra quelle dette programmatiche, in quanto non si rivolgono al solo legislatore, vincolandolo a dar vita a sua volta, mediante apposita normazione, agli enti regionali, ma determinano esse stesse, direttamente, gli enti regionali: nel loro territorio, nel rispettivo elemento personale, negli interessi pubblici ad essi attribuiti, nella capacità giuridica ad essi spettante («enti au-tonomi, con propri poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione»: art. 115), nella loro capacità finanziaria e patrimoniale (art. 119), nei loro rapporti con lo Stato e con i minori enti territoriali, Province e Comuni. Tutto questo non è un programma che sia posto (ed imposto) dalla Costituzione agli organi dello Stato, ed in primo luogo agli organi legislativi; ma forma oggetto diretto e immediato della normazione costituzionale, quindi è materia già regolata dalla Costituzione. Non compiutamente, però: altre norme sono, infatti, necessarie per esaurire e concludere la disciplina dell'ordinamento regionale, e la Costituzione stessa ne demanda la formulazione, in parte e in primo luogo, a leggi ordinarie; in parte e subordinatamente, agli Statuti regionali e a leggi regionali organizzative.

Queste norme integrative mancano tuttora; manca, in conseguenza, la concreta organizzazione degli enti regionali, la quale - anzi - è soltanto parzialmente regolata dalla Costituzione, giacché proprio a questo riguardo si verifica l'insufficienza della disciplina data dalle disposizioni costituzionali e l'esigenza pertanto di un loro completamento, che venga ad esaurire in tutte le sue parti la disciplina dell'ordinamento regionale (5). Né questa è una situazione esclusivamente propria delle norme costituzionali del titolo V, le quali viceversa sono identiche, da tale punto di vista, a molte altre norme organizzative poste da disposizioni del testo costituzionale, che non sono certamente neanche esse programmatiche, e tutta-via non bastano, da sole, a tradursi in una regolamentazione attuale ed operativa delle materie che ne formano oggetto: basta pensare alle norme sulla Corte costituzionale, sul Consiglio superiore della Magistratura, sul referendium, sull'iniziativa popolare delle leggi, e via dicendo. Identiche, a loro volta, sono le norme costituzionali sul Parlamento, sul Presidente della Repubblica, sul Governo: se le leggi ulteriori integrative, e poi le necessarie operazioni amministrative, non fossero regolarmente sopravvenute a suo tempo, non avremmo ancora in concreto né il

A despeito da transcrição mais alongada, que, no entanto, se considera necessária, a passagem traduzida acima é importante para que se possa perceber, que, para Crisafulli, na Constituição encontram-se normas que não se dirigem unicamente aos poderes do Estado, mas indireta e indistintamente, desde o primeiro momento, aos cidadãos e aos órgãos estatais, não tendo por conseguinte natureza programática. Defende o autor que as normas dessa espécie (classificadas como de eficácia diferida) desdobram sua eficácia somente através de meios instrumentais ou leis organizativas posteriores, capazes de permitir sua aplicabilidade às matérias de que diretamente se ocupam (CRISAFULLI, 1992).

Assim consideradas, as normas de eficácia diferida trazem sua matéria já definida, intacta e regulada diretamente pela Constituição, a qual será posteriormente apenas efetivada na prática – mediante atos legislativos (ou mesmo meramente executivos, instrumentais) de aplicação. Não se confundem com promessas cujo conteúdo há de ser ministrado ou estabelecido em um momento posterior pelo legislador infraconstitucional (BONAVIDES, 2011).

Como depreende Bonavides, considerada a classificação de Crisafulli, no que diz respeito às normas de eficácia diferida, para que a matéria a que se referem seja aplicada por completo, é necessário apenas que sejam posteriormente fornecidos os devidos meios (técnicos ou instrumentais). “Desde o primeiro momento, sua eficácia ou aplicabilidade pode manifestar-se de maneira imediata, posto que incompleta, ficando assim, por exigências técnicas, condicionadas a emanção de sucessivas normas integrativas” (BONAVIDES, 2011, p. 252).

Finalmente, quanto à terceira categoria, a das normas programáticas, segundo o jurista genovês, estas poderiam ser compreendidas como enunciados preceptivos que vinculam diversos os órgãos do Estado à realização dos objetivos fundamentais da unidade política, assinalados pelo poder constituinte originário. No geral, tratam-se, pois, daquelas “normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um

---

Parlamento, né il Presidente della Re-pubblica, nè il Governo: eppure a nessuno mai è saltato in mente di considerare le rispettive norme della Costituzione come programmatiche.

Sono, tutte queste, norme a efficacia differita, e perciò simili, a certi effetti pratici, a quelle programmatiche: ma, diversamente da queste, direttamente precettive per la disciplina dei rapporti cui, immediatamente, si riferiscono ; sebbene incapaci di esplicitare praticamente la loro efficacia regolatrice sinchè non siano state poste nell'ordinamento altre norme, strumentalmente necessarie, all'en-trata in vigore delle quali è quindi condizionato l'inizio della loro effettiva obbligatorietà (6).”

justificado motivo” (CRISAFULLI, 1952, p. 103, tradução nossa)<sup>19</sup>.

Assim, “a norma programática vincula comportamentos públicos futuros” (BONAVIDES, 2011, p. 246). Seu intuito formal é vincular a legislação infraconstitucional, enquanto seu propósito material seria “regulamentar uma certa ordem de relações” (BONAVIDES, 2011, p. 247).

Para elaborar esse último conceito, Vezio Crisafulli finca alicerces naquilo que considera “pontos firmes”, ou marcos, que seriam resultantes de pesquisas anteriores na então nova Constituição da Itália, quais sejam:

1) O reconhecimento da eficácia normativa das disposições constitucionais exclusivamente programáticas, as quais enunciam verdadeiras normas jurídicas, que são por isso preceptivas, tanto quanto as demais, se bem que dirigidas tão-somente, de maneira originária e direta, aos órgãos estatais e antes de tudo, com certeza, pelo menos aos órgãos legislativos;

2) O reconhecimento, no vigente ordenamento, da natureza programática obrigatória do vínculo que deriva das normas constitucionais programáticas para os órgãos legislativos, como consequência da eficácia formal predominante de sua fonte (a Constituição) com respeito às outras leis ordinárias;

3) O reconhecimento, por isto, da invalidade das leis supervenientes, que estejam em contraste com as normas constitucionais programáticas e, segundo a corrente doutrinária que parece preferível, também das disposições de leis preexistentes, se e enquanto com elas contrastarem (CRISAFULLI, 1952, p. 52, tradução nossa)<sup>20</sup>.

Observa-se, por oportuno, ainda segundo o constitucionalista da Ligúria, que o conceito formulado também pode ser compreendido de uma forma mais ampla, concluindo que toda norma que se arvora funcionalmente como norma-princípio (dada a servir de base ou fundamento a uma ou mais normas particulares subordinadas) seria “sem dúvida, deste ponto de vista e nesta acepção, também programática” (CRISAFULLI, 1952, p. 102). Essa acepção mais ampla abarcaria,

<sup>19</sup>“Programmatiche si dicono quelle norme giuridiche con cui il legislatore, invece di regolare immediatamente un certo oggetto, prestabilisce a se stesso un programma di azione, in ordine all’oggetto stesso, vincolandosi a non discostarsene senza un giustificato motivo”.

<sup>20</sup> “1) riconoscimento della efficacia normativa anche delle disposizioni costituzionali esclusivamente programmatiche, le quali enunciano vere norme giuridiche, che sono perciò precettive non meno delle altre, sebbene rivolte originariamente e direttamente ai soli organi dello Stato. 2) riconoscimento, nell’ordinamento vigente, della natura propriamente obbligatoria del vincolo derivante dalle norme costituzionali programmatiche agli organi legislativi, come conseguenza della efficacia formale prevalente della loro fonte (la Costituzione) rispetto alle altre leggi ordinarie; 3) riconoscimento perciò della invalidità di leggi successive che fossero in contrasto con le norme costituzionali programmatiche e, secondo la corrente dottrinale che sembra preferibile, anche delle disposizioni di leggi preesistenti, se ed in quanto con esse contrastanti.”

segundo o autor, a grande maioria das normas constitucionais<sup>21</sup>.

No entanto, mais especificamente, o conceito de norma programática que diretamente interessa ao objeto desta tese na obra de Vezio Crisafulli diz respeito àquelas normas jurídicas as quais o legislador, ao invés de regular desde logo o tema em questão, preestabelece a si mesmo um programa de ação sobre o referido objeto da norma, ao qual fica vinculado, dele não podendo distanciar-se sem um “justo motivo” - as normas programáticas “propriamente ditas” (CRISAFULLI, 1952, p. 103). A respeito da incidência desta espécie normativa nas constituições, ressalta o publicista italiano:

Com referência àquelas [normas programáticas] postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual vigente entre nós, pode e deve-se dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes. (CRISAFULLI, 1952, p. 103-104, tradução nossa).<sup>22</sup>

Infere-se que, nas constituições rígidas, normas programáticas propriamente ditas, ou normas programáticas *stricto sensu* (BONAVIDES, 2011), são aquelas em que o legislador constituinte, ao invés de regular desde logo todo o seu objeto, opta por predeterminar ao legislador infraconstitucional um programa de ação a ser seguido sobre o referido tema. Como consequência, este último a ele ficará vinculado e dele não poderá distanciar-se sem fundamentada motivação.

O autor exclui da categoria das normas programáticas propriamente ditas as normas organizativas do poder, aquelas que disciplinam as relações entre os

<sup>21</sup> Crisafulli (1952, p. 103) afirma que tal conceito amplo (genérico) de norma programática está intimamente ligado a outro, não menos problemático: o de norma-princípio.

<sup>22</sup> “Con riferimento a quelle poste non in una legge quarsiasi, ma in una Costituzione di tipo rigido, quale la nostra vigente, può e deve farsi un passo ulteriore, definendo programmatiche quelle norme costituzionali con cui un programma di azione è assunto dallo Stato ed assegnato ai suoi organi, legislativi, di indirizzo politico ed amministrativi, precisamente come un programma che ad essi incombe l'obbligo di realizzare nei modi e nelle forme delle rispettive attività. Insomma, un programma politico assunto nell'ordinamento giuridico e tradotto in termini di norme costituzionali, ossia dotate di efficacia prevalente rispetto a quella delle ordinarie norme legislative: sottratto, quindi, alle mutevoli oscillazioni e alla, varietà di criteri dei programmi e indirizzi di partito e di governo, ed anzi obbligatoriamente prefissato dalla Costituzione a fondamento e limite di questi.”

cidadãos e as normas que regulam relações entre sujeitos externos à pessoa estatal (CRISAFULLI, 1952, p. 75) e insiste:

As normas constitucionais programáticas, como se viu, não regulam diretamente as matérias a que se referem, mas regulam propriamente a atividade estatal concernente a ditas matérias: tem por objeto imediato os comportamentos estatais, e só mediatamente e por assim dizer, em segundo grau, aquelas determinadas matérias (CRISAFULLI, 1952, p. 75, Tradução nossa).<sup>23</sup>

Em suma, como bem salienta Paulo Bonavides (2011), desde as lições já vetustas de Crisafulli, é perceptível o equívoco de se conceber que as normas programáticas devam ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valor meramente diretivo, prestando-se apenas a servir de guia e orientação ao intérprete. Não é correto, pois, “reduzir o conteúdo programático das Constituições a um devaneio teórico de boas intenções ou uma simples página de retórica política e literária” (BONAVIDES, 2011, p. 250).

A esse respeito, cumpre lembrar o lúcido diagnóstico apresentado por Carl Schmitt, para quem, no tocante aos direitos fundamentais - morada recorrente de normas classificadas como programáticas -, quanto mais fundamental o direito da liberdade, mais fraco e inerte se revelará, enquanto, ao revés, disposições de teor material secundário, periférico e fortuito, lograrão altíssima eficácia e o mais subido e sacrossanto caráter de direito fundamental, com graves danos para o sistema e o princípio central de uma Constituição, posta assim de cabeça para baixo (SCHMITT, 1997).

Como arremate, apresentam-se oportunas as palavras de Manoel Jorge e Silva Neto:

O Professor da Universidade de Trieste foi o grande responsável pela mudança de centro do moderno direito constitucional, na medida em que sua teoria acossou a maldição atávica da concepção lassalliana essencialista de constituição, fazendo emergir, em bases científicas de indiscutível rigor, um arcabouço teórico assentado naquilo que, mais recentemente, passou a se denominar força normativa da constituição, como quer Hesse (SILVA NETO, 2008, p. 146).

---

<sup>23</sup> “Le norme costituzionali programatiche, si è visto, non regolano direttamente le materie cui pure si riferiscono, ma regolano propriamente l’attività statale in ordine a dette materie: hanno ad oggetto immediato comportamenti statali, e soltanto mediatamente e, per dir così, in secondo grado quelle materie.”

### 4.3 A classificação tripartite de José Afonso da Silva

Partindo da ruptura provocada pelas reflexões de Crisafulli, porém divergindo de algumas de suas conclusões, José Afonso da Silva, principal divulgador do pensamento do Professor da Universidade de Trieste em terras brasileiras, apresenta, no final dos anos 1960, a sua classificação tripartite, em que as normas constitucionais, segundo a sua eficácia, são divididas em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Como se disse acima, a teoria desenvolvida pelo constitucionalista pompeano tem sido aceita por longo tempo no Brasil.

Em seu livro “Aplicabilidade das normas constitucionais”, José Afonso da Silva critica e refuta as classificações de ordem dual, as quais afirma não mais corresponder “à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade” (SILVA, 1982, p. 65). Ainda segundo ele:

Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma (SILVA, 1982, p. 66).

Percebe-se que Silva apresentava opinião diametralmente oposta daquela sustentada por Rui a respeito do tema da classificação das normas constitucionais em razão de sua eficácia. Enquanto o jurista baiano defendia que a carência de autoexecutoriedade seria característica frequente na grande maioria das normas constitucionais, o constitucionalista mineiro, radicado em São Paulo, ao propor sua tese, argumentava que todas elas são dotadas, em algum grau, de autoexecutoriedade.

Em sua obra, Silva também sustenta que a teoria americana, em especial os estudos de Cooley não davam o necessário destaque às normas programáticas, as quais, segundo o autor, estariam a revelar o novo caráter das constituições de seu tempo<sup>24</sup>, tema este então já enfrentado, no Brasil, por Pontes de Miranda, ainda que em caráter mais genérico, para quem:

---

<sup>24</sup> A referência, por óbvio, é relativa ao constitucionalismo social, que marca não somente os anos 1960, mas todo o Século XX.

Regras programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar uma norma de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras pelas quais não se orientar os Poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função (MIRANDA, 1987, p. 30-31).

Firme em tais premissas, Silva irá levar a cabo o seu projeto, sustentando a necessidade de se formular uma nova proposta, “mais adequada àqueles novos conteúdos das constituições contemporâneas, mais voltadas para a efetivação de valores sociais” (SILVA, 1982, p. 67).

#### **4.3.1 Normas constitucionais de eficácia plena**

Como dito alhures, o postulado central da classificação de Silva finca-se na ideia segundo a qual todas as normas constitucionais são dotadas de aplicabilidade, muito embora seja variável o grau de aplicabilidade por elas apresentado.

Sem negar a aproximação dessa primeira espécie normativa ao conceito dualista das normas autoexecutáveis, já abordado acima, o autor apresenta as normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, as quais seriam:

aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. (SILVA, 1982, p. 89).

Como se pode perceber, seguindo esse critério, são classificadas como de eficácia plena as normas constitucionais com aplicabilidade imediata, direta e integral, que incidem diretamente e dispensam legislação complementar (DINIZ, 1992). Por receberem do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata, prescindem da elaboração de nova legislação que lhes pudesse completar o alcance e o sentido, ou que lhes fossem úteis para a fixação do seu conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados (PIOVESAN, 2003). São normas que produzem, ou têm a possibilidade de produzir, desde logo, todos os seus efeitos essenciais.

### **4.3.2 Normas constitucionais de eficácia contida**

A segunda categoria de normas constitucionais apresentada na classificação do autor em exame é aquela das normas constitucionais de eficácia contida, as quais também têm eficácia direta e imediata, mas possivelmente não integral, eis que podem ser objeto de restrição por parte do legislador infraconstitucional. Estão sujeitas a restrições previstas ou passíveis de regulamentação que limite sua aplicabilidade (PIOVESAN, 2003). Nas palavras de Silva:

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. (SILVA, 1982, p. 105)

Maria Helena Diniz esclarece que as normas de eficácia contida da classificação de Silva, estariam mesmo a exigir “meios normativos de contenção de sua eficácia, por limitarem os direitos nelas consagrados” (DINIZ, 1992, p. 95).

José Afonso da Silva afirma que essas normas reúnem como peculiar característica a possibilidade de restrição do seu alcance, seja pela lei, seja por conceitos de larga difusão no direito público, tais como “ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente, dentre outros, que importam em limitação da eficácia normativa” (SILVA, 1982, p. 104).

Como se percebe, nesse tipo de norma, que faz menção a uma legislação posterior, enquanto essa legislação não existe a sua eficácia é plena. Tendo por base o caso do atual inciso XIII, do artigo 5º, da Constituição da República, afirma o autor:

Trata-se, ao contrário, de algo concreto: da liberdade que do indivíduo de determinar-se em relação ao trabalho, ofício e profissão segundo seu próprio entendimento e conveniência. A lei só pode interferir para exigir certa habilitação para o exercício de uma ou outra profissão ou ofício. Na ausência de lê, a liberdade é ampla, em sentido teórico. (SILVA, 1982, p. 94)

Nesse particular, em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a atividade de músico não depende de registro ou licença de entidade de classe para o seu exercício. No mencionado caso, o plenário do Supremo Tribunal Federal

negou provimento a um recurso extraordinário, a ele afetado pela 2ª Turma, em que a Ordem dos Músicos do Brasil alegava que o livre exercício de qualquer profissão ou trabalho estaria constitucionalmente condicionado às qualificações específicas de cada profissão e que, no caso dos músicos, a Lei 3.857/60 estabeleceria essas restrições. No julgamento, o tribunal decidiu que as restrições feitas ao exercício de qualquer profissão ou atividade profissional deveriam obedecer ao princípio da mínima intervenção - a qual se pautaria, diz o julgado “pela razoabilidade e pela proporcionalidade”. Segundo o entendimento então manifestado pelos ministros, a liberdade de exercício profissional, contida no art. 5º, XIII, da CF, seria “quase absoluta”, entendendo ainda o órgão que “qualquer restrição a ela só se justificaria se houvesse necessidade de proteção a um interesse público, a exemplo de atividades para as quais fosse requerido conhecimento específico, técnico, ou ainda, habilidade já demonstrada” (BRASIL, 2011).

#### **4.3.3 Normas constitucionais de eficácia limitada**

A terceira categoria apresentada por Silva (1982) é a das normas constitucionais de eficácia limitada. Aqui são reunidas pelo autor as normas cuja produção plena de efeitos depende de ação do legislador ou de outros órgãos estatais. Têm ainda, eficácia ab-rogatória de legislação precedente incompatível (DINIZ, 1992). Tais normas seriam dotadas de um mínimo de eficácia e, segundo Silva,

regem, até onde possam (por si ou em coordenação com outras normas constitucionais) situações, comportamentos e atividades na esfera do alcance do princípio ou esquema que contém, especialmente condicionando a atividade dos órgãos do Poder Público e criando situações jurídicas de vantagem ou de vínculo (SILVA, 1982, p. 146).

Nessa última categoria, classificam-se todas as normas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado (PIOVESAN, 2003). Segundo o autor, são normas que apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem por completo sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes

desenvolva a aplicabilidade (SILVA, 1982).

Porque assim concebidas, Silva argumenta que, no caso em questão, é o legislador ordinário quem vai lhes conferir plena aplicabilidade, mediante a edição de legislação integrativa.

O autor distingue as normas constitucionais de eficácia limitada em duas subespécies, a saber:

- a) normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e
- b) normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático, ou, simplesmente, normas programáticas.

Dessa maneira, as normas constitucionais de princípio institutivo são aquelas que “contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo que também poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo” (SILVA, 1982, p. 112). São conceituadas como normas “através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei” (SILVA, 1982, p. 116).

Silva afirma que as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo podem ser impositivas ou facultativas. “Impositivas são as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa” (SILVA, 1982, p. 116). Há, pois, a obrigatoriedade do legislador de emitir o comando normativo. Por sua vez, as normas classificadas como facultativas (ou permissivas) não impõem uma obrigação, mas “limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada” (SILVA, 1982, p. 117). Como se pode perceber, para o autor, essa categoria normativa permite ao legislador ordinário efetuar um juízo de conveniência e oportunidade. A distinção entre as normas impositivas e facultativas residiria ainda no fato de as primeiras traduzirem comandos normativos, tais como “a lei indicará”, “a lei organizará”, entre outros, enquanto que as do segundo tipo estariam a articular potencialidades, sendo, pois, regidas basicamente pela expressão “a lei poderá”. Servindo-se das normas da Constituição em vigor, citam-se o seu artigo 33 como de natureza impositiva e o parágrafo 4º do seu artigo 195 como de natureza facultativa.

Já as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático,

são assim definidas por Silva:

normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 1982, p. 129).

A conceituação transcrita acima, segundo o próprio autor admite (1982, p. 129), pauta-se no trabalho de Vezio Crisafulli (1952), já abordado alhures, para quem as normas de cunho programático também conteriam comando, não se tratando de meros enunciados político-filosóficos, como queria Azzariti (1951).

Como já observado anteriormente, segundo o raciocínio desenvolvido por Crisafulli, as normas programáticas, em sentido estrito, seriam:

aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhe incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes (CRISAFULLI, 1952, p. 103-104, tradução nossa).<sup>25</sup>

#### 4.4 As classificações alternativas

---

<sup>25</sup> "Quelle norme giuridiche con cui il legislatore, invece di regolare immediatamente un certo oggetto, prestabilisce a se stesso un programma di azione, in ordine all'oggetto stesso, vincolandosi a non discostarsene senza un giustificato motivo. Con riferimento a quelle poste non in una legge qualsiasi, ma in una Costituzione di tipo rigido, quale la nostra vigente, può e deve farsi un passo ulteriore, definendo 'programmatiche' quelle norme costituzionali con cui un programma di azione è assunto dallo Stato ed assegnato a suoi organi, legislativi, di indirizzo politico ed amministrativi, precisamente come un programma che ad essi incombe l'obbligo di realizzare nei modi e nelle forme delle rispettive attività. Insomma, un programma politico assunto nell'ordinamento giuridico tradotto in termini di norme costituzionali, ossia dotate di efficacia prevalente rispetto a quella delle ordinarie norme legislative: sottratto, quindi, alle mutevoli oscillazioni e alla varietà di criteri dei programmi e indirizzi di partito e di governo ed anzi obbligatoriamente prefissato dalla Costituzione a fondamento e limite di questi".

A classificação e os conceitos formulados por José Afonso da Silva, cujo supedâneo, como se observou acima, foram as reflexões de Crisafulli, têm sido alvos de diversas críticas ao longo dos anos. Porém, como ressalta Virgílio Afonso da Silva, nenhuma delas teve grande repercussão, pois essas posições, que poderiam ser encaradas apenas como propostas alternativas, não teriam verdadeiramente influenciado a produção doutrinária, nem utilizadas como critério em decisões do Supremo Tribunal Federal (SILVA, 2009, p. 216). Virgílio Afonso cita como exemplos de propostas alternativas, as classificações de Maria Helena Diniz, Pinto Ferreira, Celso Bastos e Carlos Ayres Britto e, ainda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Além dessas classificações, também são dignas de menção aquelas sugeridas por Luís Roberto Barroso e pelo constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho. Jorge Miranda também se destaca na classificação das normas programáticas, distinguindo-as em normas exequíveis por si mesmas, normas preceptivas não exequíveis por si mesmas e normas programáticas:

Quer as normas programáticas quer as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas caracterizam-se pela relevância específica do tempo, por uma conexa auto limitação e pela necessidade de concretização, e não só de regulamentação e legislativa. Separam-se, no entanto, por as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas postularem apenas a intervenção do legislador, actualizando-as ou tornando-as efectivas, e as normas programáticas exigirem mais do que isso, exigirem não só a lei como providências administrativas e operações materiais. As normas não exequíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicos e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de factores económicos e sociais. Daí um maior grau de liberdade do legislador perante as normas programáticas do que perante as normas preceptivas não exequíveis: estas deverão ser completadas pela lei nos prazos relativamente curtos delas decorrentes; já as normas programáticas somente terão de ser concretizadas quando se verificarem os pressupostos de facto que tal permitam, a apreciar pelo órgão legislativo. [...] nas normas não exequíveis por si mesmas programáticas tem ainda de se dar uma terceira instância – a instância política, administrativa e material, única com virtualidade de modificar as situações e os circunstancialismos económicos, sociais e culturais subjacentes à Constituição. (MIRANDA, 2001, p. 248-249).

Com respeito às propostas de Pinto Ferreira e Maria Helena Diniz, chama-se a atenção para a adição, proposta pelo primeiro e integralmente aceita pela segunda, de uma quarta categoria, a das “normas constitucionais de eficácia absoluta” (DINIZ, 1992, p. 98). Tais normas, afirma Diniz, seriam aquelas

consideradas “intangíveis; contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las” (DINIZ, 1992, p. 98). Como exemplo, a professora paulista cita os artigos 1º, 2º, 5º e 14, da atual Constituição Federal.

Sobre este particular, é pertinente a crítica de Silva, para quem na proposta acima “há uma certa confusão entre a produção de efeitos das normas constitucionais e a possibilidade de mudança nos dispositivos que as veiculam” (SILVA, 2009, p. 216-217). A mesma crítica aparece na monografia de Pimenta: “Pinto Ferreira e Maria Helena Diniz [...] elaboraram distinções no grupo das normas constitucionais de eficácia plena, a qual não tem qualquer pertinência, eis que a eficácia não se relaciona diretamente com o poder de reforma constitucional” (DINIZ, 1999, p. 110).

Assim, dado que a única diferença marcante entre as propostas de Pinto Ferreira e Maria Helena Diniz, de um lado, e a classificação tradicional de José Afonso da Silva, de outro, é a quarta categoria, “normas de eficácia absoluta”, e sendo certo que essa categoria não é metodologicamente sustentável por lhe faltar uma característica própria necessariamente ausente nas demais categorias, então, não se pode dizer que a proposta seja, de fato, uma alternativa (SILVA, 2009, p. 217).

#### **4.4.1 A classificação de Celso Bastos e Carlos Ayres Britto**

A classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto (1982) leva em conta, segundo os autores, a vocação das normas constitucionais para atuação ou não do legislador. Dependendo da vocação, elas serão classificadas em:

- a) Normas constitucionais de aplicação, as quais não necessitam da sindicabilidade do legislador e, assim, equivalem na classificação de Silva (1982), às normas de eficácia plena. No entanto, as normas de aplicação são divididas pelos autores em duas subespécies, a saber, as normas de aplicação irregulamentáveis e as normas de aplicação regulamentáveis. As primeiras, dizem respeito àquelas “normas que incidem diretamente sobre os fatos regulados, repudiando qualquer regramento adjutório, normas cuja matéria é insuscetível de tratamento, senão a nível constitucional” (BASTOS;

BRITTO, 1982, p. 39). De outro lado, são classificadas como normas de aplicação regulamentáveis aquelas normas da constituição que, muito embora não necessitem de regulamentação, permitem que o legislador atue, não para que produza mais efeitos, mas tão-somente para auxiliar a norma constitucional à sua melhor aplicação (BASTOS; BRITTO, 1982). Assim, atuando ou não o legislador infraconstitucional, a norma tem plena eficácia; e

- b) Normas constitucionais de integração, consideradas como tais aquelas que carecem da ação do legislador para alcançar eficácia. São “aquelas que têm por traço distintivo a abertura de espaço entre seu desiderato e o efetivo desencadear dos seus efeitos. No seu interior existe uma permanente tensão entre a predisposição para incidir e a efetiva concreção. Padecem de visceral imprecisão, ou deficiência instrumental, e tornam por si mesmas inexecutáveis em toda a sua potencialidade” (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 48). Também são subdivididas em duas subespécies: as normas constitucionais de integração completáveis, as quais requerem uma atuação dos poderes públicos para ganharem eficácia plena, carecendo, pois, de regulamentação; e as normas constitucionais de integração restringíveis, que são aquelas que requerem uma atuação legislativa para a restrição dos seus efeitos. Como se percebe, a primeira subespécie corresponde às normas de eficácia limitada da classificação de Silva (1982) e a segunda às normas de eficácia contida, de acordo com os critérios estabelecidos pelo citado constitucionalista.

Como se percebe, não se pode considerar que a classificação apresentada pelo atual Ministro Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, na obra escrita a quatro mãos com o saudoso constitucionalista paulista Celso Bastos, tenha trazido inovação ou ruptura relevante em relação àquela formulada por Silva (1982). Afora a alteração na nomenclatura e a subdivisão das normas de eficácia plena (normas de aplicação) em regulamentáveis e irregulamentáveis - que serão abordadas mais adiante, ao apresentar a crítica de Virgílio Afonso da Silva -, pode-se entender que a classificação desta dupla de constitucionalistas não se distingue significativamente daquelas já apresentadas nos subitens anteriores.

#### **4.4.2 A classificação de Luís Roberto Barroso**

Como mencionado acima, o jurista carioca Luís Roberto Barroso (2009), empreendendo a tentativa de emprestar maior efetividade às normas de Direito Constitucional, propõe uma outra classificação, também tripartite, que assim divide as normas constitucionais:

- a) Normas constitucionais de organização;
- b) Normas constitucionais definidoras de direitos;
- c) Normas constitucionais programáticas.

Segundo o supracitado autor, a primeira categoria (normas constitucionais de organização) tem por objeto organizar o exercício do poder político. Assim, em sua ótica, tal espécie abarca as normas que:

- (a) veiculam decisões políticas fundamentais (definem a forma e o sistema de governo, a forma de estado e a divisão orgânica do poder);
- (b) definem as competências dos órgãos constitucionais e das entidades estatais;
- (c) criam órgãos públicos, autorizam a sua criação, traçam regras à sua composição e ao seu funcionamento; e
- (d) estabelecem normas processuais ou procedimentais (de revisão e defesa da Constituição, de aplicação e elaboração de outras normas e de fiscalização) (BARROSO, 2009, p. 93-94).

A denominação “definidoras de direitos” é conferida às normas que têm como objeto fixar os direitos fundamentais do indivíduo. Reconhecendo utilizar o critério da “preeminência do aspecto versado na norma” (BARROSO, 2009, p. 112) e a sua necessária relação com os direitos classicamente intitulados subjetivos, nesse grupo, Barroso reúne as normas definidoras de direitos, as quais seriam relativas a quatro espécies de direitos: direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos.

Por fim, as normas constitucionais programáticas são identificadas pelo constitucionalista carioca como “disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados” (BARROSO, 2009, p. 114). Seguindo a linha traçada por José Afonso da Silva (1982), Barroso informa que as normas programáticas “têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o poder público” (BARROSO, 2009, p. 114).

Barroso divide os efeitos das normas dessa espécie em imediatos e diferidos,

afirmando que o segundo grupo se caracteriza pela fragilização do controle sobre a efetivação da norma, uma vez que os seus resultados deverão se dar em momento futuro. Já as normas do primeiro grupo, caracterizam-se pela sindicabilidade do seu cumprimento, eis que seus efeitos seriam instantâneos (BARROSO, 2009).

#### **4.4.3 A classificação de J. J. Gomes Canotilho**

Por seu turno, o professor catedrático da Universidade de Coimbra apresenta uma tipologia que parte da distinção entre regras e princípios<sup>26</sup> (BARACHO JÚNIOR, 2008). Com respeito aos princípios, quatro são as categorias afirmadas por Canotilho (1991):

- a) Princípios jurídicos fundamentais, que são aqueles historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica, os quais encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional;
- b) Princípios políticos constitucionalmente conformadores, categoria ocupada pelos princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais dos caracterizadores da forma de governo;
- c) Princípios constitucionais impositivos, aos quais submetem-se todos os princípios que, no âmbito da constituição dirigente<sup>27</sup>, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas;

---

<sup>26</sup> Uma análise mais detida a respeito da relação entre regras e princípios será empreendida mais adiante, quando, entre outras, serão apresentadas as teorias de Robert Alexy e de Ronald Dworkin.

<sup>27</sup> A noção de constituição dirigente foi desenvolvida por Canotilho em sua tese de doutorado, intitulada "Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas". Nesse trabalho, o constitucionalista português assim situa a temática objeto de sua análise: "O tema a abordar na presente investigação é, fundamentalmente, o problema das relações entre a constituição e a lei. O título - Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais. [...] Com efeito, perguntar pela 'força dirigente' e pelo 'caracter determinante' de uma lei fundamental implica, de modo necessário, uma indagação alargada, tanto no plano teórico-constitucional como no plano teórico-político, sobre a função e estrutura de uma constituição. [...] Deve uma constituição conceber-se como 'estatuto organizatório', como simples 'instrumento de governo', definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins?". O que se conota, pois, a partir do conceito de constituição dirigente é o sentido de um texto que objetiva a mudança social, indo além, por conseguinte, de representar um simples elenco de "instrumentos de governo", haja vista a enunciação de fins, metas, programas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. Não se trata, como ressalta o autor de um "estatuto jurídico do político" mas, como afirma, um "plano global normativo" endereçado ao Estado e à própria sociedade.

- e
- d) Princípios de garantia, que visam instituir direta e imediatamente garantias ao cidadão.

Já no que diz respeito às regras constitucionais, Canotilho apresenta dos tipos básicos. O primeiro comporta as regras jurídico-organizatórias, que “regulam o estatuto da organização do Estado e a ordem de domínio” (CANOTILHO, 1991, p. 181), as quais se subdividem em:

- a) regras de competência, que “são aquelas nas quais se reconhecem certas atribuições e determinados órgãos constitucionais ou são estabelecidas esferas de competência entre vários órgãos constitucionais” (CANOTILHO, 1991, p. 182);
- b) regras de criação de órgãos, que, como se pode antecipar, têm estreita ligação com as regras de competência e, por sua vez, visam disciplinar normalmente a criação ou instituição constitucional de certos órgãos; e
- c) regras de procedimento, caráter atribuído às normas que se referem, por exemplo, ao processo legislativo.

De outra banda, Canotilho indica as regras jurídico-materiais, as quais se referem “aos limites programas da ação estatal em relação aos cidadãos” (CANOTILHO, 1991, p. 181) e compreendem:

- a) regras de direitos fundamentais, as quais compreendem todos os preceitos constitucionais que se dirigem ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais;
- b) regras de garantias institucionais, que são aquelas que se destinam a proteger instituições públicas ou privadas;
- c) regras determinadoras de fins e tarefas do Estado, que dizem respeito aos preceitos constitucionais que, de modo abstrato e global, fixam essencialmente os fins do Estado e as suas tarefas prioritárias; e
- d) regras constitucionais impositivas, que são regras em estreita conexão com as normas determinadoras de fins e tarefas e com os princípios

constitucionalmente impositivos.

Com respeito a esse último tipo de regas, Canotilho aponta a distinção entre as normas constitucionais em sentido amplo, compreendendo todas aquelas que fixam tarefas e diretivas materiais ao Estado, e as normas constitucionais em sentido restrito, que são imposições de caráter permanente e concreto. O autor indica ainda, nessa última categoria, dois subgrupos, quais sejam: o das imposições legiferantes, que determinam aos órgãos do Estado, de forma permanente e concreta, o cumprimento de determinadas tarefas, fixando as diretivas materiais; e o das ordens de legislar, que são imposições constitucionais únicas que determinam ao legislador a emanação de uma ou de várias leis, destinadas, em geral a possibilitar a instituição e o funcionamento dos órgãos constitucionais (CANOTILHO, 1991).

Como se pode perceber, e fazendo coro com Baracho Júnior (2008), a classificação proposta pelo constitucionalista luso se atém menos aos aspectos formais e prioriza os funcionais. Ainda segundo o constitucionalista mineiro: “Esta mudança de perspectiva está conectada ao postulado de conferir maior efetividade possível às normas constitucionais através de sua interpretação” (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 74).

Especial relevo deve ser concedido aos ensinamentos do autor luso a respeito da necessidade de uma compreensão dos direitos sociais, econômicos e culturais como “direitos originários”, o que implica uma sensível mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade o problema da sua efetivação, a qual

não se reduz a um simples apelo ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos (CANOTILHO, 2008a, p. 436).

A seguir, será apresentada a crítica de Virgílio Afonso da Silva, a qual também representa um importante contributo para que se conceda a maior efetividade possível às normas constitucionais através de sua interpretação. Perceba-se que o trabalho do autor paulista, não propõe uma nova classificação, mas busca indicar as principais vicissitudes das classificações já empreendidas, em especial daquela proposta por José Afonso da Silva, e, assim, desconstruí-las à luz de uma hermenêutica mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

#### **4.5 A crítica de Virgílio Afonso da Silva**

Como mencionado alhures, o Professor Virgílio Afonso da Silva, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, não obstante reconhecer os méritos das classificações tripartites, as quais, como já se viu, fincam as suas bases na doutrina italiana, em especial no pensamento de Vezio Crisafulli, propõe uma importante desconstrução crítica da classificação de José Afonso da Silva, em especial no que se refere aos fundamentos que levaram seus adeptos à distinção entre as normas tidas como de eficácia plena e aquelas tratadas como de eficácia contida. Nas palavras do mencionado autor:

A consolidação da classificação tríplice, sobretudo destacada de seu intento inovador inicial, acabou por gerar, com o passar do tempo, uma situação que impede um maior desenvolvimento da eficácia dos direitos fundamentais. Essa situação pode ser resumida da forma que se segue.

De um lado, a crença na eficácia plena de algumas normas, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, solidificou a idéia de que não é nem necessário nem possível agir, nesse âmbito, para desenvolver essa eficácia. Se ela é plena, nada mais precisa ser feito. Quanto mais essa crença for mitigada, como é o caso das conclusões deste trabalho, tanto maior será o ganho em eficácia e efetividade. Para mencionar apenas um exemplo: se se imagina que a liberdade de imprensa é garantida por uma norma de eficácia plena, pode ser que a consequência dessa premissa seja a sensação de que já se atingiu o ápice da normatividade constitucional. Ao se mitigar essa idéia, torna-se possível exigir, por exemplo, ações que criem as condições não apenas de uma imprensa livre, mas de uma imprensa livre, plural e democrática. (SILVA, 2006, p. 50).

##### **4.5.1 Normas de eficácia contida**

Referindo-se inicialmente ao problema das normas classificadas como de eficácia contida, Silva (2009) aponta, em primeiro lugar, a questão terminológica. Conclui que, na realidade, tais normas são, fundamentalmente, normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, porém restringível pelo legislador<sup>28</sup>. Silva (2009) afirma que a referida distinção na classificação baseia-se tão-somente em uma possibilidade - segundo a qual algumas normas da Constituição podem ter sua eficácia restringida por um ato estatal infraconstitucional -, e, assim, melhor nomenclatura estaria retratada pelos termos “contível” (TEMER, 2008; FERREIRA

---

<sup>28</sup> Tal crítica é reputada por Silva (2009) originalmente a Ferreira Filho (2005), Temer (2008) e Barroso (2009).

FILHO, 2005), “restringível” (FERREIRA FILHO, 2005), ou “reduzível” (TEMER, 2008). Lembra ainda o autor que o critério dessa distinção pode ser definido como “textual”, ou seja, “é o próprio dispositivo que indica se a norma deve ser enquadrada como de eficácia plena ou como de eficácia contida” (SILVA, 2009, p. 220), com isso concluindo que, se as normas de eficácia plena e de eficácia contidas se distinguem pela possibilidade que as últimas admitem de restrição por norma infraconstitucional, definida no próprio texto da Constituição, o termo mais adequado a espelhar tal distinção necessariamente deveria indicar tal possibilidade e, assim, no caso, seriam mais adequadas às expressões sugeridas pelos autores antes relacionados.

Outra crítica suscitada por Silva (2009) em relação às normas classificadas como de eficácia contida, diz respeito à própria classificação tríplice empreendida por José Afonso da Silva. Concordando com a posição assumida por Ferreira Filho (2005), Silva (2009) afirma que, como tanto as normas classificadas por José Afonso como de eficácia contida, quanto as normas pelo mesmo classificadas como de eficácia plena, tem aplicabilidade imediata e, ainda, dado que ambas contêm regulamentação constitucional suficiente e uma consequente desnecessidade de regulamentação posterior por parte do legislador ordinário:

estamos diante de duas normas do mesmo gênero, ainda que eventualmente de espécies distintas. O gênero seria - nos termos empregados por José Afonso da Silva - o das normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, e as espécies seriam - na sugestão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho - as normas de eficácia plena propriamente dita e as normas de eficácia plena, mas restringíveis (SILVA, 2009, p. 222).

Por último, Silva (2009) aponta o problema existencial. Segundo o autor, os dois problemas anteriormente identificados (terminológico e classificatório) constituem questões apenas marginais na classificação das normas constitucionais e, mesmo que procedentes, as críticas apresentadas à tese de José Afonso da Silva não têm como consequência a rejeição da classificação proposta pelo constitucionalista mineiro.

O problema, diz o autor, “diz respeito à própria existência das normas constitucionais restringíveis” (SILVA, 2009, p. 223). Referindo-se às ideias já

anteriormente manifestadas por Sarlet (2005)<sup>29</sup>, sustenta que todas as normas constitucionais podem ser restringidas pela legislação ordinária (SILVA, 2009). Assim sendo, “não faria sentido distinguir entre as normas que podem e as que não podem ser restringidas” (SILVA, 2009, p. 223)<sup>30</sup>.

Não obstante, é necessário observar que Silva (2009) manifesta explícita discordância dos fundamentos que embasam as conclusões de Sarlet (2005), que sustenta na noção de “limites implícitos (ou imanentes)” (SARLET, 2005) a possibilidade de que sejam impostos limites aos direitos fundamentais (e, pois, no caso, cabível àqueles direitos fundamentais veiculados por normas classificadas como de eficácia plena não restringíveis).

Por seu turno, Virgílio Afonso da Silva sustenta que a possibilidade de que sejam impostos limites aos direitos fundamentais se justifica “a partir do pressuposto teórico da teoria dos princípios e do conteúdo essencial relativo, do suporte fático amplo e da teoria externa” (SILVA, 2009, p. 227).

Esclarecendo a posição demarcada pelo autor, supracitada acima, tem-se que, segundo sua proposta:

- a) “a partir do pressuposto teórico da teoria dos princípios” - os princípios devem ser entendidos como mandamentos de otimização (SILVA, 2009, p. 140)<sup>31</sup>;
- b) “e do conteúdo essencial relativo” - entende o autor que a definição do que é essencial, no que diz respeito a cada direito fundamental, “depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto” (SILVA, 2009, p. 196). Assim, para o autor, “o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso” (SILVA, 2009, p. 196);
- c) “do suporte fático amplo” - para Silva (2009), o âmbito de proteção dos

---

<sup>29</sup> De acordo com Ingo Sarlet, “as normas de eficácia contida são normas que enunciam uma reserva legal em matéria de restrição dos efeitos, não restando afastada a possibilidade de se estabelecerem restrições a direitos fundamentais que não foram colocados pelo constituinte sob uma expressa reserva legal, já que, ao menos em princípio, inexistente direito fundamental (mesmo que veiculado em norma de eficácia plena, na concepção de José Afonso) completamente imune a toda e qualquer limitação” (SARLET, 2005, p. 249). O mesmo trecho é citado por Silva em seu texto (2009, p. 223).

<sup>30</sup> Sobreleva notar que o autor, inicialmente, adota esse entendimento apoiado na doutrina e na jurisprudência nacional - cita como precedente o MS 23.452 (RTJ 173, 805 [807-808]) -, para quem, afirma Silva (2009), é ponto pacífico a inexistência de direitos absolutos.

<sup>31</sup> Como se pode perceber (e como já afirmado antes), o pensamento de Virgílio Afonso da Silva tem como fundamento a teoria de Robert Alexy a respeito dos princípios jurídicos, a qual será devidamente avaliada (e descartada) mais adiante.

direitos fundamentais deve ser interpretado da forma mais ampla possível, assim como, em razão da necessidade de se interpretar também o conceito de intervenção estatal de forma ampla, toda e qualquer regulamentação no âmbito dos direitos fundamentais deve ser entendida como uma (potencial ou real) restrição (SILVA, 2009, p. 40-41);

- d) “e da teoria externa” - entende o autor que o que ele denomina “direito definitivo” não é algo definido internamente e *a priori* e, assim, “somente após sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade, é possível definir o que definitivamente vale” (SILVA, 2009, p. 140), o que quer dizer que a definição do conteúdo definitivo do direito será sempre definida “a partir de fora”, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes, restrição que se dará por meio de regras ou de princípios (SILVA, 2009).

Tudo isso “impõe um ônus argumentativo àquele responsável pela restrição, que não está presente em modelos que escamoteiam essas restrições por meio de definições de limites quase jusnaturalistas aos direitos fundamentais, ou que escondem restrições atrás do conceito de regulamentação” (SILVA, 2009, p. 41). O autor afirma, por fim, que essa abordagem, diferentemente das demais, tem a virtude de ser capaz de conferir transparência nas atividades de restrição dos direitos fundamentais, cujo conteúdo, sustenta ele, não se apresenta definido *a priori*, nem é revestido de caráter absoluto.

#### **4.5.2 Normas de eficácia limitada**

No que diz respeito às normas classificadas por José Afonso da Silva (1982) como de eficácia limitada, Virgílio Afonso da Silva (2009) afirma que como “toda norma garantidora de direitos fundamentais necessita, para produzir todos os efeitos a que se propõe, de algum tipo de regulamentação, a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada perde seu sentido” (SILVA, 2009, p. 238).

Assim, pois, partindo do pressuposto de que toda norma que garante direitos fundamentais pode ser regulamentada<sup>32</sup>, Silva (2009) apresenta alguns exemplos

---

<sup>32</sup> É importante destacar que Silva utiliza as expressões “regulamentação” e “regulação” indistintamente e rejeita em sua tese “as teorias que defendem que meras regulamentações no

que comparam normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada, buscando demonstrar que ambas as espécies podem (às vezes devem) ser regulamentadas.

Nas palavras do próprio autor:

toda regulação deve ser considerada, ao mesmo tempo, uma restrição, visto que regular o exercício de um direito implica excluir desse exercício aquilo que a regulação deixar de fora; e, além disso, toda restrição deve ser considerada, ao mesmo tempo, regulamentação, já que não se restringe direito fundamental sem fundamentação, mas sempre com o objetivo de harmonizar o exercício de todos eles. Com isso, defende-se que toda norma que garante direitos fundamentais tem algum tipo de limitação quanto a sua eficácia. (SILVA, 2009, p. 101)

Assim, inicialmente, o autor se reporta a dois exemplos apresentados por Bastos e Britto (1982): os parágrafos 1º e 9º, do artigo 153 da Constituição de 1969<sup>33</sup>, os quais os citados autores classificam como normas de aplicação irregulamentáveis<sup>34</sup>. Segundo Silva (2009), uma objeção óbvia a esse pensamento pode ser levantada a partir das leis que veiculam as “ações afirmativas”<sup>35</sup>, as quais constituem, sustenta ele, nítidas restrições à igualdade perante a lei. Do mesmo modo, Silva afirma que a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) impõe limites à norma constitucional que concede aos cidadãos o amplo acesso ao Judiciário. Por derradeiro, o autor cita ainda que o sigilo de correspondência, “além de sofrer restrições pela legislação infraconstitucional, é restringido até mesmo por contrato, por exemplo, entre bancos e os Correios” (SILVA, 2009, p. 227).

Para melhor expor o seu pensamento, Silva (2009) compara o tratamento constitucional e infraconstitucional concedido no Brasil ao direito ao sufrágio e ao direito à saúde. De acordo com o autor em exame, para que o atual artigo 14 da

---

âmbito dos direitos fundamentais não constituem restrições” (2009, p. 100). De fato, o autor defende não haver qualquer distinção entre regulamentação (ou regulação) e restrição nesse âmbito. Veja-se: “O modelo aqui defendido, por alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e considerar toda e qualquer regulamentação como uma potencial - ou real - restrição, ao mesmo tempo em que coloca os termos do problema às claras - direitos fundamentais são restringíveis - impõe um ônus argumentativo àquele responsável pela restrição, que não está presente em modelos que escamoteiam essas restrições por meio de definições de limites quase jusnaturalistas aos direitos fundamentais ou que escondem restrições atrás do conceito de regulamentação” (SILVA, 2009, p. 100-101). O autor conclui, por fim, que todas as normas são de eficácia limitada.

<sup>33</sup> Atualmente, disposições similares encontram-se no *caput* do art. 5º e em seu inciso XII.

<sup>34</sup> Vide item 3.3, *supra*.

<sup>35</sup> De acordo com Joaquim Barbosa Gomes, “As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade” (GOMES, 2001, p. 90).

Constituição da República Federativa do Brasil - considerado de eficácia plena - possa produzir efeitos são necessárias diversas condições, como:

a criação e a manutenção de seções eleitorais e de juntas de apuração, a organização e manutenção de um órgão responsável pela organização e o bom funcionamento das eleições (no caso brasileiro, o TSE), a elaboração de uma legislação eleitoral e partidária que impeça fraudes ou um sistema não-competitivo de partidos, a criação e a manutenção de alguma forma de financiamento partidário – dentre tantas outras. Sem tudo isso, o texto constitucional é despido de qualquer possibilidade de produzir efeitos. (SILVA, 2009, p. 233).

Continuando, agora tratando do direito à saúde, o autor questiona quais seriam as condições necessárias para que a norma do artigo 6º da atual Constituição produza os efeitos desejados. Cogita o autor a necessidade de construção de hospitais, da contratação de médicos, da elaboração de uma legislação que trate do financiamento e da forma de utilização dos serviços, das prioridades no combate a doenças e assim em diante (SILVA, 2009).

Assim, o constitucionalista bandeirante conclui que “nem uma nem outra das normas são bastantes em si mesmas. Todas elas dependem da ação estatal para produzir efeitos” (SILVA, 2009, p. 233). Explica que, em verdade, enquanto no caso do direito ao sufrágio as condições institucionais, legais e financeiras já existem, no caso do direito à saúde, estas não são ideais. É exatamente por isso, conclui, que, no primeiro caso, a norma é capaz de produzir efeitos, enquanto, no segundo, a norma que garante o direito à saúde não é capaz de produzir os efeitos desejados (SILVA, 2009, p. 234).

Explica Silva que em ambos os casos “a atuação estatal é necessária e imprescindível” e, portanto, não há que se falar, em qualquer plano, em norma de eficácia plena, uma vez que a distinção entre as situações apresentadas situa-se nas “condições fáticas”<sup>36</sup> (SILVA, 2009, p. 234) que já existem no primeiro caso (direito ao sufrágio) e estão ausentes no segundo (direito à saúde).

Por fim, Virgílio Afonso coteja as liberdades públicas e os direitos sociais, com intuito de saber se há entre eles alguma diferença que sustente a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.

---

<sup>36</sup> Registre-se que Silva (2009) não concebe as condições fáticas como algo externo ao direito.

Referindo-se à dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>37</sup>, Silva (2009) afirma que as liberdades públicas não mais podem ser entendidas meramente como um direito dos cidadãos a uma abstenção estatal, mas considerando os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (efeitos horizontais), os direitos de proteção e os direitos à organização e procedimentos. Segundo esse ponto de vista, torna-se para o autor insustentável dizer que as normas que garantem liberdades públicas têm eficácia plena desde a promulgação da Constituição, uma vez que “a eficácia plena da norma só pode surgir a partir do momento em que a proteção estatal é efetiva e as organizações e os procedimentos necessários forem estabelecidos” e, assim, “sem regulamentação, sem intervenção estatal, nem mesmo a norma que garante um direito individual ou uma liberdade pública tem capacidade de produzir efeitos” (SILVA, 2009, p. 236, *passim*).

Assim, conclui o autor que todas as normas têm alguma limitação em sua eficácia: tomado como âmbito o dos direitos fundamentais, todas as normas constitucionais são, pois, de eficácia limitada (SILVA, 2009).

---

<sup>37</sup> A respeito do tema, veja-se Sarmiento (2006).

## **5 A INSUFICIÊNCIA DAS CRÍTICAS DE CARÁTER SEMÂNTICO E A NECESSIDADE DE SE CONSTRUIR UMA NOVA VISÃO A RESPEITO DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Não obstante o brilhantismo do pensamento de Virgílio Afonso da Silva e outros autores que, de alguma forma, manifestaram sua discordância em relação à classificação de José Afonso, nenhuma das críticas apresentadas à classificação tradicionalmente adotada das normas constitucionais em razão de sua aplicabilidade foi suficientemente bem sucedida.

Assim, entende-se ser de fundamental importância a apresentação de uma crítica fundada não em meros aspectos semânticos da classificação tradicional, nem que, como também entende Silva (2009), mas que também não se veja pautada em elementos comunitaristas. O objetivo, agora, é recolocar a discussão em seus corretos termos, considerando o atual desenvolvimento da Teoria da Constituição.

Atualmente, a interpretação se apresenta como um dos problemas centrais da ciência jurídica. Sua discussão rompeu as fronteiras da filosofia e ganhou terreno na ciência do direito. Nesse cenário, a hermenêutica jurídica é indubitavelmente influenciada pela hermenêutica filosófica concebida pelo filósofo alemão Hans-Georg Gadamer. Sua perspectiva ressalta os aspectos históricos que se agregam à interpretação e pressupõe um indissociável liame entre hermenêutica e linguagem.

Gadamer, crítico do positivismo jurídico, destaca a necessidade da pré-compreensão como parte integrante do fenômeno da compreensão. A partir de suas reflexões, a aplicação do Direito se apresenta como um processo criativo do intérprete, que implica uma anterior pré-compreensão que deve para tanto considerar as condições individuais e sociais que penetram no compreender jurídico, vale dizer, no processo de concreção do direito.

Segundo Grondin (1999), Gadamer também demonstrou de maneira definitiva, que o trabalho de leitura de um texto não leva apenas à sua interpretação, mas os momentos de interpretação, compreensão e aplicação de um texto estão intimamente relacionados, em um processo circular (espiral) e infinito. Todo o trabalho interpretativo envolve uma relação de circularidade entre compreensão, interpretação, aplicação e, ainda, uma relação de envolvimento entre texto e intérprete. Assim, a hermenêutica gadameriana demonstra não existir interpretação

neutra e asséptica, como buscavam demonstrar os partidários do positivismo jurídico. Toda interpretação está imersa em pressupostos e em valores do próprio intérprete.

Buscando melhor edificar uma crítica à tradicional visão teórica a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais, em especial ao pensamento de José Afonso da Silva, será buscado doravante apresentar uma reconstrução retrospectiva das teorias hermenêuticas que levaram ao chamado “giro hermenêutico-pragmático da filosofia”, o qual repercutiu fortemente na hermenêutica constitucional e que irá ser de fundamental importância para a tese aqui apresentada. Para tanto, serão analisados alguns traços das concepções filosóficas de Heidegger, Gadamer e Wittgenstein, recorrendo, ainda, à ideia de paradigma, desenvolvida por Kuhn.

### **5.1 A reviravolta hermenêutico-pragmática na filosofia**

Uma primeira observação relevante se apresenta: não se pretende, aqui, esgotar a riqueza das teorias dos autores supramencionados. Para os estritos fins dessa tese, entende-se que é relevante apenas apresentar as ideias dos citados pensadores e a sua importância para a construção do pensamento de autores como Klaus Günther, Konrad Hesse, Friedrich Müller, Robert Alexy e Ronald Dworkin, os quais, por sua vez, darão bases mais sólidas para avaliar os equívocos percebidos nas classificações das normas constitucionais tributárias do pensamento de José Afonso da Silva, tradicionalmente adotadas pelo direito brasileiro.

As questões sobre o que algo significa e como se pode apreender a sua ideia remontam aos clássicos escritos de Platão<sup>38</sup>. Segundo o eminente filósofo ateniense, todas as coisas carregavam em si a sua ideia e, portanto, quando alguém diz “panela”, é compreendido, pois toda panela possuiria uma essência própria, imutável, apreendida pela razão humana. Muito embora existam as mais variadas panelas, segundo essa ordem de pensamento, denominada teoria das essências (eidologia protológica), todas elas estariam a compartilhar as mesmas características, ou seja, a mesma essência.

É com nítida inspiração nas ideias de Platão, que, no Século XVIII, outro importante pensador, o teólogo e filósofo alemão Friedrich Schleiermacher, concebe

---

<sup>38</sup> Em especial, *A República*.

a interpretação de um texto como uma busca que visa reconstruir a intenção de seu autor, atualizando-a. De acordo com o pensamento de Schleiermacher (2001), deve-se buscar compreender o autor melhor do que ele próprio. Para Jean Grondin (1999) a importância da obra de Schleiermacher está na percepção de que a tarefa primordial da hermenêutica é tentar desfazer os mal entendidos. Segundo Gadamer (2003), Schleiermacher acredita na possibilidade da construção de um método universal, capaz de cumprir essa tarefa, o que o leva a sustentar o caráter universal de sua hermenêutica<sup>39</sup>.

Outro importante autor, que também buscou resolver o problema dos mal entendidos na compreensão científica, agora sob a perspectiva histórica, é Wilhelm Dilthey. Estudioso dos ensinamentos de Schleiermacher, Dilthey buscava em seu projeto diferenciar as ciências naturais e as ciências do espírito.

Às ciências naturais, Dilthey atribuiu uma vocação explicativa dos fenômenos naturais. O seu objetivo é o de estabelecer relações constantes e necessárias entre os fenômenos observados, cujas causas podem ser isoladas e descritas. Explicar é prever aquilo que por natureza é repetível.

Às ciências do espírito, Dilthey atribuiu a missão compreensiva dos fenômenos humanos. O seu objetivo é o de procurar elucidar aquilo que é único, isto é, não repetível e onde as causas são múltiplas e dificilmente isoláveis.

De acordo com Rodolfo Viana Pereira:

Para tanto, o autor utiliza a hermenêutica como a disciplina que irá fundamentar e proporcionar o acesso ao conhecimento em tal campo do saber, tornando-a, como dito, o alicerce de sustentação epistemológica das Ciências do Espírito, diferenciando-a da metodologia peculiar das Ciências da Natureza. (PEREIRA, 2001, p. 15).

Besse e Boissière notam que, com a obra do filósofo alemão:

a hermenêutica assume o estatuto de um método de conhecimento especialmente apto para dar conta do fato humano, irreduzível em si mesmo aos fenômenos naturais. O texto a interpretar é a própria realidade humana no seu desenvolvimento histórico. Aplicado ao estudo da ação histórica, o ato hermenêutico deve permitir restituir por assim dizer do interior a intenção que guiou o agente no momento em que ele tomava tal decisão, e

---

<sup>39</sup> Foram expoentes e precursores de Schleiermacher, entre outros, Friedrich Ast e August Wolf. Estes compreendem a hermenêutica como teorias especiais (específicas), uma teoria para a poesia, outra para textos bíblicos, e assim em diante. Para eles, a estas, de fato, cabe a caracterização de uma hermenêutica essencialmente técnica, ou seja, constituída pela elaboração de regras para o exercício da interpretação em sua respectiva área de saber.

permitir assim alcançar a significação desta ação. Dilthey introduz, com efeito, um postulado: A riqueza da nossa experiência permite-nos imaginar, por uma espécie de transposição, uma experiência análoga exterior a nós e compreendê-la [...] Se nos é possível compreender o outro, é porque temos a possibilidade de imaginar a sua vida interior a partir da nossa, por uma transposição analógica (BESSE; BOISSIÈRE, 1998, p. 52-53).

Ocorre que, em sua obra, Dilthey, embora reconheça a importância do preconceito para fundar a compreensão, paradoxalmente, o faz com o intuito de expurgá-lo, na busca do correto sentido dos textos, permanecendo o autor, como se pode perceber, ainda atado ao modelo cientificista e positivista de seu tempo.

Pode-se dizer, utilizando a terminologia de Kusch (2003), que para esses dois autores<sup>40</sup>, a linguagem é vista como uma espécie de cálculo: pode se tornar uma linguagem matemática, formalmente perfeita, sem vícios, portanto, completamente racional<sup>41</sup>.

De outro lado, Heidegger irá demonstrar a inadequação dessas ideias, iniciando o processo de reviravolta linguística na filosofia.

### **5.1.1 Heidegger e a historicidade do ser**

Para a melhor compreensão da complexa filosofia de Heidegger, tal qual esboçada em sua mais famosa obra, “Ser e Tempo”, é fundamental que “passear”, mesmo que rapidamente, pelas ideias de Husserl, em especial, considerando que Heidegger, além de ter sido seu discípulo, tinha como meta demonstrar a inconsistência da fenomenologia de seu mestre.

Husserl, ao utilizar o termo fenomenologia, pretendia tornar a filosofia e as ciências em geral realmente rigorosas, tendência nitidamente identificada com o positivismo da sua época. Buscava, com o método fenomenológico, apreender as coisas como elas realmente são, e não em sua aparência. Para tanto, Husserl concebeu um método denominado “redução eidética”. Através desse método, o pesquisador deve direcionar a sua consciência para determinado objeto e, após isso, dele retirar tudo o que não é essencial, reduzindo-o, então, à sua essência (DARTIGUES, 2003).<sup>42</sup>

<sup>40</sup> O mesmo se diga do pensamento de Husserl, cuja obra é também de inegável importância, em especial para a compreensão das ideias primordiais de Heidegger.

<sup>41</sup> Essa também era a pretensão de Wittgenstein, no *Tractatus Logico-Philosophicus*.

<sup>42</sup> Como a necessária delimitação do objeto dessa tese não permite uma incursão mais profunda no

Husserl sustenta que esse método poderia ser aplicado a qualquer objeto. Contudo, quando seu discípulo Heidegger pretendeu aplicá-lo ao ser humano, percebeu o fracasso da teoria de seu mestre.

Heidegger concluiu que, se aplicasse o método fenomenológico ao ser humano, chegaria a uma resposta paradoxal, segundo a qual a essência do homem (aquilo no homem que não muda) é o próprio fato da mudança. Além do mais, os seus estudos chegam à conclusão de que há três coisas imutáveis no homem: a mudança, a sua relação com o tempo e a linguagem (HEIDEGGER, 2000).

A insatisfação de Heidegger com o método de Husserl, dá início ao giro hermenêutico <sup>43</sup>: a linguagem, muito mais do que um instrumento de designação do mundo, torna-se agora a morada do próprio ser, como explica Gadamer:

A linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo, nela se representa o mundo. Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para nenhum outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem (GADAMER, 2003, p. 571)

Como se percebe, a partir das reflexões propostas por Heidegger, a linguagem não deve mais ser compreendida como cálculo, mas como meio universal: o ser humano é linguagem, tempo e mudança. O que caracteriza o ser do homem é o conhecer. A sua essência, a qual Heidegger passará a designar pelo termo *Dasein*, é o fato da mudança. O *Dasein* caracteriza-se pela sua precariedade: ele é um ser para a morte. Heidegger também afirma que a verdade está no *Dasein* e, portanto, ela também é sempre precária, mutável, justamente porque está baseada na linguagem e na percepção do homem.

A hermenêutica deixa de se sustentar por meio de uma metodologia calcada na auto-reflexão, substituída agora por uma interpretação de uma compreensão pré-ontológica do ser. Logo o conhecer e o agir não se reduzem a uma relação sujeito-objeto, pois o conhecer é o um modo de existir do *Dasein* (CRUZ, 2007, p. 41).

---

pensamento de Husserl, para um estudo mais profundo, indicam-se as obras de Dartigues (2003) e Kusch (2003).

<sup>43</sup> Segundo Cruz (2007, p. 37), a obra *Ser e Tempo* “dá início a uma revolução copernicana no campo da hermenêutica”.

A filosofia de Heidegger também avança ao compreender que o homem é, em sua essência, a “memória do ser”; ele é o momento fundamental do evento de desvelamento do ser, só se podendo falar de linguagem, no sentido estrito da palavra, onde o ser se desvela, se abre, ou seja, no próprio homem. Segundo Manfredo Oliveira (2001, p. 201), “o homem, ser histórico, quando pergunta, já o faz dentro de uma tradição cultural específica”. Assim, Heidegger vai emprestar nova dignidade às noções de preconceito e tradição, antes exorcizados pelo projeto iluminista, e, pois, tidos como necessariamente contrários ao progresso da ciência. Heidegger critica tal entendimento:

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que “está” no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia (HEIDEGGER, 2000, p. 207).

Como se vê, na filosofia de Heidegger, toda interpretação depende de uma posição prévia, de uma visão prévia, de uma concepção prévia. Mas, a filosofia de Heidegger foi mais além ao questionar a essência do ser, o homem enquanto tal.

Para Heidegger, o ser acontece como fenômeno na linguagem e enquanto linguagem. A linguagem, que só pode ser adequadamente pensada a partir da temporalização do tempo enquanto evento de revelação (HEIDEGGER, 2000), é um dizer - dizer no sentido original da palavra, isto é, deixar aparecer, mostrar, ver, ouvir. A linguagem permite aparecer o ser como sentido; ela é, por isso, a morada do ser. Se o ser emerge enquanto linguagem, a linguagem é o caminho necessário do encontro com o mundo, já que ela é o sentido que funda e instaura todo o sentido. O homem é, pois, originariamente diálogo; é linguagem: diálogo com o ser, com o sentido originário que historicamente o interpela. Se, de um lado, o ser é revelação do sentido-interpelação, de outro, ele também é essencialmente mistério, pois esse sentido não é previamente determinável, já que provém da escuridão do inconceituável previamente. É um dar-se histórico, marcado pela imprevisibilidade, improgramabilidade de tudo o que é propriamente histórico (OLIVEIRA, 2001, p. 211-

221).

Com isso, a maior importância da filosofia de Martin Heidegger vem da intuição de que é a temporalidade dos sujeitos que os marca como seres humanos. Em outras palavras, todos os sujeitos são tempo e, assim, a sua verdade é sempre datada, histórica e mutável. É sempre uma verdade que se sabe precária, passível de ser falsificada e modificada, o que, não obstante, não a invalida.

A filosofia de Heidegger foi capaz de alterar todo o pensamento filosófico até então prevalente, fundado na ideia de que, através da correção metodológica (certeza), ter-se-ia acesso a um mundo que seria externo ao sujeito cognoscente. A própria linguagem seria uma criação externa, concebida para funcionar como uma espécie de ponte entre o interno (humano) e o externo (mundo).

Com a fenomenologia de Heidegger, pode-se perceber que a linguagem e o mundo estão imbricados, interligados: o mundo se apresenta ao homem enquanto linguagem. A compreensão humana do mundo e de todas as coisas, inclusive a do próprio sujeito, se dá a partir de uma tradição, de uma história, de uma pré-compreensão. Não há a essência da coisa, como acreditava Platão, que seria independente do ser que a visualiza. Porém, a negação do essencialismo não conduz diretamente ao relativismo ou ao ceticismo, pois, como afirma CARVALHO NETO (2002), todos estão imersos em um pano de fundo de silêncio<sup>44</sup> que dá sentido aos mesmos e a tudo o que os rodeia, aquilo que Gadamer chamou de tradição e Thomas Kuhn de paradigma.

É sob essa ótica que Gadamer irá aprofundar as reflexões de Heidegger<sup>45</sup>.

### **5.1.2 Hans-Georg Gadamer: a hermenêutica e a reabilitação do preconceito**

Ao aprofundar, criticamente, as pesquisas de Heidegger, seu compatriota Hans-Georg Gadamer contribui para a consolidação do giro hermenêutico na filosofia. Sua obra é de fato exitosa em demonstrar que a ciência não pode ou deve abdicar do preconceito, uma vez que é ele inerente ao homem - preconceito aqui entendido como aquele conjunto de valores e crenças arraigados no homem e que

---

<sup>44</sup> Para Carvalho Neto: “Esse pano-de-fundo compartilhado de silêncio, na verdade, decorre de uma gramática de práticas sociais que realizamos todos os dias sem nos apercebermos dela e que molda o nosso próprio modo de olhar, a um só tempo, aguça e torna precisa a nossa visão de determinados aspectos, cegando-nos a outros, e isso é parte da nossa condição humana” (2002, p. 73).

<sup>45</sup> Heidegger teria afirmado sobre a obra Verdade e Método, de Gadamer: “Das ist nicht mehr Heidegger!”, que, em português, significa: “Isto não é mais Heidegger!” (KUSCH, 2003).

dá característica de humanidade ao próprio homem (GADAMER, 2000). De acordo com o autor:

Esse é o ponto de partida do problema hermenêutico. Por isso havíamos examinado o descrédito do conceito do preconceito no *Aufklärung*. O que, sob a ideia de uma autoconstrução absoluta da razão, se apresenta como um preconceito limitador, é parte integrante, na verdade, da própria realidade histórica. Se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos (GADAMER, 2000, p. 416).

Além disso, Gadamer também apresentará a condição hermenêutica fundamental (da qual não se pode escapar): todos são seres históricos e que interpretam todos os eventos do mundo. Em outras palavras, o mundo é constituído de textos e das interpretações que deles são feitas. Se assim é, como se pode garantir a verdade e a cientificidade da ciência?

Certamente, isso não se dá através de um método preconcebido e rígido, mas levando-se em consideração o peso da história e da tradição, ou ainda, do pano de fundo de concepções e preconceitos que marcam a vida humana. Para Bittar:

O ser-no-mundo carrega esta experiência do estar-aí (Dasein) da qual não pode se desvincular; não posso modificar minha compreensão-de-mundo, pois ela é já determinada pela minha história-de-mundo, da qual não posso me alhear. As condições existenciais (ek-sistere, estar-aí) em que sou posto determinam também as condições com as quais interpreto e con-vivo com o mundo. A existência ou não dos "pré-conceitos" na determinação de todo sentido apreendido do mundo não depende da vontade humana. Os "pré-conceitos" existem, no sentido deste estar-aí contra o qual não se pode lutar, e estão presentes na avaliação de cada peça de nossa interação com o mundo. A vontade pode dizer não e renunciar aos "pré-conceitos", mas esta é já uma postura claramente carregada de "pré-conceitos" e de tomadas de posição próprias de um sujeito histórico e gravado por uma experiência peculiar. (BITTAR, 2002, p. 184-185)

Importante ressaltar, ainda, que, para Gadamer, a historicidade não constitui uma limitação, mas antes se trata de condição de possibilidade da compreensão: compreende-se a partir dos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora condições transcendentais da compreensão. O sujeito compreende e busca a verdade a partir das expectativas de sentido que o dirigem e provêm de sua tradição específica. Essa tradição, porém, não está ao seu dispor: antes de estar sob o seu poder, é ele quem está sujeito a ela. Onde quer que se compreenda algo, tal compreensão se dá a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que marca e

precisamente torna essa compreensão possível. Ela é a instância a partir de onde toda e qualquer compreensão atual é determinada, tornada possível.

Pode-se identificar a superação da filosofia da subjetividade como preocupação fundamental do pensamento de Gadamer. Importa, sobretudo, vincular o sujeito que compreende à história, explicitar a precedência e a influência da história em todo conhecimento humano, em última análise, no ser do sujeito. Nessa perspectiva se revela ilusório o ideal de transparência plena do sujeito, articulado na filosofia moderna da consciência, como também o ideal do conhecimento pleno dos acontecimentos históricos como elaborou o historicismo moderno. A “onipotência da reflexão”, típica da filosofia moderna da consciência, é dobrada pela resistência de uma realidade que não se deixa absorver pela reflexão.

O sujeito, desde sempre, se “experimenta” no seio de um mundo de sentido, ao qual ele pertence e que nunca simplesmente pode tornar-se seu objeto, pois é sempre o horizonte a partir de onde qualquer conteúdo singular é captado em seu sentido. Daí o caráter circular de toda compreensão: ela sempre se realiza a partir de uma pré-compreensão, que é procedente do próprio mundo de experiência e de compreensão do intérprete, mas essa pré-compreensão pode enriquecer-se por meio da captação de conteúdos novos. Precisamente o enraizamento da compreensão no campo do objeto é a expressão desse círculo inevitável em que se dá qualquer compreensão. Por essa razão, segundo Gadamer, a reflexão hermenêutica é essencialmente uma reflexão sobre a influência da história, ou seja, uma reflexão que tem como tarefa tematizar a realidade da “história agindo” em qualquer compreensão. Numa palavra, a hermenêutica desvela a mediação histórica tanto do objeto da compreensão como da própria “situacionalidade” do sujeito que compreende. Esse é o círculo hermenêutico de Gadamer.

Sobre a questão, recorre-se, mais uma vez, às palavras de Eduardo C.B. Bittar:

Isto será importante para Gadamer definir a ideia de que a compreensão está recheada de “pré-conceitos”, proto-ideias formadas a partir de experiências e vivências que ocupam o espaço da compreensão e condicionam a aproximação de todo hermenêuta de um objeto de conhecimento, de todo leitor de um texto. Gadamer, ao utilizar-se da ideia de “pré-conceito”, não o faz no sentido mais pejorativo da palavra (sinônimo de discriminação), mas sim no sentido fenomenológico de conceito formado previamente, de algo que constitui e determina todas as estruturas do conhecimento. Está formado, a partir desta ideia, o círculo hermenêutico,

pois, se conheço as coisas a partir de “pré-conceitos”, estes passam a se incorporar às coisas de modo que quando conheço coisas conheço também “pré-conceitos”; à ciência é dado o dever de desvendar estes “pré-conceitos” que se arraigam às coisas.(BITTAR, 2002, p. 188).

Já a linguagem, para Gadamer, constitui o meio que possibilita o desenvolvimento da experiência hermenêutica.

A compreensão não é a transposição para o mundo interior do autor e uma recriação de suas vivências, mas um entender-se a respeito de algo. A linguagem é o meio no qual se efetiva o entendimento entre os parceiros sobre esse algo em questão. Toda compreensão é interpretação, e toda interpretação se desenvolve através da linguagem, que quer deixar o objeto vir à palavra e, ao mesmo tempo, é a linguagem própria ao intérprete. Assim, o problema hermenêutico se revela como um caso especial da relação entre pensamento e linguagem. Toda compreensão se faz no seio da linguagem, e isso nada mais é do que a concretização da consciência da influência da história. Há, assim, uma relação essencial para Gadamer entre compreensão e linguagem.

Nesse sentido:

Bem compreendida a questão, em verdade, as diversas acepções de linguagem são muito mais acepções de mundo do que propriamente problemas linguísticos. Começa a exsurgir uma postura teórica tal que a linguagem não está no mundo, não é parte do mundo (como mais um objeto de sua pertença), mas é o mundo, ou o mundo é linguagem. (BITTAR, 2002, p.186-187)

A tese de que a essência da tradição é caracterizada por sua dimensão linguística tem, para Gadamer, consequências hermenêuticas. A tradição linguística é, no sentido estrito da palavra, “tradição”, isto é, não se trata, simplesmente, aqui, de algo que restou do passado. Tradição quer dizer entrega, transmissão. Algo é transmitido, é dito a alguém no mito, nos costumes, nos textos, portanto, sobretudo na forma da tradição escrita, cujos sinais são destinados a qualquer um que tenha capacidade de compreender. A significação hermenêutica plena disso se desvela quando a tradição se faz escrita. A escrita traz, assim, algo novo para a situação hermenêutica, pois na forma da escrita o transmitido se faz simultâneo a qualquer presente, já que nele se efetiva a coexistência do passado e do presente. Pela escrita, qualquer presente pode ter acesso ao transmitido, pode, assim, alargar seu horizonte e enriquecer seu mundo com novas dimensões. A escrita realiza a

transcendência do sentido acima da contingência histórica que gerou (OLIVEIRA, 2001, p. 227-233).

É desta forma que a historicidade da tradição aporta nas docas do conhecimento de um indivíduo. Na medida em que, como utente de um sistema de linguagem, se vale do conjunto de símbolos à sua disposição, se manifesta para sua existência o que de história anterior já houve para um conjunto de outros indivíduos que com ele repartem a condição humana. Assim é que a hermenêutica tem a ver com a tradição, uma vez que a compreensão está determinada pela linguagem, forma que tenho para conhecer o mundo e as coisas. (BITTAR, 2002, p. 187).

Para Gadamer, o fundamento do fenômeno hermenêutico é a finitude da experiência histórica do homem.

A linguagem é o indício da finitude não simplesmente porque há uma multiplicidade de linguagens, mas porque ela se forma permanentemente enquanto traz à fala sua experiência de mundo. A linguagem é, assim, o evento da finitude do homem (OLIVEIRA, 2001, p. 240).

Ainda segundo Oliveira (2001), em Gadamer, esse evento de finitude constitui o “centro da linguagem” a partir de onde se desenvolve a totalidade da experiência de mundo do sujeito:

Esse centro de linguagem é aberto à totalidade dos entes, e medeia o homem histórico-finito consigo mesmo e com o mundo. Só aqui encontra chão e fundamento o enigma dialético do uno e do múltiplo, trabalhado pela tradição. Foi apenas um primeiro passo Platão ter reconhecido que a palavra da linguagem é, ao mesmo tempo, una e múltipla. É sempre uma palavra que dizemos uns aos outros e que nos é dita, mas a unidade dessa palavra se desdobra sempre de novo na fala articulada (OLIVEIRA, 2001, p. 240).

Essa relação do intérprete com o texto é circular, semelhante a um jogo, em que de um lado se tem o texto e todo o sentido legado pela tradição desse texto, e de outro, têm-se os leitores, com seus preconceitos, suas histórias de vida, a testar essa tradição a partir de sua vivência.<sup>46</sup>

Ressalte-se que será fundamental para a hermenêutica jurídica o fato de que, para Gadamer, qualquer ato de interpretação já é em si um ato de aplicação. É o próprio filósofo quem cita a teologia e a ciência jurídica como exemplos, *verbis*:

Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a

---

<sup>46</sup> Sobre a questão da importância do jogo na filosofia de Gadamer e sua relação com os jogos de linguagem de Wittgenstein, vide: ROHDEN (2003).

tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. (GADAMER, 2003, p. 461)

E, mais a frente, no intuito de reafirmar sua posição, Gadamer novamente recorre à hermenêutica jurídica, a partir da volta a Aristóteles. Para o autor, um dos méritos de Aristóteles está em ter ressaltado a importância do saber prudencial no ato de aplicação dos textos (GADAMER, 2003, p. 465;482). Ao contrário do que se pensa, não há diferença entre a hermenêutica histórica e a hermenêutica jurídica. De maneira inicial, pode-se dizer que o jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado. O historiador jurídico, pelo contrário, não tem nenhum caso concreto do qual partir, mas procura determinar o sentido da lei, na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante de si. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei. O historiador não pode se contentar, portanto, em oferecer a aplicação originária da lei para determinar seu sentido originário. Enquanto historiador, ele está obrigado a fazer justiça às mudanças históricas pelas quais a lei passou. Sua tarefa será de intermediar compreensivamente a aplicação originária da lei com a atual.

Contudo, essa caracterização inicial do historiador do direito e do jurista não é, para Gadamer, de todo satisfatória. É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. Para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso, o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, não pode sujeitar-se ao que, por exemplo, os registros parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei<sup>47</sup>. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram mudando e que, por conseguinte, tem que determinar novamente a função normativa da lei.

Já a função do historiador do direito é diferente. Aparentemente, a única coisa que ele tem em mente é o sentido originário da lei, qual seu valor e intenção no

---

<sup>47</sup> Ao contrário do que sustentam, por exemplo, os adeptos da corrente denominada “originalista”, de notável influência no pensamento constitucional norte-americano e cujo expoente maior seria o Justice Antonin Scalia. Sobre o tema, além dos textos do próprio Scalia, ver também Tribe e Dorf (1991).

momento em que foi promulgada. Mas como chegar a reconhecer isso, pergunta-se Gadamer. Ser-lhe-ia possível compreendê-lo sem se tornar primeiro consciente da mudança de circunstâncias que separa aquele momento da atualidade? Não estaria obrigado a fazer exatamente o mesmo que o juiz, ou seja, distinguir o sentido originário do conteúdo de um texto legal desse outro conteúdo jurídico em cuja pré-compreensão vive um homem atual?

Para Gadamer, a situação hermenêutica é a mesma, tanto para o historiador como para o jurista, ou seja, ante todo e qualquer texto todos se encontram numa determinada expectativa de sentido imediato. Não há acesso imediato ao objeto histórico capaz de proporcionar objetivamente o seu valor posicional. O historiador tem que realizar a mesma reflexão que deve orientar o jurista.

### **5.1.3 Wittgenstein e os jogos de linguagem**

A obra do filósofo austríaco, naturalizado britânico, Ludwig Joseph Johann Wittgenstein divide-se nitidamente em duas fases. Na primeira fase, marcada pela publicação do seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, de 1922, Wittgenstein se propõe construir uma teoria em que fosse possível, através de critérios claros e objetivos, dominar a linguagem e torná-la algo objetivo e científico. No entanto, sua tentativa foi vã, pois o autor logo percebeu a fluidez linguagem, que não se permite ser aprisionada, evoluindo com a história humana.<sup>48</sup> Foi exatamente por essa razão que Wittgenstein reformulou completamente a teoria exposta no *Tractatus*, inaugurando sua segunda fase, marcada pela obra *Investigações Filosóficas*, de publicação póstuma<sup>49</sup>. Se o *Tractatus* é um livro magistral em termos de método, as investigações são completamente o oposto: uma obra aparentemente sem coerência lógica, em que o autor simplesmente escreve, de maneira um tanto desordenada, as suas impressões sobre o que seja a linguagem e a função que por ela é desempenhada na vida humana.<sup>50</sup>

Mas, é nessa última obra que se desenvolve algo fundamental - e que vai modificar toda a filosofia até então: o conceito de jogos de linguagem. Com esse

---

<sup>48</sup> Para um maior aprofundamento a respeito da filosofia de Wittgenstein em sua primeira fase (*Tractatus*), o que não parecer adequado para os objetivos dessa tese, recomenda-se a leitura de Oliveira (2001).

<sup>49</sup> Wittgenstein, que morreu em 1951, havia finalizado o manuscrito das *Investigações* em 1945, mas somente autorizou sua publicação póstuma. A obra veio a lume em 1953.

<sup>50</sup> O que já se constata na leitura dos seus primeiros parágrafos.

conceito, Wittgenstein vai promover o giro pragmático na filosofia. Tentar-se-á explicitar, já reconhecendo a dificuldade da tarefa, como se deu a construção desse conceito e a sua importância para a Filosofia como um todo.

Pode-se começar pela crítica de Wittgenstein à teoria objetiva da linguagem, de acordo com a qual existe um mundo “em si”, cuja estrutura pode-se conhecer pela razão e depois comunicar aos outros por meio da linguagem. A linguagem é instrumento secundário de comunicação do conhecimento do mundo. Segundo essa teoria objetiva, no entender de Wittgenstein, essa é a única função ou, pelo menos, a função mais importante da linguagem humana.

No entanto, como diz Wittgenstein, para começar isso é falso em sua exclusividade, pois com a linguagem é possível fazer muito mais coisas do que designar o mundo. Escreve o autor:

23. Mas quantas espécies de frases existem? Porventura asserção, pergunta e ordem? – Há inúmeras de tais espécies: inúmeras espécies diferentes de emprego do que denominamos “signos”, “palavras”, “frases”. E essa variedade não é algo fixo, dado de uma vez por todas; mas, podemos dizer, novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem surgem, outros envelhecem e são esquecidos. (As mutações da matemática nos podem dar uma imagem aproximativa disso.)

A expressão “jogo de linguagem” deve salientar aqui que falar uma língua é parte de uma atividade ou de uma forma de vida.

Tenha presente a variedade de jogos de linguagem nos seguintes exemplos, e em outros:

Ordenar, e agir segundo as ordens-

Descrever um objeto pela aparência ou pelas suas medidas-

Produzir um objeto de acordo com uma descrição (desenho)-

Relatar um acontecimento-

Fazer suposições sobre o acontecimento-

Levantar uma hipótese e examiná-la-

Apresentar os resultados de um experimento por meio de tabelas e diagramas-

Inventar uma história; e ler-

Representar teatro-

Cantar cantiga de roda-

Adivinhar enigmas-

Fazer uma anedota; contar-

Resolver uma tarefa de cálculo aplicado-

Traduzir de uma língua para outra-

Pedir, agradecer, praguejar, cumprimentar, rezar.

- É interessante comparar a variedade de instrumentos da linguagem e seus modos de aplicação, a variedade das espécies de palavras e de frases com o que os lógicos disseram sobre a estrutura da linguagem. (Inclusive o autor do Tratado Lógico-Filosófico). (WITTGENSTEIN, 1996, p. 26-27)

Portanto, de acordo com o “segundo Wittgenstein”, a teoria objetivista da linguagem é reducionista, uma vez que reduz todas as funções da linguagem a uma única.

Wittgenstein desce, ainda, às pressuposições epistemológicas da posição objetivista: que o conhecimento humano é algo não linguístico, uma tese que, à primeira vista, parece ser, de modo geral, comum à tradição, até mesmo à filosofia da consciência. Wittgenstein vai criticar essa posição, exposta por ele mesmo no *Tractatus*:

379. Primeiro, reconheço-o como isto; e recordo-me de como é chamado. - Pondere: Em que casos pode-se dizer isso com razão?

380. Como reconheço que isso é vermelho? - “Eu vejo que é isso; e sei então que é assim que isso se chama.” Isso? - O quê?! Que espécie de resposta a esta questão tem sentido?

(Você está à cata sempre de novo de uma explicação ostensiva interior.)

Eu não poderia aplicar nenhuma regra à passagem privada do que se viu para a palavra. Aqui as regras estavam realmente flutuando no ar; pois falta a instituição de sua aplicação.

[...]

384. Você aprendeu o conceito “dor” com a linguagem. (WITTGENSTEIN, 1996, p. 159-160)

Atributos, entidades, as próprias coisas se manifestam em seu ser precisamente na linguagem. Isso significa, de fato, a descoberta da transcendentalidade da linguagem humana, de seu caráter transcendental, tese hoje

levada às últimas consequências na Pragmática Transcendental<sup>51</sup>. A linguagem não é um puro instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado. É, antes, condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento enquanto tal. Com isso se afirma que não há consciência sem linguagem, de modo que a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento humano, a pergunta típica da filosofia transcendental, não é respondida sem uma consideração da linguagem humana. A teoria objetivista da linguagem, então, sucumbe, pois se entidades, coisas, atributos, propriedades, eventos, etc. Não se apresentam ao conhecer humano sem a mediação linguística, é incorreto querer determinar a significação de expressões linguísticas pela (pré)ordenação de palavras a realidades por meio de convenções.

Ocorre, então, com o segundo Wittgenstein, a superação do dualismo epistemológico-antropológico, que entendia a linguagem como fenômeno complexo de dupla dimensão: a realidade física produzida por atos corpóreos deve ser, para se tornar linguagem humana, acompanhada por certos atos espirituais, processos internos (manifestações linguísticas do dualismo corpo-espírito). Somente por meio da transformação efetuada por esses atos espirituais as palavras têm, propriamente, significação. Isso é, portanto, o dualismo entre sentido e produção de sons. A toda expressão acústica pertence um mecanismo interior, espiritual. As dificuldades que o dualismo corpo-espírito sempre provocaram na concepção do homem manifestam-se aqui também. Como entram, propriamente, em relação realidades tão diversas? Como pode o espiritual intervir sobre o corporal? Como se pode transcender o corpóreo para atingir o espiritual, o interior? Como resolver o problema dessa dualidade de esferas a que fica reduzido o processo cognoscitivo-linguístico: de um lado o falar ou ler, do outro o ter-em-mente, compreender, pensar?

Tal dualismo se torna mais radical ainda com a concepção individualista da consciência, do espírito (dualismo indivíduo-sociedade). As pessoas são reduzidas a

---

<sup>51</sup> Identificável, como aponta Oliveira (2001), sobretudo, nos estudos filosóficos de Karl-Otto Apel. Aliás, o próprio Apel, em entrevista concedida à Folha de São Paulo, em 26/09/1999, assim explicou o que compreende por pragmática transcendental: "a comunicação como pura possibilidade já depende de critérios éticos, do contrário ela fracassa, isto é, perde-se a possibilidade de produzir qualquer sentido mínimo. Faz-se necessário o respeito pelo Outro: o parceiro da comunicação está inscrito nas condições de possibilidade (filosofia transcendental) de materialização da Razão (que estaria encarnada no uso da linguagem, por isso uma pragmática). 'Argumento, logo existo'. Um outro a priori da Razão Pura. [...]. Para Apel, quando o homem aceita trocar alegremente a 'verdade' pelo 'útil' ou 'eficiente', ele na realidade selou sua sorte: redução de sua capacidade cognitiva e racional. Trata-se de uma ameaça direta à verticalidade do Homo sapiens." (APEL, 1999)

mônadas isoladas, com consciências individuais às quais só o indivíduo tem acesso. Como é possível nessa perspectiva a comunicação humana? Como é possível a linguagem como fenômeno social? Que sentido tem descrever fenômenos psíquicos individuais se os outros não têm acesso a essa dimensão? Como assinalado acima, a crítica a essa concepção da linguagem é uma das constantes das Investigações Filosóficas de Wittgenstein.

Para Wittgenstein, as pessoas são levadas a conceber, pela suposição feita a partir do próprio uso destas palavras, que pensar, ter-em-mente, compreender são atos, atividades corporais. Ou seja, é a própria gramática dessas palavras que induz a essa ilusão metafísica. O autor retoma, constantemente, a crítica a essa teoria, pois ela significa, por assim dizer, a teoria concorrente a sua própria teoria da linguagem. O que é decisivo para distinguir as duas é a resposta à questão: o que confere significação às palavras?

Para a outra teoria, são os atos intencionais, internos e espirituais; para Wittgenstein, por outro lado, é o próprio uso das palavras nos diversos contextos linguísticos e extralinguísticos, nos quais as palavras são empregadas. Não se trata de negar a existência de tais atos, mas de retirar deles o papel de instância doadora de significação às expressões linguísticas.

A crítica de Wittgenstein consiste, em primeiro lugar, em mostrar que, em muitos dos exemplos empregados pela outra teoria, tais atos são simplesmente inexistentes, ou pelo menos nem sempre existem. Nesse sentido:

178. Dizemos também: “Você vê que me deixo conduzir por ela” – e o que vê quem está vendo isto?

Quando digo para mim mesmo: “Estou de fato sendo conduzido” – talvez faça um movimento com a mão que exprima a condução. – Faça um movimento com a mão como se guiasse alguém ao longo de uma linha e faça então para si mesmo a pergunta, em que consiste o elemento condutor deste movimento. É que aqui você não conduziu ninguém. E, de fato, você quer chamar esse movimento de movimento ‘condutor’. Portanto, neste movimento, nesta sensação, não estava contida a essência da condução e, no entanto, ela o impeliu a usar esta designação. É justamente uma forma de manifestação da condução que nos impõe esta expressão.” (WITTGENSTEIN, 1996, p. 102)

Em um segundo momento, Wittgenstein procura mostrar que mesmo existindo tal componente espiritual, ele não teria importância para a determinação da

significação das palavras, pois esta se faz por meio do exame do uso. Tende-se a achar que palavras como ter-em-mente, compreender, afirmar (os atos espirituais) têm um sentido único e bem determinado. No entanto, cada uma delas possui significações diversas de acordo com o uso para a determinação dessa significação, não importando que haja atos intencionais paralelos ou não.

Abaixo tem-se a argumentação de Wittgenstein sobre o ter-em-mente. Um trecho de sua obra servirá de exemplo:

95. "O pensar tem que ser algo singular". Quando dizemos, quando temos em mente que a coisa é assim e assim, não nos detemos com o que temos em mente em algum lugar diante do fato: mas temos em mente que isto e isto - assim e assim - é. - Mas pode-se exprimir este paradoxo (que tem forma de evidência) também assim: pode-se pensar o que não é o caso. (WITTGENSTEIN, 1996, p. 67)

Percebe-se que para Wittgenstein o ter-em-mente é um conceito aberto, de muitos significados, e procura mostrar que em muitos de seus usos não há, propriamente um ato espiritual.<sup>52</sup>

Ademais, mesmo existindo, esse ato é sem importância. Não é o ter-em-mente que determina o sentido, do contrário, com o ter-em-mente pode-se significar o que se quiser. De outro lado, o próprio fracasso no querer com uma frase significar algo, não torna essa frase sem sentido. O fato de alguém realmente compreender o que uma frase significa, compreender o seu sentido, não depende absolutamente de que o seu emissor tenha querido significar isso. A compreensão depende da situação histórica em que a frase é usada e não do ato intencional de querer significar. O compreender é um elemento de uma forma de vida, na qual se está inserido em virtude do contexto sócio-histórico. Por fim, não se pode arbitrariamente decidir significar com uma palavra algo, sem que jamais essa palavra tenha sido utilizada para isso. O que decide realmente sobre o sentido de uma palavra é seu uso real. É o que Wittgenstein chama de jogo de linguagem. Mesmo que as pessoas anotassem a palavra escolhida por alguém para significar algo, isso não bastaria se elas, de fato, não a usassem. Não há atos autônomos, totalmente desvinculados dos contextos de sentido.

---

<sup>52</sup> Várias passagens das Investigações denotam isso, como, por exemplo, aquelas das páginas 22 a 23, números 19-22; 32 a 34, números 33-35; 106 a 107, números 187-188; 188 a 189, números 507-510; 196, números 540-541; 225 a 228, números 665-682; e 229 a 230, números 687-693.

Em outras palavras, as reflexões de Wittgenstein se aproximam das análises de Gadamer, quando o primeiro afirma que o sentido da palavra deve ser atualizado no contexto. Não é por outro motivo que o autor das Investigações Filosóficas assevera que os jogos de linguagem surgem, se desenvolvem, morrem, outros aparecem, e assim em diante. São as práticas sociais que tornam viva a linguagem. É através da linguagem que se coordena a ação; que se gera formas de vida as mais diversas.

No entanto, percebe-se, com certa frequência, a afirmação da outra teoria, sobretudo por duas razões: primeiro, pela tendência essencialista, fruto do peso histórico da tradição do pensamento ocidental; segundo, por sedução da linguagem comum, pois assim como trabalhar, andar, etc. designam atos, concluímos que pensar, ter-em-mente, compreender designam atividades privadas efetuadas no interior da consciência individual. Daí a ideia de mundo espiritual, como um segundo mundo ao lado da realidade visível. O papel da filosofia, para Wittgenstein, não é o de apresentar hipóteses ou teorias, mas o de libertar o filósofo, aprisionado na armadilha da linguagem. Assim, para Wittgenstein, a finalidade da filosofia é lutar contra o enfeitiçamento do entendimento pelos meios da linguagem (WITTGENSTEIN, 2003).<sup>53</sup>

Quanto ao compreender, Wittgenstein segue o mesmo esquema de trabalho utilizado para o ter-em-mente. Assim:

151. Mas há também este emprego da palavra “saber”: dizemos “Agora sei!” - e, igualmente, “Agora sou capaz!” e “Agora compreendo!”

Imaginemos o seguinte exemplo: A anota séries de números; B fica observando-o com o intuito de achar uma lei na sequência dos números. Tendo conseguido, grita: “Agora sou capaz de continuar!” - Esta capacidade, esta compreensão é, portanto, algo que se dá num instante. Verifiquemos então: O que é que se dá aqui? - A escreveu os números 1, 5, 11, 19, 29; B diz que sabe continuar. O que aconteceu? Pode ter acontecido diversas coisas; p. ex.: enquanto A coloca lentamente um número após o outro, B está atarefado em experimentar diversas fórmulas algébricas nos números anotados. Assim que A escreveu o número 19, B experimentou a fórmula  $a_n = n^2 + n - 1$ ; e o próximo número confirmou a sua suposição.

Ou então: B não pensa em fórmulas. Ele fica observando, com um certo sentimento de tensão, como A escreve os seus números; ao mesmo tempo, flutua na sua cabeça toda sorte de pensamentos vagos. Por fim, ele se pergunta: “Qual é a série de diferenças?” Ele acha: 4, 6, 8, 10 e diz: Agora sou capaz de continuar.

<sup>53</sup> Ou, nas palavras do próprio Wittgenstein, “mostrar à mosca a saída do vidro” (2003, p. 309). Sobre o assunto, indica-se a leitura de Spaniol (1989, p. 112 e 138 a 140).

Ou olha bem e diz: “Sim, conheço esta série”... - e a continua; como teria feito, p.ex., se A tivesse escrito a série 1, 3, 5, 7, 9. - Ou ele não diz absolutamente nada e continua escrevendo a série simplesmente. Ele teve talvez uma sensação, que se pode chamar de “isto é fácil!” (Uma tal sensação é, p. ex., a sensação de inspirar o ar, leve e rapidamente, depois de um leve susto.) (WITTGENSTEIN, 2003, p. 86-87)

Esse exemplo matemático dado pelo filósofo bem ilustra que o compreender não designa um ato intencional, a captação de uma imagem, a vivência interior de um sentido, mas, antes, um saber como se faz, um dominar uma técnica.

Quando se diz que alguém compreende uma série de números? Quando é capaz de continuar a série. Em outras palavras, a realização da continuação é aqui o critério para se poder falar em compreensão. Compreender significa adestrar-se a determinada práxis, é inserir-se em determinada forma de vida. Sabe-se, portanto, que alguém compreendeu uma palavra se é possível observar que ele a emprega corretamente. O que está em jogo nas análises de Wittgenstein sobre o ter-emmente e o compreender é um problema comum a todos os outros atos intencionais: o problema da relação entre a linguagem e as vivências interiores.

A seguir, serão analisadas as principais ideias de Thomas Kuhn, cuja contribuição é também de inegável importância para os modernos autores da hermenêutica jurídica e constitucional.

#### **5.1.4 Thomas Kuhn e os paradigmas da ciência**

Os três autores até aqui analisados foram responsáveis por uma crítica consistente e feroz ao modelo positivista de ciência, este baseado na crença de que a racionalidade humana seria ilimitada e de que era possível construir uma ciência neutra, com métodos puros, para se atingir uma verdade universal. Tentou-se expor como os trabalhos de Heidegger, Gadamer e Wittgenstein superaram essa concepção, ao mostrarem a relevância do pré-conceito, da tradição e das práticas sociais<sup>54</sup> para o estatuto de cientificidade da própria ciência. A teoria de Thomas Kuhn, ao formular a noção de paradigma e descrever como se dão os avanços científicos, pode ser incluída nessa importante tomada de posição.

Criticando a concepção até aquele momento predominante em que a ciência

---

<sup>54</sup> Para Wittgenstein, o que conformaria uma “gramática filosófica”.

evoluía de forma contínua e linear, Kuhn ressaltará em sua obra mais impactante<sup>55</sup> que, ao contrário do que até aquele momento se pensava, a ciência não evolui de maneira contínua e linear, mas sim através de grandes saltos, rupturas, que o autor denominou de revoluções. Essas rompiam com o passado de forma total, com a forma como os cientistas realizavam suas pesquisas científicas, com a forma como eles resolviam os quebra-cabeças, problemas colocados por sua área específica, o que denominou de paradigma científico (KUHN, 1997).

Segundo o autor, um paradigma é a forma como determinada comunidade científica resolve seus problemas, seus quebra-cabeças e, um paradigma é tanto melhor quanto mais tenha a capacidade de resolver esses quebra-cabeças. Mas é claro que um paradigma não pode resolver todos os problemas; ele sempre apresenta espaços vazios, mas também apresenta uma certa adaptabilidade a essas imperfeições<sup>56</sup>.

Opondo-se à ideia de falseabilidade<sup>57</sup> de Karl Popper, para quem as teorias científicas seriam distintas e superiores à metafísica por serem suscetíveis de falseamento pelo dado empírico<sup>58</sup> (POPPER, 2001), Kuhn mostrará que um paradigma científico somente será falsificado quando ele estiver em crise, momento que denomina de transição paradigmática. Nessa fase, os problemas apresentados ao paradigma existente não são mais solucionados com as peças por ele fornecidas, o que levará ao seu fim e ao surgimento de uma revolução científica, rompendo completamente com o paradigma até então em voga, que é substituído por um outro.

Segundo Kuhn, o termo paradigma possui mais de um significado:

Percebe-se rapidamente que na maior parte do livro o termo “paradigma” é usado em dois sentidos diferentes. De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc..., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base

<sup>55</sup> A referência, claro, diz respeito ao livro “A estrutura das revoluções científicas”, lançado originalmente em 1962.

<sup>56</sup> Para o autor, em síntese, “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma” (KUHN, 1997, p. 219).

<sup>57</sup> “Não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico” (POPPER, 2001, p. 42)

<sup>58</sup> Segundo o esquema popperiano, a ciência se desenvolve da seguinte forma: uma teoria é proposta e testada, devendo ser refutada. Uma nova teoria será postulada, com conteúdo empírico mais rico que a da sua antecessora, mas também será, por sua vez, substituída por outra ainda melhor.

para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal. (KUHN, 1997, p. 218).

Como se pode notar, a definição de paradigma, enquanto um conjunto de (pré)concepções compartilhadas por uma determinada comunidade em uma dada época e local, está intimamente relacionada com as noções de temporalidade do ser, de Heidegger, do caráter hermenêutico da condição humana de Gadamer e, ainda, dos jogos de linguagem de Wittgenstein, pois as concepções e pré-concepções dessa comunidade só podem se dar através da linguagem.

Além disso, para Kuhn, a mudança de paradigma se dá através de uma conversão dos cientistas, da fé dessa comunidade no sentido de que esse novo paradigma resolverá os problemas não resolvidos pelo paradigma anterior, e que um novo paradigma leva a comunidade até mesmo a observar de forma diferente, falar de forma diferente, o que Kuhn explica com a ideia de léxico: Toda língua possui um léxico, isto é, uma rede de conceitos empíricos inter-relacionados no qual nenhum conceito tem significado quando tomado individualmente, mas somente quando visto como um momento dependente no interior dessa rede conceptual.

É o holismo local da linguagem (KUHN, 1997). O fato de que um conceito e seu uso correto nunca podem ser aprendidos isolados do uso correto dos outros. A despeito de que cada falante possa utilizar critérios diferentes para estabelecer a referência de cada conceito a um determinado objeto ou situação, a rede de relações entre os conceitos deve ser a mesma para todos os falantes da comunidade linguística a fim de que um conceito possa ser usado corretamente. Essa rede de relações invariantes entre os conceitos de toda a comunidade linguística é o que Kuhn chama de estrutura do léxico. Kuhn afirma tudo isso para demonstrar que entre paradigmas rivais existe como que um abismo, o que ele chama de intradutibilidade de paradigmas rivais vinculada à incomensurabilidade<sup>59</sup> dos mesmos.

Ao contrário do que poderia parecer, essa posição não leva ao relativismo e ao ceticismo. Kuhn continua a acreditar nas ideias de verdade e de progresso como possibilidades de solucionar mais e de forma mais adequada os problemas postos

---

<sup>59</sup> Outro conceito importante na teoria de Thomas Kuhn é o de incomensurabilidade entre paradigmas. De acordo com Martins, “a incomensurabilidade está aí associada a problemas de comunicação. A incomensurabilidade é o termo usado para nomear uma série de fatores que poderiam explicar as dificuldades de comunicação entre vários grupos de cientistas designadamente quando são proponentes de paradigmas rivais.” (1993, p. 67)

pelos cientistas:

As teorias científicas mais recentes são melhores que as mais antigas, no que toca à resolução de quebra-cabeças nos contextos frequentemente diferentes aos quais são aplicadas. Essa não é uma posição relativista e revela em que sentido sou um crente convicto do progresso científico. (KUHN, 1997, p. 252-253)

Para Kuhn, como ocorre em Gadamer - para quem uma tradição pode e é revista, de tempos em tempos, mas nunca desaparece completamente -, um paradigma novo sempre é devedor das concepções anteriores, nem que seja para demonstrar que ali só havia equívocos, quando se pretendiam explicações. O novo paradigma sempre incorpora o anterior, pois, como demonstrado acima, ele se impõe na medida em que consegue melhor resolver os problemas não solucionados pelo anterior e, para demonstrar isso, ele deve contar a história da disciplina e como ele resolve melhor os problemas não resolvidos pelo paradigma antigo. Ao contrário do que poderia parecer, mesmo rupturas aparentemente radicais incorporam o paradigma anterior. Assim, por exemplo, a física fundada por Newton e Kepler, um exemplo dado por Kuhn, incorpora a de Ptolomeu, mostrando que o paradigma prevalecente até então não estava de acordo com dados observáveis, por exemplo. Assim, um novo paradigma seria como a continuação de uma narrativa de determinada comunidade científica.<sup>60</sup>

Pode-se afirmar que essa relação entre o paradigma novo e o paradigma anterior é uma relação hermenêutica, já que, como mostrado, o novo paradigma incorpora o anterior em sua narrativa do desenvolvimento da ciência, reinterpreta-o à luz do que agora é tido como verdade, solucionando, nos diversos contextos (ou

---

<sup>60</sup> A seguinte passagem é esclarecedora: "Todavia, estas teorias especulativas eram todas elas anátema para os cientistas que Darwin tratou de persuadir, no processo de tornar a teoria evolucionista um ingrediente da herança intelectual ocidental. O que Darwin fez, ao contrário dos predecessores, foi mostrar como os conceitos evolucionistas se deviam aplicar a um conjunto de materiais de observação que só foram acumulados durante a primeira metade do século XIX e foram, de modo totalmente independente das ideias evolucionistas, perturbando desde logo várias especialidades científicas reconhecidas. Esta parte da história de Darwin, sem a qual não se pode compreender o todo, exige a análise do estado mutável, durante as décadas que precederam a Origem das Espécies, de campos como a estratigrafia e a paleontologia, o estudo geográfico da distribuição da flora e da fauna, e o sucesso crescente dos sistemas classificativos que substituíram as semelhanças morfológicas pelos paralelismos de funções de Lineu. Os homens que, ao desenvolverem sistemas naturais de classificação, falaram pela primeira vez de gavinhas como folhas 'abortadas', ou que explicaram o diferente número de ovários em espécies de plantas estreitamente relacionadas, referindo-se à 'aderência' de órgãos numa espécie, e a órgãos separados na outra, não eram de modo algum evolucionistas. Mas, sem o seu trabalho, a Origem de Darwin não podia ter atingido quer a sua forma final quer o seu impacto no público científico e leigo." (KUHN, 1989, p. 181).

jogos de linguagem, para Wittgenstein), mais e mais problemas, até que esse novo paradigma se esgote e seja, então, suplantado por um novo.

Ressalte-se que Kuhn refuta a possibilidade de aplicação do conceito de paradigma ao Direito. Porém, sobre o tema, são irretocáveis as palavras de Leonardo Ferraz, que afirma:

Importante deixar claro que Kuhn, na sua obra *O caminho desde a estrutura: ensaios filosóficos* - em que busca confrontar as críticas sofridas à sua noção de paradigma desenvolvida em *A estrutura das revoluções científicas* -, admite que nos domínios das ciências sociais o modelo de paradigmas não deveria ser adotado à medida que seus contornos e pressupostos são radicalmente distintos daqueles observados nas ciências naturais. Essa postura parece ter sido incorporada por Galuppo (2006), na exata medida em que não mais faz referências a paradigmas, mas tão-somente a matrizes do pensamento jurídico. Entretanto, essa questão necessita ser efetivamente trabalhada sob outro prisma: em verdade, Kuhn ainda se encontra preso a toda uma tradição científica advinda da Grécia aristotélica unicamente, como já mencionado, assentada em um modelo lógico-formal, de sorte que a salvação de sua filosofia da ciência passa necessariamente - como ele próprio já parecia vislumbrar - pela incorporação dos ganhos da virada linguística e da hermenêutica filosófica gadameriana, que não abdica de uma abordagem dialética capaz de trabalhar simultaneamente com noções não excludentes de ruptura/continuidade. (FERRAZ, 2009, p. 54, nota 3)

A opinião de Habermas também fornece respaldo ao entendimento aqui adotado:

As ordens jurídicas específicas representam não só diferentes variantes da realização destes direitos e princípios, que também se refletem em diferentes paradigmas legais. Eu entendo essas idéias e questões de uma típica comunidade jurídica com relação ao problema de como pode ser o sistema de direitos e do Estado de Direito no contexto efetivamente percebido de uma dada sociedade em cada caso.

Um paradigma jurídico explica, usando um modelo da sociedade contemporânea, como devem ser compreendidos e geridos os princípios do Estado de direito e os direitos fundamentais, para que eles possam realizar as funções que lhes forem atribuídas em determinado contexto normativo. (HABERMAS, 1998, p. 263-264)<sup>61</sup>

Na medida em que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração. (HABERMAS, 1997, p. 131)

---

<sup>61</sup> “Los órdenes jurídicos concretos representan no solo distintas variantes de la realización de los mismos derechos y principios; en ellos se reflejan también paradigmas jurídicos distintos. Entiendo por tales las ideas típicas y ejemplares de una comunidad jurídica en lo tocante a la cuestión de cómo pueden realizarse el sistema de los derechos y los principios del Estado de derecho en el contexto efectivamente percibido de la sociedad dada en cada caso.

Un paradigma jurídico explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales, para que puedan cumplir en el contexto dado las funciones que normativamente tienen asignadas.”

Ressalte-se que a noção de paradigma nas ciências sociais opera de forma menos rígida que em outros ramos do conhecimento (CRUZ, 2009), notadamente as chamadas ciências naturais e as matemáticas. É que nas ciências sociais não ocorre, necessariamente, o modelo de crise paradigmática seguida de novas possibilidades competindo entre si até a imposição de um enfoque mais adequado suplantando os demais e estabelecendo as bases de uma revolução científica, não havendo progressividade, linearidade e homogeneidade (KUHN, 1997).

Assinale-se, então, que o conceito de paradigma é, sim, aplicável às ciências sociais e particularmente ao Direito, mas com cautela (CRUZ, 2009), já que a perspectiva vinculada a um paradigma o tem como cartografia e limite. Pode-se afirmar que é mediante pressupostos paradigmáticos que a linguagem torna-se possível. Um paradigma jurídico é capaz de sedimentar uma visão de mundo expressa em vocabulários que decorrem de práticas sociais naturalizadas, que operam como um filtro seletivo a condicionar jogos de linguagem e possibilitar o funcionamento do sistema do Direito (LUHMANN, 1998).

Com efeito, não se percebe no Direito um consenso estável sobre um paradigma de pesquisa, mas, pelo contrário, a manutenção de disputas entre concepções diferentes acerca do fenômeno jurídico. No caso do Direito, a persistência de racionalidades rivais permite, talvez, a referência a uma “concepção macroparadigmática” (DIAS, 2011) fundada na constatação da sua peculiaridade na contemporaneidade como normatividade social especializada e diferenciada (juridicidade). Cabe reconhecer, todavia, a coexistência de inúmeras gramáticas e concepções em convívio e disputa, algumas das quais contraditórias entre si (CRUZ, 2009).

Em suma, considerando o Direito como linguagem, quando se indaga que vocabulário se usa, abre-se uma ideia geral de paradigma com aplicação complexa na seara jurídica. É importante, então, atentar-se para uma percepção mais ampla contida na obra de Thomas Kuhn e, acompanhando os demais autores cujo pensamento foi acima trabalhado, compreender a necessidade da abertura de perspectiva para a possibilidade de jogos de linguagem. Tal percepção torna possível avaliar que, na coexistência de racionalidades rivais, diferentes sistemas sociais, em tese partilhando o mesmo contexto e participando dos mesmos jogos de linguagem, na realidade estão produzindo comunicação em termos enviesados,

dado o fato de utilizarem vocabulários distintos. Esse descompasso fica evidente, não só na repetição irrefletida pela doutrina nacional da classificação de José Afonso da Silva das normas constitucionais segundo a sua aplicabilidade (e no conseqüente enfraquecimento da constituição), bem como na dificuldade de boa parte da crítica em apresentar propostas alternativas que gerem adesão significativa, mas também, como informa Dias, de modo geral, “na manutenção do patrimonialismo sobre a legalidade burocrática, do clientelismo sobre o universalismo da cidadania formal, e na edificação de um direito simbólico, cuja funcionalidade material é comprometida” (DIAS, 2011, p. 36). Isso é particularmente evidente no direito constitucional e, de fato, pode-se afirmar que grande parte dos conflitos e dilemas do Direito decorrem do uso de vocabulários distintos nas interações promovidas pelo sistema.

As noções até aqui apresentadas, vão influenciar fortemente o Direito, mais especificamente a partir da década de 1960, em uma discussão iniciada na Alemanha (HABERMAS, 1997; CARVALHO NETO, 2002).

Doravante, buscar-se-á aproximar a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica, no intuito de ressaltar a repercussão do giro hermenêutico-pragmático no campo específico do Direito, o que será de suma importância para se entender como a ainda vigente concepção doutrinária a respeito da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, porque equivocada, não merece mais acolhida.

## **5.2 O Direito e a reviravolta hermenêutico-pragmática**

Parafraseando Wittgenstein, pode-se dizer que a hermenêutica jurídica ainda hoje encontra-se imersa em falsos problemas e que muitos juristas assemelham-se à mosca presa no vidro, sem encontrar a saída<sup>62</sup>. Assim, o papel da hermenêutica contemporânea seria, grosso modo, mostrar a saída para a mosca. E qual seria o enfeitamento do entendimento jurídico? A ainda recorrente discussão se o intérprete no ato de aplicação da lei deve buscar a vontade do legislador ou a vontade da lei.

Segundo Carvalho Neto (2002), esse problema começou a ser desfeito e ser visto de forma adequada a partir do momento em que a reflexão a respeito da natureza dos princípios jurídicos começou a fazer parte das preocupações dos

---

<sup>62</sup> Referência ao exemplo de Wittgenstein, já apresentado alhures (nota 16, supra).

estudiosos do direito.

Uma nova compreensão dos princípios jurídicos, que incorpora os avanços da reviravolta hermenêutico-pragmática na filosofia, em especial ao demonstrar a indeterminação do texto normativo, a necessidade de unir o ato de aplicação aos atos de interpretação e compreensão, e ao concluir que o sentido do texto é encontrado nas diversas situações concretas, passíveis de atualização por força de modificações sociais e jurídicas importantes, vai ser fundamental para desmistificar as (pré)compreensões equivocadas que ainda hoje se apresentam a respeito da aplicabilidade e efetividade das normas constitucionais.

Para chegar até esse momento, será necessária uma análise das escolas centrais dos paradigmas anteriores, a saber: no Estado de Direito, a Escola da Exegese e sua pretensão de buscar a vontade do legislador, transformando o juiz em puro autômato, em mero proferidor das palavras da lei; no Estado do Bem-Estar Social, a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen. Por fim, já ingressando na teoria dos princípios, buscar-se-á apresentar as principais contribuições de Ronald Dworkin, Klaus Günther, Robert Alexy, Konrad Hesse, Friedrich Müller e Jürgen Habermas.

### **5.2.1 A hermenêutica jurídica e o paradigma do Estado de Direito**

O paradigma do Estado de Direito nasce das chamadas revoluções burguesas do final do Século XVIII: a Revolução Francesa e a Revolução Americana.

Esse primeiro paradigma é exatamente aquele que rompe com o paradigma antigo-medieval, ele vai afirmar o maravilhamento de uma sociedade que descobre a possibilidade de se instituir sem a escravidão e sem a servidão, a possibilidade de se afirmar pela primeira vez na história que todos os homens são livres, iguais e proprietários. (CARVALHO NETO, 2002, p. 74)

Atendo-se ao objetivo dessa tese, serão analisadas apenas as consequências jurídico-hermenêuticas da Revolução Francesa, em especial pela sua ligação com as ideias que se reuniram em torno da Escola da Exegese.

Vitoriosos, os revolucionários trataram de elaborar documentos jurídicos que tinham como objetivo limitar o poder real. Não era intenção dos revolucionários

acabar com a Monarquia. Seu objetivo era limitá-la (RIALS, 1988). Assim, em 1789, foi redigida a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Constituição Francesa de 1791. No entanto, por contingências históricas, a Revolução Francesa levou a uma ditadura e, depois de marchas e contra-marchas, à vitória de Napoleão Bonaparte que, pretendendo manter os avanços da Revolução Francesa, impôs a promulgação do Código Civil Francês.

Já antes da promulgação do Código Civil Francês, os teóricos mais eminentes entendiam que, por força do princípio da separação de poderes consagrado no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao juiz não caberia interpretar a lei, mas simplesmente aplicá-la, sendo ele a “boca da lei”. Esse entendimento decorreu em grande medida da desconfiança dos franceses em relação aos Magistrados no período anterior e ao trabalho e influência de Montesquieu. Com o Código Civil Francês toda essa visão de mundo ficou mais forte. Agora, o direito francês se resumia ao Código Civil, também conhecido como Código de Napoleão, a ponto de alguns juristas da época afirmarem textualmente que o direito francês encontrava-se totalmente no Código Napoleão. Era a crença iluminista na razão levada ao seu extremo. O legislador, cientista racional, somente poderia produzir leis racionais, claras, objetivas, sendo desnecessária qualquer atividade interpretativa. Ao aplicador, caberia simplesmente utilizar o raciocínio silogístico, dedutivo, matemático, mecânico.

Não é por outro motivo que Paolo Grossi, ao dissertar sobre o Código Civil francês, qualificou toda a ideologia subjacente a ele de uma verdadeira mitificação. Afirma o autor italiano:

O Código revela plenamente a sua filiação ao Iluminismo. O Príncipe, indivíduo modelo, modelo do novo sujeito liberto e fortificado pelo humanismo secularizador, tem condições de ler a natureza das coisas, decifrá-la e reproduzi-la em normas que podem ser legitimamente pensadas como universais e eternas, como se fossem a tradução em regras sociais daquela harmonia geométrica que rege o mundo. Aqui se manifesta a fundamentação jusnaturalista, que reveste de eticidade a certeza de que o Código se faz portador, já que, quando se torna possível ler a natureza das coisas, a veia ética passa a ser certa, mesmo se no fundo não existe mais o Deus-pessoa da tradição cristã, mas, no seu lugar, uma vaga divindade panteisticamente vislumbrada; desse modo, passa a ser certa a mitificação. Não é errado falar de catecismo, do Código como catecismo. (GROSSI, 2004, p. 111-112)

No entanto, logo se viu que os fatos eram muito mais ricos do que as previsões hipotéticas encontradas nos dispositivos legais. Os aplicadores do direito francês rapidamente se viram diante do problema de decidir casos concretos em que a lei ou era obscura ou, pior, não havia nem mesmo lei para solucionar a controvérsia. A dedução silogística não funcionava para esses casos.

Porém, já em 1790, um decreto estabelecia que a Assembleia seria o único órgão competente para interpretar a lei, criando o chamado “referendo legislativo”. Os juízes ficavam autorizados a confiar ao legislador a solução dos casos dependentes de interpretação da lei. Mais: os casos que ensejassem contradições da jurisprudência sobre a interpretação da lei aplicável, não apenas poderiam, mas deveriam ser levados à apreciação do legislador.

Essa solução se mostrou rapidamente inadequada. Daí avançaram para permitir a interpretação do juiz-aplicador, mas apenas quando houvesse obscuridade ou quando não houvesse uma lei específica para o caso (lacuna). O juiz deveria sempre buscar a vontade do legislador, utilizando-se de métodos racionalmente controláveis e de métodos outros para colmatar as lacunas do direito. Os métodos de interpretação pensados nesse paradigma e que chegaram à França por força do trabalho de um alemão, Friedrich Carl Von Savigny, e que ainda hoje são citados pela doutrina tradicional como os métodos de interpretação do direito, são o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Aqui, não serão explicados esses métodos, eis que isso caracterizaria um desvio com relação aos objetivos que conduzem o presente trabalho.<sup>63</sup> Tudo isso serve para ressaltar a tentativa dos franceses (que são tomados aqui como modelos exemplares do paradigma do Estado de Direito), de controlarem racional e metodicamente a interpretação dos textos jurídicos, buscando sempre a vontade do legislador.

Esse recurso à vontade do legislador era problemática e as pessoas daquela época já vislumbravam esses inconvenientes, eis que a conclusão óbvia era a de que não era possível saber com certeza qual a vontade do legislador. Já era difícil saber com certeza a vontade de um indivíduo, imagine então descobrir a vontade de pessoas as mais diversas reunidas em um órgão legislativo, cuja composição plural está em sua natureza. A saída encontrada foi a utilização dos registros dos debates

---

<sup>63</sup> Sobre o tema, recomendam-se principalmente os trabalhos de Hespanha (2003) e Wieacker (1980).

parlamentares<sup>64</sup>, o que também era problemático, pois dificultava sobremaneira o ato interpretativo e a aplicação do direito. Pode-se imaginar, com todas as dificuldades inerentes àquele período histórico, os advogados e membros do Poder Judiciário tendo que realizar uma pesquisa no Parlamento para buscar os debates parlamentares da lei que se pretendia interpretar. Pior seriam os casos em que se analisassem os conflitos de normas a serem interpretadas. Seria verdadeiramente hercúleo o trabalho de buscar os debates parlamentares de todas elas para se encontrar o real significado das mesmas. Aqui, clara está a visão platônica de que as palavras portam em si o seu próprio significado, cabendo aos intérpretes apenas descobrir a sua essência.

Tendo em vista todos esses problemas, o paradigma do Estado de Direito considerou alternativas para solucioná-los. Assim, da vontade do legislador passou-se para a vontade da lei. Para alcançá-la, desenvolveram-se os métodos de interpretação gramatical, histórico, sistemático e teleológico, dando-se prevalência a este último, pois com ele, buscava-se a finalidade da lei e, com isso, achou-se que era possível sempre encontrar uma única interpretação e uma única decisão para cada caso (OMMATI, 2004).

Além disso, o que é interessante nesse primeiro paradigma constitucional do Estado, é que não houve uma preocupação específica quanto à interpretação da Constituição. E isso pode ser explicado pelo fato de que como a Constituição pretendia ser a regulação jurídica do espaço público, e como, nesse paradigma, o espaço público era visto como mera convenção dependente do espaço privado, logo era desnecessária a preocupação com a interpretação constitucional, pois tudo se resumia à vida privada. Por tudo isso, nesse momento não se falava em Constituição e nem em interpretação constitucional.

Mas, o modelo de interpretação concebido sob esse paradigma entra em crise, quando cada vez mais se percebe que em muitas situações poderia haver uma multiplicidade de interpretações e de soluções possíveis para um determinado caso.

---

<sup>64</sup> O que, como visto, também ocorreu nos Estados Unidos, com a corrente originalista.

### **5.2.2 A hermenêutica jurídica no paradigma do Estado do Bem-Estar Social**

Considerados os avanços alcançados pelos autores como os já apresentados na presente tese no campo da hermenêutica, no campo do direito, uma nova fase será inaugurada por novos estudos da interpretação normativa, dentre os quais os sempre lembrados trabalhos de Hans Kelsen. Desde então, percebeu-se que a linguagem é aberta, possui muitos significados e que os métodos de interpretação não levam a uma única decisão correta, mas a uma moldura de possibilidades, cabendo ao intérprete autêntico decidir, em sua discricionariedade, a possibilidade que ele achar a mais conveniente (KELSEN, 1995). Correto o diagnóstico de Marcelo Neves, ao afirmar que o modelo kelseniano de interpretação do Direito, como, em regra, o modelo de interpretação do Direito do paradigma do Estado Social, é todo ele “semântico-sintático” (NEVES, 2001), relevando o problema da ambiguidade e vaguidade dos termos e expressões jurídicas, cabendo ao intérprete determinar o quadro semântico das aplicações juridicamente corretas. Contudo, a delimitação desse quadro é intermediada por operações lógico-sintáticas.<sup>65</sup>

Hans Kelsen pretendeu edificar uma Teoria Pura do Direito, uma teoria que não se visse impregnada por outras ciências; impuras, tal como anteriormente se apresentavam as diversas teorias jurídicas. Assim, o projeto kelseniano tentará apresentar o Direito como ele é e não como ele deveria ser, sustentando o autor austríaco que seriam desnecessárias quaisquer incursões na Sociologia, na Política, na Filosofia ou em qualquer outra área alheia ao Direito.

A forma de Kelsen apresentava o direito como um “dever-ser”. Em outras palavras, o Direito está no domínio do dever-ser e não no domínio do ser: daí porque uma norma é sempre a interpretação que se faz de um texto normativo e nunca o próprio texto normativo. A norma não regula imediatamente condutas, mas apenas fixa padrões de comportamento, pois somente a existência de uma norma (texto normativo) não é capaz de alterar as condutas humanas.

Um exemplo: a norma que proíbe matar alguém, sob pena de prisão. A norma, em si, não é capaz de evitar que os indivíduos continuem a matar outros indivíduos, mas, através da sanção, pode fazer com que grande parte dos indivíduos, por medo da sua aplicação, comportem-se de acordo com a norma e acreditem que os demais

---

<sup>65</sup> No mesmo sentido, também pode ser citado o pensamento de Herbert Hart (2001).

indivíduos também se comportarão da mesma maneira, assim evitando os assassinatos. É por isso que Kelsen afirma que a norma fixa padrões de comportamento ou, na expressão de Luhmann, generaliza expectativas normativas de comportamento (LUHMANN, 2002).

Portanto, é a norma a base de todo o Direito. Para Kelsen, uma norma nasce de outra norma, ou seja, se o Direito deve ser visto de uma maneira científica, o que importa não é o aspecto subjetivo da norma, mas apenas o seu aspecto objetivo, razão pela qual o autor afirma que a sua teoria jurídica é dinâmica, ou seja, é uma teoria jurídica que não se preocupa com o conteúdo da norma, mas apenas se a norma foi produzida de acordo com os procedimentos jurídicos estabelecidos por uma norma superior. Seguindo-se esse esquema, uma norma somente é válida e assim reconhecida pelo ordenamento jurídico se for respaldada por uma outra superior. Uma vez tendo nascido de acordo com a norma superior, a norma já tem o condão de gerar efeitos. A validade dela induz a sua eficácia, definida como capacidade de gerar efeitos no mundo.<sup>66</sup>

Uma norma é válida porque uma norma superior autorizou a sua produção. Essa, por sua vez, também é válida porque uma norma acima dela autorizou a sua edição. Assim, até que se chegue à Constituição, que é o fundamento de validade de todas as normas jurídicas.

Como Kelsen não encontrava nenhuma norma posta e como sua teoria não poderia relacionar o Direito com a Política, como fez a teoria luhmanianna, ao dizer que a Constituição nada mais é do que um mecanismo de acoplamento estrutural entre Direito e Política, Kelsen resolverá o problema afirmando que o fundamento de validade da Constituição somente pode ser uma outra norma, agora não mais existente no ordenamento jurídico, mas uma norma pressuposta, uma necessidade do raciocínio, para que a teoria não seja aberta e lacunosa. A essa norma pressuposta, Kelsen denominou de norma fundamental<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Apesar disso, Kelsen (1999) também reconhece que, se uma norma ficar por muito tempo sem surtir efeitos, poderá ser revogada tacitamente. É o que o autor austríaco chama de “dessuetude” ou “desuetude” - a força revogadora de um costume que deixa de aplicar uma norma por longo período de tempo. Por isso, segundo o autor, é necessário um mínimo de eficácia para se ter a vigência da norma.

<sup>67</sup> A norma fundamental, sustenta Kelsen (1999), não consistiria algo posto, mas um pressuposto. É uma presença incômoda no sistema, porque ela nem faz parte das normas positivas - elementos do sistema -, nem pode ser considerada como uma diretriz exterior ao sistema, ela é um pressuposto do sistema que fornece a sua condição de possibilidade, como tal ela não se coloca nem como objeto nem como método, mas como um pressuposto do próprio método.

Mas, se a norma jurídica é a interpretação que se faz do texto normativo, o problema a ser resolvido é justamente o da fixação dessa interpretação e do sentido do texto jurídico, ou seja, a fixação da própria norma. Kelsen pretendeu resolver esse problema no capítulo oitavo de sua Teoria Pura do Direito, no qual o autor construirá sua teoria da interpretação inteiramente baseada em dicotomias, hoje dificilmente defensáveis como necessárias para a práxis jurídica. Nesse sentido, o autor austríaco diferencia a interpretação autêntica daquela não autêntica e, ainda, a interpretação como ato de vontade daquela como ato de conhecimento.

Para Kelsen (1999), a interpretação autêntica seria aquela realizada por todo aquele autorizado pelo Direito para criar uma norma jurídica. Já a interpretação não autêntica seria aquela realizada por todo aquele que não foi autorizado pelo Direito a criar uma norma jurídica, dentre os quais o jurista. A interpretação como ato de vontade é aquela que cria Direito novo, porque autorizada pelo ordenamento jurídico a fazê-lo. Já a interpretação como ato de conhecimento seria aquela que apenas procura entender, conhecer o objeto a ser interpretado; portanto, não cria Direito novo, fixando apenas as possibilidades hermenêuticas de determinado texto, deixando ao “intérprete autêntico” a função de dizer qual delas será juridicamente vinculante. Isso é assim porque, ainda com Kelsen, a Ciência do Direito tem como função apenas conhecer o seu objeto, descrevê-lo, sem interferir na sua práxis.

A função da interpretação científica do Direito (interpretação não autêntica), como ato de conhecimento, é o de fixar um quadro de possibilidades (moldura) para que o intérprete autêntico possa decidir. No entanto, como a Ciência do Direito kelseniana tem um papel asséptico, de não-interferência na realidade que pretende apenas observar, o intérprete autêntico pode, inclusive, desconhecer completamente a moldura construída pela Ciência do Direito. Tal interpretação continuará a criar Direito na medida em que autorizada por uma norma superior, ou seja, na medida em que o juiz ou o administrador estiver investido em sua função jurídica:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar apresenta. (KELSEN, 1999, p. 394)

A passagem acima transcrita indica a falência do modelo kelseniano de interpretação: o ato interpretativo fica sem sentido, já que pode decidir “fora da moldura”, o intérprete autêntico poderá decidir qualquer coisa e, mesmo assim, isso será considerado Direito.

No entanto, como é quase intuitiva, a perspectiva apresentada não se revela adequada nem mesmo no marco de uma suposta Teoria Pura do Direito que pretende apenas descrever a prática jurídica da forma como ela é e não como deveria ser, na medida em que encontra-se na prática jurídica um esforço enorme dos “aplicadores autênticos do Direito” de fundamentar e convencer a todos de que a decisão dada é a melhor decisão jurídica possível, constituindo-se como a única decisão correta em termos jurídicos<sup>68</sup>.

Ainda na linha juspositivista, assim como as ideias de Kelsen, sobreleva notar a importância das teses de outro positivista do século XX: Herbert L. A. Hart<sup>69</sup>. Seu projeto pretende edificar um modelo alternativo de Direito para o mundo anglo-saxão, que pudesse explicar melhor o fenômeno jurídico, já que tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, prevalecia o entendimento segundo o qual o Direito seria fruto da ordem de um soberano e seria sempre dotado de sanção, perspectiva essa construída a partir das ideias de outro importante jurista britânico: John Austin, que, meados do século XIX, construiu uma teoria aceita durante vários anos.

Revendo essa perspectiva, Hart afirmará, ao contrário do que propunha Austin, que o que explica o Direito não é apenas um conjunto coercitivo de normas - o Direito é muito mais rico, pois é formado também por normas que conferem poderes ou competências, como também pela “norma de reconhecimento” (HART, 2001).

Assim, segundo o professor de Oxford, há normas jurídicas que criam direitos e obrigações, fixando sanções, bem como normas que autorizam a produção de outras normas. Há, ainda, instituições que têm como função aplicar o Direito vigente em toda a sociedade. Dentre essas instituições, o Judiciário aparece como aquele que resolve os conflitos, sua função é fixar, de maneira final, o sentido dos textos

---

<sup>68</sup> É o que será visto adiante, com a perspectiva de Dworkin da integridade do Direito como uma questão de princípios.

<sup>69</sup> “Hart previu que a teoria de Kelsen, identificando o Estado com o Direito, correria o risco de abrir caminho para o totalitarismo” (GOYARD-FABRE, 1999, p. 271). No entanto, como ressalta Godoy, “Mitigando percepções mais fechadas, Hart insistiu no sentido obrigacional do Direito, afirmando que a mais proeminente característica do Direito, em todos os tempos e lugares, consiste no fato de que sua existência significa que certos tipos de conduta humana não são opcionais, mas em certo sentido são obrigatórios” (GODOY, 2011, p. 11).

jurídicos. Portanto, para entender o que é o Direito, é de fundamental importância observar o trabalho do Judiciário, até porque a norma não se confunde com o texto, mas decorre da interpretação que dele se extrai.

Segundo Hart (2001), os casos que podem chegar ao Judiciário podem ser “casos fáceis” ou “casos difíceis”. Nos casos fáceis, já existe uma solução dada pelo próprio texto jurídico, já que o mesmo não apresenta dificuldades de interpretação. Por outro lado, existem casos, embora excepcionais, em que ou o texto jurídico não é claro para resolver o problema, ou não existe texto jurídico que solucione o problema, ou, ainda, mais de um texto jurídico concorre para a solução do mesmo.

Nesses casos (difíceis), a resposta de Hart é dizer que o juiz detém um poder discricionário para poder fixar o que é o Direito, independentemente dos textos jurídicos existentes, e isso pelo fato de que ninguém consegue saber com certeza o que o Direito ordena fazer. O juiz poderá fazer isso porque o próprio Direito e, em última instância, a própria sociedade, autorizaram o Judiciário a assim proceder nesses casos excepcionais. Trata-se da norma de reconhecimento, socialmente difundida e que permite a práxis jurídica dos Tribunais, mesmo nesses casos em que o Direito não é claro e objetivo.

Disso depreende-se, portanto, que também a teoria de Hart escancara as portas para o crescimento da discricionariedade judicial, ainda que de uma maneira menos radical do que em Kelsen, mas com uma concepção problemática de Direito e da práxis jurídica.

Percebe-se, assim, que ambas as concepções (Hart e Kelsen) deixavam nas mãos do aplicador todo o poder para definir o sentido dos textos jurídicos, tornando o ato de interpretação um ato de mera vontade e não de conhecimento e, portanto, impossível de controle e de justificação (OLIVEIRA, 2004, p. 121;149; CHAMON JÚNIOR, 2004, p. 79;120).

Ressalte-se, novamente, que essas propostas hermenêuticas se dão no contexto do Estado de Bem-Estar Social. Nesse paradigma, há uma excessiva valorização do espaço público - notadamente entendido como espaço estatal -, em detrimento do espaço privado. Assim, tornou-se cada vez mais necessária uma atenção especial para a interpretação da Constituição. Inicialmente, pensou-se na possibilidade de aplicação e interpretação da Constituição com a utilização das técnicas clássicas de interpretação das leis (os métodos gramatical, histórico, lógico-sistemático e teleológico). Contudo, logo se percebeu que esses métodos não

seriam capazes de fazer justiça à complexidade do texto constitucional. Era necessária a criação de novos métodos para a interpretação da Constituição.

É durante a fase do Estado do Bem-Estar Social, em especial quando as suas bases aportam em terras latino-americanas, que por aqui florescem os métodos específicos de interpretação constitucional. Aqui cabe uma pequena observação: apesar dos autores dessa fase mencionarem princípios específicos de interpretação da Constituição, na realidade eles não podem ser considerados princípios, pois não apresentam força normativa e, pois, não inovam na interpretação do texto constitucional (SILVA, 2005). Além disso, ainda por acreditarem em métodos que seriam capazes de levar a uma correta interpretação do texto constitucional, pode-se perceber que esses autores se encontram presos ao paradigma do Estado de Bem-Estar Social, não incorporando a complexidade que o raciocínio principiológico exige.

Dentre esses supostos métodos e princípios específicos de interpretação do Documento Constitucional, amplamente difundidos na doutrina e jurisprudência nacionais, ressalta-se o princípio da ponderação de bens, interesses ou valores, mais conhecido como princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Tal princípio dispõe que o intérprete, no caso de conflito entre as normas constitucionais, deve solucioná-lo através de um raciocínio de ponderação de bens, interesses ou valores, na medida em que essas normas são valores e devem ser tratadas como tais. A forma de ponderar essas normas em conflito é através do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, que se divide em três sub-princípios, quais sejam, o da necessidade, o da adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio de interpretação da Constituição foi originalmente estruturado pelo jusfilósofo Robert Alexy, a partir dos trabalhos da Corte Constitucional da Alemanha, e foi apropriado pela maior parte da doutrina e tribunais do Brasil, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal.

### **5.3 O princípio da proporcionalidade de Robert Alexy: princípios jurídicos como valores**

Robert Alexy (1997) afirma-se herdeiro dos ensinamentos de Ronald Dworkin. Segundo aquele, o grande equívoco dos positivistas seria o de terem concebido o ordenamento jurídico apenas como um conjunto de regras. Em realidade, afirma o

autor, o ordenamento jurídico é bem mais complexo do que um conjunto de regras, sendo formado por regras e princípios.

Para Alexy, a diferença entre essas duas categorias de normas não se refere à maior generalidade de uma em detrimento da outra ou pelo fato do princípio originarem-se regras (caráter normogenético), como afirma uma longa e venerável tradição (ALEXY, 1997). A diferença, diz ele, dá-se quanto à forma de resolução dos conflitos entre essas espécies normativas.

Assim, no conflito entre regras devem-se utilizar os critérios clássicos de resolução das antinomias, devendo uma das regras ser retirada do ordenamento jurídico, pois o conflito se dá na dimensão da validade. Já o conflito entre princípios não leva à revogação de um deles, pois o que está em jogo é a dimensão da aplicação; o conflito entre princípios se dá entre princípios igualmente válidos.

Portanto, no caso de conflito entre princípios, a solução se dá pelo critério do peso, da maior importância de um princípio em detrimento do outro. Mas esse maior peso não significa que o outro princípio (menos importante) não será aplicado. Significa que se deve fazer uma ponderação entre eles, de modo a aplicá-los da melhor forma possível - em seu maior grau. É isso que Alexy (1997) nomeia de ponderação ou otimização de princípios.

As ideias de Robert Alexy têm sido incorporadas por quase toda a doutrina e jurisprudência brasileiras.

Porém, parte da doutrina nacional ainda hoje efetua a distinção entre princípios e regras em razão da maior generalidade dos princípios em face das regras ou do caráter normogenético dos princípios, não encontrado nas regras.

Autores importantes, tais como Celso Antônio Bandeira de Mello, no Direito Administrativo, e Geraldo Ataliba, no Direito Tributário, ainda insistem na diferença de grau entre princípios e regras, sendo os primeiros mais importantes que as últimas. Neste sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2006, p. 808-809)

Já para Geraldo Ataliba:

O sistema jurídico - ao contrário de ser caótico e desordenado - tem profunda harmonia interna. Esta se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras. (ATALIBA, 1998, p. 33-34)

Ora, como já foi afirmado acima, para Alexy, a diferença não se centra na maior generalidade e abstração dos princípios em face das regras ou no fato dos princípios poderem se originar regras, mas, sim, na forma diferente de resolução de conflito entre princípios e entre regras. Enquanto a colisão entre princípios é resolvida na dimensão do peso, através de uma ponderação ou otimização entre eles, o conflito entre regras se resolve na dimensão da validade, com a eliminação de uma delas.

De acordo com Robert Alexy, princípios jurídicos e valores são diferentes e, para isso, o autor usa da distinção de Georg Von Wright entre conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos. Para Alexy:

Exemplos de conceitos deontológicos são os de dever, proibição, permissão e de direito a algo. Comum a todos estes conceitos, (...) é o fato de que podem ser reduzidos a um conceito deontológico básico, que é o conceito de dever ou de dever-ser. Já os conceitos axiológicos são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou dever-ser, mas o conceito de bom. A diversidade de conceitos axiológicos decorre da diversidade de critérios por meio dos quais algo pode ser qualificado como bom. (ALEXY, 2007, p. 145)

No entanto, poucas páginas depois, e como que se esquecendo da diferença que havia traçado entre conceitos deontológicos (princípios jurídicos) e axiológicos (valores), Alexy os identifica:

No direito o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios. Além disso, não há nenhuma dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é a melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que ela é constitucionalmente devida. Se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de partir de um modelo de princípios. (ALEXY, 2007, p. 153)

Em outra obra, Robert Alexy é mais claro ainda na aproximação entre princípios e valores. Diz o autor:

Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina “valor”. En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. (ALEXY, 1993, p. 17).

Não é à toa que a forma “alexiana” para a resolução de conflitos entre princípios jurídicos e de conflitos de valores é a mesma: uma regra de ponderação, de preferência, aplicando-se o princípio ou o valor na medida do possível, otimizando-os.

Segundo Alexy, no Direito, essa regra ganha o nome de princípio da proporcionalidade. Ainda de acordo com o autor alemão, o uso do princípio da proporcionalidade se deve ao fato de que, ao contrário de Dworkin, não se pode defender a tese de que exista uma única decisão correta no Direito, já que o mesmo é formado por textos jurídicos que, por natureza, admitem uma pluralidade de interpretações. De acordo com Alexy, a lei de ponderação afirma o seguinte: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2007, p. 167).

De acordo com Alexy (2007), amparado pelos trabalhos da Corte Constitucional Alemã, o princípio da proporcionalidade se divide em três sub-princípios, quais sejam, o da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, para se fazer a correta ponderação entre os princípios, deve ser seguida uma espécie de “metodologia da proporcionalidade”, aferindo-se inicialmente a adequação, depois a necessidade, e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com Suzana de Toledo Barros (1996), adotando a doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, este se decompõe em três elementos (sub-princípios), quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Um juízo de adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto deve ser o primeiro a ser considerado na verificação da observância do

princípio da proporcionalidade. O controle intrínseco da legislação no que respeita à congruência na relação meio-fim restringe-se à seguinte indagação: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?

[...]

O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.

[...]

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a ideia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A ideia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada. (BARROS, 1996, p. 74;84)

Como se pode perceber, o princípio da proporcionalidade de Alexy deve ser utilizado nas hipóteses em que se verifica um conflito entre princípios jurídicos, sendo estes entendidos como valores, bens, ou interesses.<sup>70</sup>

Essa ideia de princípio encontra-se profundamente incorporada na doutrina e jurisprudência brasileiras, ora com o nome de “princípio da proporcionalidade”, ora sob a alcunha de “princípio da razoabilidade”, e tem sido uma espécie de critério oficial de interpretação da Constituição e de todo o Direito, figurando como mecanismo de resolução de conflitos entre normas, preferido dentre os tribunais pátrios, o que facilmente pode ser aferido em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>71</sup>.

No entanto, esse mecanismo, ou método, na medida em que trata normas jurídicas da mesma maneira que o faz com os valores, acarreta maiores problemas

<sup>70</sup> A terminologia (valores, bens, interesses) varia de autor para autor, mas o seu resultado é o mesmo. Nesse sentido: Alexy (1993); Sanchís, (2003); Steinmetz (2004).

<sup>71</sup> Pesquisa realizada na base de acórdãos do Supremo Tribunal Federal disponível na *internet* resultou em mais de duzentas referências ao princípio da proporcionalidade e mais de cento e sessenta ao princípio da razoabilidade. Mais especificamente, atendo-se ao teor das decisões proferidas pelo STF, esse uso indiscriminado dos conceitos provenientes do pensamento de Robert Alexy pode ser exemplificado pelas decisões proferidas no RHC 102962/MG (BRASIL, 2011a) (Relatora Ministra Ellen Gracie), em que se discutiu a excepcionalidade do uso de algemas; no HC 106244/RJ (BRASIL, 2011b) (Relatora Ministra Cármen Lúcia), em que se debateu a legalidade de escutas telefônicas e a possibilidade de contaminação do conjunto probatório; e no RE 349703/RS (BRASIL, 2008) (Relator Ministro Ayres Britto), que trata da prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia, entre outros excertos.

para o Direito<sup>72</sup>.

#### 5.4 Ronald Dworkin: a integridade do direito

O trabalho de Ronald Dworkin se concentra numa crítica ao positivismo jurídico, opondo-se à ideia segundo a qual o Direito seria formado por um conjunto convencional de regras estabelecidas pelo Poder Legislativo ou por qualquer outra autoridade investida de poder para tanto (DWORKIN, 1999). Assim, o autor travará um intenso debate com Hart, pretendendo demonstrar que a prática jurídica é muito mais complexa do que aquela descrita por esse grande autor positivista. Na verdade, afirma Dworkin, a teoria positivista de Hart não consegue descrever adequadamente o funcionamento do Direito, porque, ao contrário do que pensa Hart, os juízes, quando estão em face de questões controvertidas, não decidem essas questões de maneira livre e autônoma, criando Direito novo, mas tomam decisões vinculadas ao Direito existente. Isso acontece porque o Direito não é formado apenas pelos padrões normativos que Hart designa por regras, mas, sim, por princípios.

Aqui cabe notar que, ao contrário do entendimento do próprio Alexy, Dworkin não afirma que o Direito é formado por regras e princípios - como majoritariamente a doutrina brasileira também afirma. O que o autor americano afirma é que pode-se entender o ordenamento jurídico como um conjunto de regras, tal como faz Hart, ocasionando uma série de problemas; ou pode-se, ao contrário, entender o ordenamento jurídico como um conjunto de regras e princípios, e essa é também uma distinção complicada, porque estaria centrada no aspecto semântico ou sintático dos textos jurídicos, levando-se a que se distinguissem as regras dos princípios como fez Alexy. Por fim, o Direito pode ser visto em uma perspectiva mais rica e mais complexa, ou seja, como um conjunto coerente de princípios que visam garantir o igual respeito e consideração por todos (DWORKIN, 2005).

---

<sup>72</sup> Segundo observa Canotilho (2008a), o princípio da proporcionalidade em sentido restrito ("*Verhältnismässigkeit*"), é um dos subprincípios do princípio da proibição de excessos ou princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Nesse subprincípio, meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio empregado é ou não proporcional à finalidade última da medida em questão ou, em um só esforço, trata-se do princípio da "justa medida". Nesse diapasão, proporcionalidade em sentido estrito é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, aplicável para aferir se eles estão informados pelo critério de justiça, que deveria ser o valor superior a todo o ordenamento jurídico. A formulação, como melhor se poderá perceber mais adiante, termina por confundir direito e valor.

Nas palavras do próprio Dworkin:

Na verdade, quero me opor à ideia de que o “direito” consiste em um conjunto fixo de standards de qualquer tipo que seja. Meu objetivo era, antes, salientar que um exame cuidadoso das considerações que os juristas devem levar em conta ao decidir uma questão específica de direitos e obrigações jurídicas incluem proposições com a forma e força de princípio, e que os juízes e os próprios advogados, quando justificam as suas decisões, muitas vezes usam proposições que devem ser entendidas desta maneira (DWORKIN, 2007, p. 255).<sup>73</sup>

Portanto, na medida em que, na concepção de Dworkin, o Direito deve ser compreendido como uma questão de princípios, quando os juízes ou os advogados utilizam outros padrões que não estão contidos claramente em textos aprovados pelo Parlamento ou em decisões judiciais anteriores (precedentes). Isso não significa dizer que eles estejam decidindo ou raciocinando fora do Direito.

De maneira oposta, a prática jurídica demonstra que os operadores do direito se esforçam para demonstrar que a decisão por eles tomada, apesar de não encontrar amparo em um texto legal explícito é a que melhor interpreta a prática jurídica até aquele momento, lançando novas luzes para a continuidade desse projeto coletivo chamado Direito (DWORKIN, 2007). Isso porque, para Dworkin, o Direito é um conceito eminentemente interpretativo. É justamente por isso que o autor vai tentar demonstrar que existe apenas uma decisão correta para cada caso, revelando que a dificuldade de se encontrar essa decisão não se centra em uma ponderação de princípios, tal como realizada por Alexy, mas sim em um trabalho árduo, hercúleo, de enfrentamento da questão, buscando visualizá-la a partir do maior número de ângulos possíveis, no intuito de se chegar à decisão correta, que, por estar vinculada àquele caso, e à reconstrução feita pelos interessados naquela discussão, é única, histórica e, assim, irrepetível. Raciocinar principiologicamente, como se pode perceber, não significa ponderar princípios, no intuito de maximizar sua aplicação, utilizando-os na medida do possível em seu maior grau, como sustenta Alexy, mesmo porque Dworkin se opõe a todas as formas de utilitarismo.

---

<sup>73</sup> “Quiero oponerme en efecto a la idea de que el “derecho” consiste en un conjunto fijo de estándares sea de la clase que sea. Mi propósito fue más bien señalar que un examen cuidadoso de las consideraciones que los juristas deben tener en cuenta al decidir un asunto particular de derechos y obligaciones jurídicas incluiría proposiciones que tienen la forma y fuerza de principios, y que los jueces y abogados mismos, cuando justifican sus decisiones, usan a menudo proposiciones que deben ser entendidas de esta forma”.

Assim, encarar o Direito como uma questão de princípios, como sustenta o autor, leva à necessidade de que seja feita uma interpretação de toda a história institucional do Direito para que ele possa ser compreendido à sua melhor luz. Assim, o juiz deve optar pelo princípio adequado para regular as diversas situações concretas, descobrindo os direitos dos cidadãos. Para Dworkin, dado esse contexto, ao juiz não se concede discricionariedade, já que está ele limitado pela argumentação das partes e pelo caso concreto então reconstruído pelas mesmas. Além disso, o juiz deve convencer a si mesmo e aos demais de que a decisão por ele tomada é a decisão correta, no sentido de única adequada para regular a situação que lhe foi colocada. Se existem regras, essas surgem apenas no momento da decisão, quer seja ela do administrador ou do juiz, mas sempre como forma de densificação dos princípios jurídicos existentes, os quais se corporificam nos princípios da igualdade e liberdade, entendidos como tratar a todos com igual respeito e consideração (DWORKIN, 2005).

Para que os princípios e o próprio Direito possam ser levados a sério, Dworkin advoga a tese segundo a qual a Constituição e o próprio Direito devem ser compreendidos como um projeto coletivo comum que leva a sério a pretensão de que homens livres e iguais podem dar a si mesmos normas para regular as suas vidas em comunidade (integridade do Direito). Para que isso seja possível, a interpretação deve ser vista como uma atividade coletiva em que cada nova geração assume o que foi feito no passado para então melhorar o trabalho.

Isso só é possível porque a Constituição está redigida em uma linguagem notadamente abstrata para ser atualizada em cada momento histórico específico. É justamente isso que Dworkin (2006) conceitua como sendo a leitura moral da Constituição. Como já foi mencionado acima, existirá sempre uma única decisão correta no Direito, no sentido de mais adequada a regular as pretensões dos envolvidos no processo. Essa única decisão correta só pode ser encontrada se o juiz mergulhar no contexto fático, nos argumentos das partes, com seus preconceitos e pré-concepções, tentando visualizar a todos com igual respeito e consideração. Esse juiz só poderá assim agir, segundo Dworkin, se possuir o conhecimento de todo o Direito, não só atual, mas também a história institucional do Direito, paciência e conhecimento sobre-humanos. Como não existe na prática, Dworkin vai denominar esse juiz de Hércules.

Aqui cabe mais uma ressalva: como bem afirma Maria de Lourdes Santos Perez (2003), a teoria de Dworkin aqui descansa em fortes pressuposições idealizantes. Mas, elas não são aleatórias. Estão baseadas em algumas pressuposições normativas da atividade jurisdicional: a necessidade de fundamentação das decisões com base no direito vigente e o pressuposto de que o juiz conhece todo o direito. Assim, ao contrário do que dizem alguns críticos, o juiz de Dworkin não é um ser imaginário e nem é um sujeito solipsista, como afirma Lúcio Antônio Chamon Júnior:

“DWORKIN vai entender a interpretação como um empreendimento público que, enquanto tal, há que ser publicamente sustentável, e não de um mero ponto de vista individual” (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 61)

O intérprete, em especial o juiz, deve fazer prevalecer o ideal de integridade do Direito. Assim, o juiz Hércules deve conhecer toda a história institucional do Direito: o que ele foi, o que ele é, e o que ele deve ser. Isso se justifica pelo fato de que, para Dworkin, o Direito não é apenas uma questão de fato, mas é principalmente uma questão interpretativa. Dessa forma, quando as pessoas divergem sobre o sentido do Direito, normalmente não estão divergindo sobre os fatos, mas sobre o que o Direito deve ser. Em outras palavras, o conceito de Direito é eminentemente interpretativo (DWORKIN, 1999).

Esse ideal de integridade do Direito seria, basicamente, a ideia segundo a qual o Direito é um projeto político para uma determinada comunidade que se vê como uma associação de homens livres e iguais.<sup>74</sup> Assim, aqueles que criam as leis devem mantê-las coerentes com os seus princípios, como se tivessem sido feitas por uma única pessoa: a comunidade corporificada (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 121). Esse é o ideal da integridade política ou integridade na legislação. Além disso, o Direito como integridade exige dos juízes e dos aplicadores que conservem uma coerência entre as decisões passadas e as decisões presentes, a partir dos princípios da igualdade e liberdade, como se estivessem a compor uma obra coletiva. É o que Dworkin denomina de romance em cadeia, que é escrito por várias mãos. Esse é o ideal da integridade no Direito ou integridade na jurisdição ou, ainda, integridade na aplicação do Direito:

---

<sup>74</sup> É nesse sentido que Dworkin (2005) comparará a democracia como uma parceria entre pessoas livres e iguais, em que, apesar das diferenças, todos devem se respeitar mutuamente para a concreção de um objetivo comum.

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.[...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. (DWORKIN, 2000, p.238).

#### Das palavras de Gustavo Binbenbojm, colhe-se:

a integridade a que se refere Dworkin significa sobretudo uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado. (BINENBOJM, 2001, p. 85).

Ao contrário do que poderia parecer, a ideia de integridade no Direito não significa simplesmente uma mera repetição do Direito anterior pelos juízes atuais, pois o direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, isso sim, justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual poder ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro digno. Ou ainda, lembrando Gadamer, essa prática interpretativa do Direito proposta por Dworkin faz aproximar o historiador e o jurista, na medida em que o sentido atual do texto deve ser contextualizado a partir da história, não como mera repetição do passado, mas no sentido de atualização do texto jurídico, enquanto fusão de horizontes de sentido entre o texto originário e o intérprete atual.

Daí a necessidade de se compreender a vontade do legislador em seu sentido abstrato, não apenas para compreender o que se fazia naquele momento, mas para justificar aquela prática à sua melhor luz, quer dizer, dentro de uma trama coletiva passível de ser reconstruída a cada contexto histórico, de modo que a história institucional da comunidade possa ser enriquecida sem ser modificada. Isso porque a interpretação jurídica é sempre construtiva e nunca criativa, ou seja, é uma

interpretação que permite a coparticipação do intérprete no próprio entendimento da obra, tornando-a a melhor que pode ser, revelando suas potencialidades escondidas dentro de uma história das interpretações passadas que deve ser respeitada. Não é uma interpretação criativa porque o intérprete não pode desconhecer essa história institucional; não pode criar algo novo; deve justificar sua interpretação dentro dos limites permitidos pela obra, que engloba, inclusive, a história das interpretações passadas.

Isso significa dizer que o Direito é uma questão de princípio e que existe uma única decisão correta para cada caso concreto a ser decidido pelo juiz.

Também ao contrário do que poderia parecer, integridade não significa simplesmente coerência, no sentido de decidir casos semelhantes do mesmo modo. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade<sup>75</sup> na correta proporção.

Dessa forma, uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo<sup>76</sup> (DWORKIN, 1999).

De acordo com o autor, esse ideal só é possível se a justiça for realizada caso a caso. Isso só acontece se for respeitado o devido processo e se as partes trabalharem com a ideia de certeza do Direito, que significa que as regras do jogo serão cumpridas e seguidas. É nesse sentido que pode-se manter a história institucional de uma comunidade política: na medida em que se realiza a justiça a cada caso, através do devido processo e do respeito às regras jurídicas existentes (certeza do Direito).

---

<sup>75</sup> Cabem aqui, algumas palavras a respeito da tradução nacional da obra de Dworkin. Quando o autor americano faz referência à integridade e refere dos princípios de justiça, certeza do Direito (que também pode ser entendido como respeito às regras do jogo) e devido processo, o autor, para falar da certeza do Direito utiliza o termo em inglês *fairness*. A tradução brasileira desse termo o substituiu por equidade, o que é equivocado. O termo é, realmente, de difícil tradução. *Fairness* pode significar várias coisas: correção, equanimidade, justeza. Esses significados são mais rebuscados. Mas, em um sentido mais pobre, o qual parece ser aquele utilizado por Dworkin, *fairness* significa também certeza, no caso, do Direito, ou respeito às regras do jogo.

<sup>76</sup> Dworkin ora nomeia esses princípios em três (justiça, certeza do Direito e devido processo), ora em simplesmente dois (igualdade e liberdade). De todo modo, para o autor o Direito, através desses princípios, deve ser realizado um projeto político, com base em um determinado modelo de sociedade.

Essa leitura principiológica é o que Dworkin denomina de leitura moral da Constituição. Todavia, ao contrário do que pensam alguns autores, tais como Ingeborg Maus (2000, p. 186), a leitura moral da Constituição de Dworkin não significa uma moralização do Direito, ou uma confusão entre as esferas do Direito e da Moral. A leitura moral da Constituição a que se refere Dworkin é uma leitura deontológica da Constituição, baseada em princípios jurídicos, que, é verdade, possuem alta carga moral, mas não se confundem com as normas morais. Veja-se:

Segundo a leitura moral, esses dispositivos devem ser compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem: referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites aos poderes do Estado. (DWORKIN, 2006, p. 10)

Por isso:

Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado. Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos um moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras. (Em outro texto, eu disse que os juízes são como escritores que criam juntos um romance-em-cadeia no qual cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história). (DWORKIN, 2006, p. 15)

Não é por outro motivo que Dworkin, em uma obra mais recente, será ainda mais radical em sua proposta. Sustenta ele agora não haver distinção entre Direito e Moral, pois o Direito é um compartimento da Moral, faz parte dela. Mas, esclarece o autor, não se deve entender essa ideia no sentido comum de que o Direito se moralizou, através de algum entendimento específico, pessoal ou de grupo, sobre o que o Direito manda ou deixa de mandar fazer. Quando afirma que o Direito faz parte da Moral, ele define Moral como um conjunto de princípios extremamente abstratos que são capazes de justificar a prática jurídica como um todo à sua melhor luz, de modo a mostrar o que o Direito exige em cada situação concreta. Portanto, é uma visão moralizadora, mas não moralista do Direito, termos que causam tanta confusão na cabeça dos positivistas (DWORKIN, 2007). Então, apressa-se o autor a

dizer que nem todas as normas jurídicas são normas morais, sendo algumas delas meras convenções, como, por exemplo, sobre se os veículos devem trafegar pela mão direita ou pela mão esquerda. Mas, o cerne do Direito se encontra na busca dos melhores princípios morais que justifiquem a prática jurídica como um todo, como uma prática de toda uma comunidade que se vê formada por homens livres e iguais.

Esse raciocínio exige que se entenda o Direito a partir de uma perspectiva deontológica, e não axiológica, tal como defendido por Robert Alexy. Nesse sentido, sobre as medidas de exceção então empregadas por George W. Bush para combater o terrorismo, Dworkin deixa clara sua posição deontológica:

Não podemos responder a essa questão também, como a metáfora da balança tenderia a sugerir, imaginando uma escala gradual que nos indicaria como os direitos que reconhecemos aos acusados diminuem em razão do perigo representado pelo crime do qual eles são acusados. É verdade que os direitos tradicionais podem ser uma ameaça para nossa segurança. Poderíamos muito bem decidir sermos uma sociedade mais segura, autorizando a polícia a prender as pessoas suspeitas de cometerem crimes no futuro, ou a presumir a culpabilidade ao invés da inocência, ou ainda a gravar as conversas entre os advogados e seus clientes. Mas, nosso sistema judiciário não foi construído sob o cálculo preciso dos riscos que aceitamos correr se queremos dar a uma categoria particular de acusados um certo grau de proteção contra as acusações injustificadas. Não demos menos garantias, por exemplo, para as pessoas acusadas de morte do que para aquelas acusadas de cometerem crimes menos graves (DWORKIN, 2002a, p. 17-18, tradução nossa).<sup>77</sup>

Mais recentemente, Dworkin volta a abordar a questão do argumento principiológico. De acordo com o autor, em conversa com o filósofo político Isaiah Berlin, não é verdade que valores estão sempre em colisão. É possível se defender, sim, a perspectiva de um ouriço, ou seja, a perspectiva de unificação dos valores a partir de uma noção comum. Dessa forma, deve-se entender de maneira adequada o que significam os valores ou princípios que estão em colisão, para ver se, de fato, estão em colisão (DWORKIN, 2007). Para tanto, o autor dá o exemplo dos princípios

---

<sup>77</sup> “On ne peut pas non plus y répondre, comme la métaphore de la balance tendrait à le suggérer, en imaginant une échelle graduée qui nous indiquerait comment les droits que nous reconnaissons aux accusés diminuent en raison du danger représenté par le crime dont ils sont accusés. Il est vrai que les droits traditionnels peuvent être une menace pour notre sécurité. Nous pourrions aussi bien décider d’être une société plus sûre en autorisant la police à enfermer les gens susceptibles de commettre des crimes dans l’avenir, ou à présumer la culpabilité et non l’innocence, ou encore à enregistrer les conversations entre les avocats et leurs clients. Mais notre système judiciaire ne s’est pas construit dans le calcul précis des risques que nous acceptons de courir si nous voulons donner à une catégorie particulière d’accusés un certain degré de protection contre les accusations injustifiées. Nous n’accordons pas moins de garanties, par exemple, aux personnes accusées de meurtre qu’à celles à qui l’on reproche des escroqueries mineures”.

da igualdade e liberdade.

Para Dworkin, a situação de conflito ou sua inexistência dependerá da concepção que se terá de igualdade e liberdade. Se a liberdade for entendida como toda e qualquer invasão na esfera de comportamento do indivíduo, pode-se entender também que as normas penais invadem a sua liberdade individual. Mas, segundo o autor, essa compreensão de liberdade é rudimentar. Deve-se buscar uma outra compreensão para liberdade, no sentido de compreender-se esse princípio como esfera de atuação sem intervenção, desde que não impeça o igual direito do outro de agir da mesma forma. Assim, pode-se perceber que as normas penais não invadem a liberdade, mas são condição de possibilidade do direito de liberdade de todos, como também as políticas redistributivas não invadem nem a igualdade nem a liberdade porque permitem justamente que todos tenham possibilidades iguais de atuação na sociedade (DWORKIN, 2005).

### **5.5 Klaus Günther: os discursos de justificação e de adequação e as críticas ao princípio da proporcionalidade**

O jurista e filósofo alemão Klaus Günther foi aluno tanto de Jürgen Habermas quanto de Ronald Dworkin. Günther desenvolveu uma teoria jurídica que apresenta a estrutura interna do Direito e o significado de argumentar principiologicamente (GÜNTHER, 2000).

Segundo o seu pensamento, o Direito Moderno, muito por força do princípio da separação de poderes, dividiu as suas funções entre as atividades legislativa e judiciária. Isso foi feito também por causa do princípio democrático, segundo o qual o povo é, ao mesmo tempo, autor e destinatário das normas que regem a sua própria vida.

O Direito moderno foi pensado no intuito de regular o futuro. Mas, como o futuro está sempre em aberto, a regulação jurídica se dá de maneira abstrata, universal, não se fazendo capaz de regular todas as situações para as quais a norma foi pensada. Seguindo o princípio da democracia de Habermas<sup>78</sup>, Günther assevera:

---

<sup>78</sup> Para Habermas, o princípio da democracia diz respeito ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica na formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito. (HABERMAS, 1997, p. 146)

Uma justificação discursiva de normas válidas tem que assegurar que a observância geral de uma norma represente um interesse universal. Ela pode ser identificada por meio de uma consideração recíproca do interesse de cada um (Habermas 6, p. 75s.). Uma norma seria então justificada, se todos pudessem aceitá-la devido às razões apresentadas. (GÜNTHER, 2000, p. 86)

Isso equivale ao espaço legislativo, o espaço da criação das normas jurídicas.

Contudo, como já dito alhures, as normas abstratas não são capazes de regular todas as situações para as quais elas foram pensadas. Assim, não é possível incluir nas leis todos os sinais característicos das situações concretas (GÜNTHER, 2004). Desse modo, as leis são capazes de prever apenas parcialmente os casos concretos em que deverão ser aplicadas. Por força disso, elas já são aprovadas com uma espécie de cláusula implícita, segundo a qual só se aplicam para os casos concretos que se subsumam à sua descrição hipotética. É nesse sentido que Günther afirma que as normas jurídicas são normas aplicáveis *prima facie*:

A cláusula *prima facie* apenas significa que será insuficiente arguir que uma norma válida é aplicável a este caso. A cláusula *prima facie* contém um ônus recíproco de argumentação (veja-se Searle 11, p. 88, para um argumento semelhante). Devido a este ônus de argumentação, os participantes são obrigados a dar boas razões para a modificação ou derrogação de outras normas que poderiam ser aplicadas a uma situação descrita de modo completo. (GÜNTHER, 2000, p. 91)

Para que haja esse ônus de argumentação a que se refere o autor, é necessário um tipo especial de discurso, o discurso de aplicação:

Para isto, é necessário um discurso especial que eu chamo de “discurso de aplicação”. Tão logo os participantes entrem no discurso, eles têm que abandonar a perspectiva das circunstâncias serem iguais em toda situação, pressuposta com a validade da norma. A objeção de que Jones está numa emergência, e portanto o dever de ajudar um amigo deve ser considerado, ganha agora o estatuto de um argumento. Este argumento não é dirigido contra a validade da norma em colisão, mas contra sua adequação, levadas em consideração todas as circunstâncias da situação. (GÜNTHER, 2000, p. 90)

Mais adiante, no mesmo texto, escreve Günther, especificando o sentido de discurso de aplicação: “Discursos de aplicação pressupõem que as razões que usamos são normas válidas. Em vez de sua validade, os participantes discutem agora sua referência a uma situação”. (GÜNTHER, 2000, p. 92)

Alerta-se, no entanto, para a necessidade de se ter certo cuidado com a expressão “levar em consideração”, utilizada por Günther, para que não haja um esvaziamento da própria força normativa do Direito. Para Günther, levar em consideração quer dizer que todas as situações trazidas pelos participantes foram problematizadas no nível do discurso. Nas palavras do próprio autor:

Isso não traz como consequência que as normas não teriam mais força normativa pelo fato de que sua aplicabilidade definitiva dependeria da situação de aplicação. Levar em consideração significa mais do que tomar conhecimento. Eu posso exigir que qualquer indivíduo que mentisse para mim se “preocupasse” com o dever de sinceridade, em sua deliberação prática sobre o modo de agir na situação. Do ponto de vista da qualidade moral de uma ação, existe uma diferença se alguém mente para mim porque ele tem, nessa situação, uma razão moral válida para ultrapassar o dever de sinceridade, ou se esse dever não teve qualquer importância em sua deliberação prática. Se nos perguntamos sobre uma ação ou um enunciado normativo singular já previamente justificados, nós podemos então esperar que, em uma deliberação prática, todas as normas válidas e aplicáveis *prima facie* foram consideradas. (GÜNTHER, 1992, p. 279, tradução nossa).<sup>79</sup>

Aqui já se pode perceber melhor o problema da proporcionalidade, quer seja em face da já apresentada teoria do Direito como integridade, de Ronald Dworkin, ou a partir da distinção feita por Günther entre os discursos de aplicação e os discursos de justificação do Direito. Na medida em que princípios passam a ser tratados como valores, podem ser aplicados na medida do possível, em seu grau ótimo. Com isso, deixa-se de lado o caráter deontológico do Direito, pois a aplicação judicial passa a ser um problema de preferência pessoal do magistrado e não mais uma questão de integridade do Direito (DWORKIN, 1999).

Ora, se é através do discurso de justificação que o Direito será produzido democraticamente, por meio do processo legislativo, logo será no espaço legislativo que o povo, através dos seus representantes, ou diretamente, deverá decidir quais valores serão convertidos em normas. Uma vez deliberados esses valores no

---

<sup>79</sup> “Ceci n’a nullement pour conséquence que les normes n’auraient plus du tout de force normative parce que leur applicabilité définitive dépendrait de la situation d’application. “Prendre en considération” signifie plus que simplement prendre connaissance. Je peux exiger de chaque individu qui me mentirait que dans sa délibération pratique sur la manière d’agir dans la situation, il se soit “soucié” du devoir de sincérité. Du point de vue de la qualité morale d’une action, il y a une différence si quelqu’un m’a menti parce qu’il avait dans cette situation une raison morale valable d’outrepasser le devoir de sincérité ou si ce devoir n’a joué aucun rôle dans sa délibération pratique. Si nous demandons d’une action ou d’un énoncé normatif singuliers qu’ils soient justifiés, nous pouvons nous attendre à ce que dans une délibération pratique toutes les normes valides et applicables *prima facie* aient été considérées.”

espaço legislativo, cabe ao Judiciário fazer valer o código binário do Direito, tal como defendido por Luhmann, Dworkin e Günther, entre outros. Assim, o Judiciário não está autorizado a fazer escolhas valorativas sobre o que é melhor ou pior para a sociedade, devendo dizer o que o Direito determina que se faça naquela situação. Afinal, não existe conflito entre princípios, desde que se entendam princípios como comandos deontológicos, *prima facie* aplicáveis, que somente ganham consistência diante de uma situação concreta.

Sob essa ótica, é forçoso concluir que as normas somente existem após todo um trabalho interpretativo e de aplicação em face de um caso concreto. Mais diretamente, norma jurídica e texto jurídico não se confundem.

No entanto, isso não significa um retorno à compreensão do Direito como mera operação de subsunção, como equivocadamente afirmam alguns autores.<sup>80</sup> Entender a aplicação do Direito como uma atividade binária de afirmação do lícito ou do ilícito não significa que os valores não desempenharão um papel importante no ato interpretativo de aplicação do Direito. Ora, se o Direito é uma questão interpretativa, como aqui se defende, os valores desempenharão papel fundamental no que diz respeito à melhor forma de se justificar essa prática coletiva. Deverão ser testados pelo intérprete no ato de interpretação, naquilo que Gadamer (2003) denominou de fusão de horizontes de sentido. Trata-se, pois, de aplicação. Ao contrário, não se trata de trazer para o presente os comandos do passado, mas sim perceber como hoje aqueles comandos do passado podem ser vistos de modo a continuar essa história que constitui o ser humano (e que Gadamer denomina tradição).

O que está vedado ao o discurso de aplicação é se deixar levar pelos próprios valores de maneira impensada, como se fossem esses valores uniformes em toda a sociedade e compartilhados por todos. Esse é o risco do princípio da proporcionalidade. Isso é não adentrar de maneira adequada no círculo hermenêutico traçado por Heidegger.

Para Ingeborg Maus (2000), tal compreensão do Direito e da Constituição acabam por transformar o Poder Judiciário em verdadeiro superego de uma sociedade órfã.

---

<sup>80</sup> A exemplo do que faz Daniel Sarmiento (2006).

Ademais, considerado o giro hermenêutico-pragmático na filosofia, não se pode mais crer ingenuamente que um método pré-estabelecido será capaz de livrar alguém do fardo da argumentação jurídica. É fundamental assumir a complexidade que todo caso requer para a construção da única decisão correta, enquanto aquela capaz de levar em consideração todas as pretensões dos envolvidos no processo. Não é por outro motivo que Chamon Júnior observa:

Tal compreensão acaba por manter ALEXY preso a uma compreensão positivista do Direito a partir do momento em que assume respostas possíveis (aquelas aproximadas a um “ideal”) como sendo igualmente válidas. A pluralidade de respostas aproximadas a um ideal acaba levando a uma desnaturação do caráter normativo do Direito a partir do momento em que tal “realização aproximativa” assume como determinantes as “possibilidades fáticas e jurídicas” que haveriam que determinar a realização das normas na maior medida possível, dentro de um grau ótimo a ser alcançado. (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 72)

Isso porque Alexy ainda crê em um método capaz de resolver *a priori* todos os problemas do Direito, como afirmado acima:

Preso ainda a uma “racionalidade iluminista”, a uma compreensão do saber como algo absoluto, um saber que se pretende saber absoluto a ser alcançado por aproximação, ALEXY falha, pois, ao, justamente, pretender tal saber descontextualizado e alcançável em termos aproximativos. O que ALEXY não é capaz de perceber é que após o giro hermenêutico-pragmático, a tensão entre ideal e real não é tratada mais em termos aproximativos, mas em termos reconstitutivos; o consenso não mais há que ser, pois, entendido como o aceite e a concordância de todos os afetados, mas, antes, como um resultado construído em respeito às liberdades comunicativas - implica aceitabilidade racional quando de um juízo de correção normativa em respeito a pressupostos pragmático-universais. (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 73)

É nesse sentido que a “Escola Mineira de Direito Constitucional”<sup>81</sup> defende a inexistência de um princípio jurídico da proporcionalidade e que a utilização desse suposto princípio deve ser abandonada pelos Tribunais e juristas brasileiros, dado que torna o Direito irracional e, sobretudo, o coloca à mercê do voluntarismo e do

---

<sup>81</sup> A chamada Escola Mineira de Direito Constitucional (CRUZ, 2007) é representada por constitucionalistas que propõem uma nova forma de se compreender o Direito, com base nos trabalhos de Jürgen Habermas, Klaus Günther, Ronald Dworkin e Friedrich Müller, a partir das críticas que esses autores fazem direta ou indiretamente ao pensamento jurídico e filosófico de Robert Alexy. Como representantes dessa Escola, dentre outros, podem-se citar os professores José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior; Álvaro Ricardo de Souza Cruz; José Luiz Quadros de Magalhães; José Adércio Leite Sampaio; Menelick de Carvalho Netto; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira; Lúcio Antônio Chamon Júnior; Flávio Quinaud Pedron; Marcelo Campos Galuppo e José Emílio Medauar Ommati.

decisionismo dos Magistrados.

### **5.6 A teoria estruturante do Direito de Friedrich Müller e a distinção entre texto normativo e norma jurídica**

O pensamento de Friedrich Müller, outro jurista e filósofo alemão, também trará notável contribuição para o entendimento do Direito e da Constituição. Amparado no giro pragmático promovido por Wittgenstein, Müller pretende apresentar uma perspectiva nova sobre o Direito, que ele denominará de Metódica Estruturante ou Teoria Estruturante do Direito (MÜLLER, 2005).

Para o autor, não existe uma separação total entre Ciência do Direito e prática jurídica, como sustentava Hans Kelsen. Enquanto a Teoria Jurídica de Kelsen se pretendia uma Teoria Pura do Direito, a Metódica ou Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller é uma teoria “impura” do Direito, porque o autor busca embasá-la na práxis jurídica cotidiana, nos dados da realidade jurídico-constitucional.

A teoria estruturante de Müller funda-se no pressuposto de que existe uma diferença fundamental entre texto normativo e norma jurídica. Segundo o autor, o texto é apenas a ponta de um iceberg, representado pela norma jurídica. Assim, a tarefa do jurista é encontrar, desvelar a norma jurídica. Para tanto, trabalha com os textos normativos e os dados do caso concreto, de uma forma dinâmica e em permanente diálogo entre esses elementos (MÜLLER, 2005). É justamente por isso que o autor afirma que a norma jurídica é formada pelo programa normativo e pelo âmbito normativo, e que ela somente adquire existência depois de todo esse trabalho concretizador, e não simplesmente interpretativo. Assim, a norma jurídica somente existe em concreto, após todo um labor do jurista ou do aplicador do Direito para encontrá-la (MÜLLER, 2007).

Muito embora o trabalho de Gadamer não seja referido explicitamente por Müller em sua obra, pode-se afirmar que os autores compartilham da noção segundo a qual a hermenêutica jurídica é um trabalho unitário, que envolve interpretação, compreensão e aplicação. O termo aplicação deve ser compreendido aqui em moldes gadamerianos, ou seja, não significa apenas tornar concreto algo abstrato, mas fundamentalmente trazer para o contexto atual os textos - e as intenções a eles inerentes - que foram produzidos no passado, de modo a melhor compreender o que significam. Nesse sentido, aplicar é concretizar, dar realidade aos textos normativos, buscar de que modo esses textos possam ser melhor compreendidos,

interpretados e tornados reais na atualidade.

É por isso que Müller (2005) afirma que a concretização jurídica e constitucional deve ser um trabalho metódico e atento em relação aos textos normativos e aos dados da situação. Segundo o seu pensamento, o programa da norma é formado pelos dados linguísticos do texto normativo. Isso não significa que o programa da norma seja formado apenas por um único texto, podendo ser formado por um conjunto de textos normativos. O programa da norma apresenta-se, ainda, como uma espécie de limite fundamental para qualquer interpretação e concretização jurídica convincente e válida. Não é por outro motivo que o autor afirma que se deve respeitar o limite textual do Direito, como forma de se limitar a própria atividade concretizadora realizada principalmente pelos aplicadores institucionais do Direito (em especial, o Poder Judiciário). Já o âmbito da norma é formado por todos aqueles dados que fundamentam os textos normativos, ou seja, os elementos fáticos referidos ao caso, além, é claro, das interpretações e concretizações que aqueles textos normativos sofreram ao longo do tempo. Dessa forma, o âmbito da norma é constituído dos elementos fáticos relacionados ao caso e também pelos trabalhos doutrinários que buscam dar um sentido consistente aos textos normativos.

Por fim, a chamada norma-decisão (MÜLLER, 2005) é a norma produzida para aquele caso, a qual poderá ser universalizada para ser utilizada em outros casos semelhantes. A norma-decisão de Müller é o resultado do trabalho metódico e metodologicamente estruturado que relaciona, a partir de um trabalho dinâmico, texto da norma e âmbito da norma. Cabe ressaltar que a norma-decisão não é apenas um resultado que pode ser obtido de forma imediata e *a priori* da relação entre programa da norma e âmbito da norma, com base em métodos pré-estabelecidos. A norma-decisão é encontrada após todo um trabalho reflexivo e aberto à situação e aos dados do caso, em que o intérprete deixa-se abrir e se sentir influenciado pelas diversas pré-compreensões em relação aos textos normativos e dados do caso, colocando-a sem diálogo face às suas próprias pré-compreensões num jogo linguístico, cujo limite é o texto da norma, limite este que se constrói também no curso do processo.

É justamente porque Müller entende o trabalho jurídico como um trabalho metodicamente estruturado a partir dos textos de normas para se chegar às normas jurídicas que o autor tece críticas extremamente duras ao próprio método de

trabalho da Corte Constitucional Alemã, que baseia todo o seu labor no princípio da proporcionalidade, servindo tais críticas também para a realidade do Brasil, já que, aqui, o Supremo Tribunal Federal vem também baseando todo o seu trabalho interpretativo e concretizador do Direito brasileiro a partir do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, afirma Müller que o procedimento da ponderação de bens, baseado no princípio da proporcionalidade não satisfaz as exigências, imperativas no Estado Democrático de Direito, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido de forma mais condizente com o Estado Democrático de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo (MÜLLER, 2005) em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas.

Ainda de acordo com o autor, a totalidade de um sistema de valores formado por direitos fundamentais ou pela Constituição como um todo não pode mais ser racionalizada com a ajuda do princípio da ponderação de bens e interesses. Esse princípio não encontra na Lei fundamental nenhum ponto de apoio normativo que vá além dos tipos formais que garantem os direitos fundamentais, nem da gradação existente entre as reservas de lei. Esse princípio não apresenta nenhum critério material que satisfaça às exigências de clareza das normas, segurança jurídica e de estabilidade dos métodos impostos pelo Estado de direito. Além disso, como supõe a aceitação de axiomas, tais como o reconhecimento da primazia de alguns interesses ou bens constitucionalmente protegidos sobre outros, a teoria do balanceamento traz constantemente consigo o perigo de priorizar de uma forma excessivamente exclusiva, no caso concreto, a uma norma constitucional em detrimento de uma

outra (MÜLLER, 1996).<sup>82</sup>

Em um outro texto, e de maneira mais clara e sucinta, afirma Müller que a ponderação de valores “*é irracional e leva a decisões baseadas em pré-conceitos pessoais do juiz sobre 'valores'. E ignora que, nas atuais sociedades pluralistas, os 'valores' são extremamente controversos*” (2007, p. 160). É por isso que os direitos fundamentais não são meros valores, mas normas, conclui o autor. Para não deixar mais dúvidas:

Por trás deles encontram-se representações axiológicas de dignidade, liberdade e igualdade de todos os homens. Mas a partir do momento em que uma Constituição os tenha positivado em seu texto, tornam-se direito vigente. Quem deseja rotulá-los como “valores”, paradoxalmente os desvaloriza. (MÜLLER, 2007, p. 161)

Como se pode perceber, tanto na perspectiva de Dworkin, quanto nas de Günther ou Müller, a utilização do princípio da proporcionalidade, nos moldes propostos por Alexy e pelos adeptos da sua teoria, não leva a que se trate o Direito como um código deontológico e binário<sup>83</sup>, trazendo uma perda de racionalidade no trabalho de aplicação e concretização do Direito, com sérios riscos para os direitos fundamentais dos cidadãos.

## 5.7 Konrad Hesse e a força normativa da Constituição

Como a compreensão do fenômeno jurídico empreendida pelo normativismo se mostrou insuficiente, uma vez que, como mencionado acima, com base em Dworkin (1999), ela acaba por não sustentar ou justificar a prática existente, é importante verificar a existência e a sustentabilidade de outras formas de se conferir à Constituição o seu status adequado.

Conforme sustenta Sampaio (2002), referindo-se ao caso *Marbury versus Madison*, mais do que iniciar a sistemática do *judicial review*, a “opção do Chief

---

<sup>82</sup> Além de Müller e Habermas, Böckenförde (2000) e Grimm (1996), entre outros autores, também fazem duras críticas ao entendimento do Direito como uma ordem concreta de valores e ao uso do princípio da proporcionalidade.

<sup>83</sup> “Se é possível uma aplicação gradual dos princípios, eles não podem ser caracterizados como normas jurídicas. Uma vez que as normas jurídicas se referem ao conceito de dever, como pressupõe o próprio Alexy, então elas somente podem ser cumpridas ou descumpridas. O dever, e consequentemente as normas, possuem um código binário, e não um código gradual.” (GALUPPO, 2002, p. 178)

Justice terminou por reinventar a Constituição, pois reconhecia a ela uma densidade normativa até então discutível e abria espaço para uma verdadeira reelaboração ou atualização do seu conteúdo”.

Para uma melhor compreensão dessa densidade, é importante que se recorra à lição de Konrad Hesse (1991) que, criticando a afirmação de Ferdinand Lassalle segundo a qual a Constituição (jurídica) não passaria de “um pedaço de papel”, tolerado e submetido à faticidade da Constituição real, que constitui o somatório do que o primeiro denomina “fatores reais de poder”<sup>84</sup>, verifica a premente necessidade de uma nova visão do fenômeno constitucional, pugnando pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, resultante de uma tensão necessária e imanente entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, tensão esta que não se deixa eliminar (HESSE, 1991).

Para o citado autor, a força normativa da Constituição decorreria exatamente da sua pretensão de eficácia, ou seja, sua força é resultante da tentativa de se impor contrafactualmente à realidade, bem como da consciência de seus limites:

A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. [...] a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição, converte-se, assim, na ordem geral e objetiva do complexo de relações da vida. (HESSE, 1991, p. 18)

A isso, Hesse acrescenta que a força normativa da Constituição não esgota seu projeto apenas adaptando-se inteligentemente a uma determinada realidade. Ela

---

<sup>84</sup> Imperioso observar-se que Lassalle manifestou tal opinião, depois transformada em livro, numa célebre conferência realizada em 16 de abril de 1862, em uma associação liberal-progressista de Berlim e, pois, deve ser compreendido diante da realidade alemã da época em que teorizava. Segundo a sua tese, as questões constitucionais, em verdade, não seriam questões jurídicas, mas sim políticas. Para este importante autor alemão, a Constituição de um país expressaria as relações de poder nele dominantes, tais como, dentre outros, os poderes militar e econômico (os “fatores reais de poder”), assim, as relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituiriam a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas, nas palavras de Lassalle, “expresssem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder” (LASSALLE, 2008, p. 25), os quais conformariam a Constituição real do país. É diante dessa Constituição real que Lassalle sustenta a fragilidade da Constituição jurídica: para ele, a compatibilidade desta com aquela outra é determinante de seu poder de regular motivar as relações entre as pessoas no Estado. Como será visto adiante, essa visão se mostra incompleta, pois não leva em conta a possibilidade de superação, em maior ou menor escala, dos fatores reais de poder pelo processo democrático e, assim, da formação de uma Constituição apta a consagrar direitos e garantias para setores minoritários ou com menor grau de organização.

logra converter-se em força ativa, pois, embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. Se estas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem estabelecida, essa força ativa se mostrará suficientemente densa a ponto de sobrepor-se aos juízos de conveniência. É o que o autor chama de “vontade de Constituição”:

Essa vontade de Constituição [...] baseia-se na compreensão da necessidade e no valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. (HESSE, 1991, p. 19-20)

Essa força normativa, ainda segundo Hesse (1991), estaria submetida a dois pressupostos, que permitiriam à Constituição desenvolvê-la de forma ótima, a saber: a correspondência entre o conteúdo da Constituição e a natureza singular do presente<sup>85</sup>, e uma práxis constitucional que submeta os interesses momentâneos à vontade de Constituição<sup>86</sup>.

Por fim, o autor alerta para a importância do refreamento da tendência (tão comum no Brasil) de frequente revisão constitucional, bem como de uma interpretação construtiva, que consiga concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação (HESSE, 1991, p. 22-23).

Assim, percebe-se que, dado o inegável contributo do pensamento de Konrad Hesse à Teoria da Constituição, todas as classificações normativas da constituição que tenham por consequência a segregação de algumas de suas normas em uma categoria cuja eficácia se reputa dependente não de uma vontade realizadora (“vontade de constituição”), mas de uma atuação meramente formal ou formalizadora Estatal, subvertem a ideia da tensão necessária e inerente verificada

---

<sup>85</sup> O que Jorge Miranda (2009) vai denominar “Constituição normativa”, em contraposição com a “Constituição nominal” (que, embora tenha por pretensão representar os valores fundamentais da sociedade, não possui regras que expressem a dinâmica do processo político) e com a “Constituição semântica” – (que serve apenas para beneficiar os detentores do poder de fato, instrumentalizando sua dominação sobre a sociedade).

<sup>86</sup> “Todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda” (HESSE, 1991, p. 22).

entre o direito e a democracia, que poderá ser mais adequadamente explicitada recorrendo-se ao pensamento do filósofo alemão Jürgen Habermas, ainda que com alguma brevidade, em razão do foco que se pretende manter no desenvolvimento do presente trabalho.

### 5.8 Jürgen Habermas e a teoria discursiva do direito

Dando continuidade ao quadro da construção do projeto de uma Constituição dotada de força normativa e com intuito de superar os esquemas simplesmente formalistas, tentar-se-á trazer, agora, algumas das contribuições propostas pela Teoria Discursiva do Direito, cujo principal expoente é o professor Jürgen Habermas.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a obra habermasiana pode ser dividida em pelo menos três fases distintas, a saber: os primórdios, fase representada pela Teoria dos Interesses Imanentes; uma fase de maturidade, com a da Teoria do Agir Comunicativo; e uma fase contemporânea, com a Teoria Discursiva do Direito (CRUZ, 2004).

Na primeira fase, a visão do filósofo é marcada pela influência do projeto emancipatório pretendido pela Escola de Frankfurt<sup>87</sup>, com a retomada dos ideais iluministas de emancipação do homem pelo esclarecimento (*Aufklärung*) e com bases firmadas no paradigma da comunicação, utilizando em sua pesquisa argumentos de origem interdisciplinar (pedagogia, psicanálise, etc.), onde é notável a influência, além dos frankfurtianos, das ideias de Freud, Piaget e Kohlberg.

Esta fase inicial também marca a crítica de Habermas, na esteira de Adorno, ao neopositivismo<sup>88</sup>.

A transição para a fase que Cruz (2004) denomina da “maturidade intelectual” levará cerca de vinte anos, quando, depois de ver a Teoria dos Interesses Imanentes ser submetida a diversas críticas, inclusive dele próprio, Habermas lançaria a Teoria do Agir Comunicativo.

---

<sup>87</sup> A Escola de Frankfurt foi a nomenclatura tardia usada para designar um movimento intelectual alemão de orientação marxista heterodoxa, que tinha como sede o Instituto de Pesquisas Sociais da Universidade de Frankfurt, e que publicava a revista de Pesquisas Sociais. Tal movimento ganhou enorme projeção, não só pelas ideias revolucionárias que pregava em relação às ciências sociais e à filosofia, como pelo fato de todos os seus membros originais serem judeus e, portanto, terem sido perseguidos pelo nazismo, alguns mandados para os campos de concentração, alguns mortos, e outros, com mais sorte, exilados em outros países, principalmente nos EUA (Aragão, 2002, p. 31). Os principais representantes da Escola de Frankfurt eram Adorno, Horkheimer e Marcuse.

<sup>88</sup> A respeito do neopositivismo, vide nota nº 10, supra.

o que de essencial ocorre nessa nova fase é uma noção de que a linguagem é um mecanismo heurístico essencial à compreensão e ao conhecimento humanos. [...] A teoria do agir comunicativo constitui um esforço múltiplo do autor de construir simultaneamente uma teoria da racionalidade, uma teoria da sociedade e uma teoria da modernidade em cima de uma metalinguagem dos processos comunicativos, como desdobramento do projeto filosófico de uma pragmática universal. (CRUZ, 2004, p. 54)

É exatamente nesta fase “de maturidade” que Habermas vai tentar demonstrar a insuficiência da positividade e do formalismo para a legitimação do direito, pois aos mesmos deveria se associar a fundamentação, elemento que atenuaria, ou mesmo impediria o papel do direito de dominação do mundo da vida. Segundo Cruz, “essa fundamentação permitiria ao Direito ser instrumento de continuidade do aspecto ético das noções de universalidade e aceitabilidade racional embutidas no agir comunicativo, assumindo com isso o papel de integração social” (CRUZ, 2004, p. 76) <sup>89</sup>.

Porém, como já se pode anunciar, a ideia da fundamentação como elemento imanente ao direito coloca a teoria habermasiana por demais próxima às considerações de Kant sobre uma fundamentação do direito devota da moral, ou seja, para sair do formalismo jurídico, Habermas acaba resgatando o ideal kantiano de um direito submetido a um critério de validade obtido no campo moral. Havia, pois, ínsita nas ideias dessa fase do filósofo, a defesa da existência de uma relação de complementaridade entre o direito e a moral.

Novamente recorre-se à lição de Cruz:

em outras palavras, a moral continuava a ser o elemento condicionante do Direito, e, por conseguinte, o peso da integração social sobre a solidariedade social permanecia ligado às exigências morais, pois a legitimidade da legalidade só se daria por sua abertura à dimensão da moralidade (CRUZ, 2004, p. 76).

De forma complementar, cita-se o magistério de Luiz Moreira:

só eram legítimas as normas morais que obrigavam, na perspectiva moral, todos os membros de uma comunidade jurídica. Então, a normatividade do jurídico representava o apelo a uma medida de validade deontológica em sentido prático-moral. Daí que a relação de complementaridade entre o

---

<sup>89</sup> Mesmo mais tarde, Habermas vai reafirmar essa assertiva (porém já fundada nas bases mais sólidas da Teoria Discursiva): “A tarefa primordial do Direito nas sociedades modernas foi e ainda é a de ser uma das formas de integração social” (Habermas, 1997, p. 44).

jurídico e o moral significava que, em última instância, o critério de validade é dado pela medida moral que perpassa o ordenamento jurídico. Assim, a complementaridade assume uma função deontológica, pois a moralidade é designadora do grau de legitimidade do Direito positivo. Em uma palavra, a complementaridade moral em relação ao direito representa a equiparação da ordem jurídica a uma esfera moral que lhe é superior. Portanto, com a relação de complementaridade, assume-se uma dimensão normativa para o Direito no sentido da razão prática. (MOREIRA, 2004, p. 149)

Ciente do recuo que representava a ideia de complementaridade, Habermas irá rever essa posição, afirmando “que atualmente eu não determino mais a relação complementar entre moral e direito seguindo a linha traçada nas *Tanner Lectures*” (HABERMAS, 1997, p. 10). Assim, o referido autor abrirá o caminho para a fundamentação de uma relação mais complexa entre moral e direito: diante da Teoria Discursiva do Direito, direito e moral seriam co-originários (simultâneos na origem) e reciprocamente complementares no seu procedimento (o que abrirá o mundo jurídico ao universo moral, através do procedimento legislativo).

Nessa fase discursiva, o pensador tedesco compreende a Constituição como um mecanismo de organização de procedimentos de garantia do fluxo de comunicação de argumentos para justificação das ações estatais, de modo que elas só se legitimem se entendidas como justas, de forma recíproca entre a maioria e a minoria, em qualquer arena de debate (HABERMAS, 1997). Na linha de argumentação da Teoria Discursiva do Direito, as normas devem retirar sua validade não de uma hipotética norma fundamental, também não mais de imperativos morais subjetivos universalizáveis<sup>90</sup>, mas sim de um procedimento argumentativo, donde se originam (discurso de fundamentação) e, numa segunda operação, tornam-se aplicáveis (discurso de justificação). As normas que compõem o sistema jurídico constituem, pois, o resultado da ação democrático-participativa dos agentes da sociedade, que neste mister deixariam a posição de simples destinatários para assumir a atitude de verdadeiros coautores das normas que vão regular-lhes a vida (HABERMAS, 1997). Para Luiz Moreira:

à medida que os cidadãos são entendidos como membros de uma comunidade jurídica, a posição de destinatários é substituída pela posição

---

<sup>90</sup> Até mesmo porque, na geleia geral conformada pela multiplicidade de culturas que compõem o mundo da vida habermasiano, seria deveras pretensioso, senão utópico, admitir-se a universalização, pelo processo do imperativo categórico, de compreensões subjetivas da moralidade, ou, como queria Kant, de ações despretensiosas, que realizariam o *dever pelo dever*, num ato despido de todo e qualquer conteúdo estratégico.

de co-autores da normatividade proveniente do Direito. Ou seja, a ordem jurídica não é heterônoma, mas emana da produção discursiva da vontade política dos membros da comunidade jurídica. Essa é a primeira questão. A segunda é que, embora os cidadãos sejam autores do sistema jurídico, a produção discursiva da vontade democrática dos cidadãos exige um processo de institucionalização. Ora, como emana discursivamente da vontade dos cidadãos, a normatividade do Direito não é fechada sobre si mesma, antes precisa comprovar-se na factualidade das decisões democráticas.<sup>91</sup> (MOREIRA, 2004, p. 165)

Há nessa afirmação, visivelmente, uma superação das visões tradicionais, aqui descritas anteriormente. Criticando o pensamento liberal, identificado pela proposta de uma Constituição que assume para si o encargo de efetuar a separação “entre a esfera de uma sociedade econômica, livre do Estado, na qual os indivíduos buscam sua felicidade e seus próprios interesses de forma autônoma e privada, e a esfera estatal da persecução do bem comum” (HABERMAS, 1997, p. 304)<sup>92</sup> e, sobretudo, a postura da doutrina republicana, em especial sua vertente comunitarista<sup>93</sup> e, ainda, as tentativas ancestrais de fundamentar o direito numa

---

<sup>91</sup> Ressalta-se que, aqui, mais adequado seria afirmar que a ordem jurídica deve ser resultado de tal processo, que ainda está em início de construção, pois, como melhor se verá adiante, em verdade, em especial no Brasil (mas também na própria Alemanha e outros países da “vanguarda”), ainda não se chegou a um resultado tão puro.

<sup>92</sup> Citando o já conhecido esquema de liberdades negativas (direitos fundamentais como direitos de defesa), típico do liberalismo, Habermas (1997) afirma que, para os liberais, o Direito Constitucional não deve se encarregar das tarefas e objetivos do Estado, que são entregues à política. Mais adiante a discussão será retomada.

<sup>93</sup> O comunitarismo é mencionado por Habermas no Capítulo VI de *Direito e Democracia*, se referindo, em especial a Michelman. Veja: “As características excepcionais do processo democrático, delineadas normativamente, esclarecem-se pelo fato de Michelman e outros comunitaristas não entenderem a cidadania ou ‘citizenship’ de *modo jurídico*, e sim *ético*” (HABERMAS, 1997, p. 346). Mais adiante, o filósofo prossegue em sua crítica, afirmando que, no pensamento comunitarista, existe umnexo necessário entre o conceito discursivo da democracia e a relação com uma comunidade concreta, integrada eticamente. Para Habermas, o pensamento comunitarista, em verdade, necessita desse recurso, uma vez que, de outro modo, não seria possível explicar como os cidadãos poderiam orientar-se pelo bem comum em geral. Continua Habermas, em nota de rodapé: “Os comunitaristas consideram necessária essa ligação com a comunidade, a fim de esclarecer o sentido dos deveres políticos. E, como não é possível manter uma obrigação que ultrapasse os interesses atuais, seguindo o modelo de uma troca acordada de bens – troca da liberdade natural pela proteção e segurança -, eles substituem o modelo do contrato pelo do ato originário de *promessas* recíprocas. Entendem a escolha democrática como *pendant* de uma promessa de fundamentação; através desse ato, os pósteros renovam e fortalecem a auto-obrigação dos fundadores, constitutiva para a comunidade política [...] Mesmo não levando em conta que, deste modo, não é possível justificar obrigações com relação a *outras* comunidades políticas, o modelo pressupõe tacitamente aquilo que pretende explicar, a saber, o sentido obrigatório de normas vigentes. Podemos certificar-nos disso, analisando o ato de fala da promessa. A promessa extrai o conteúdo normativo decisivo de seu sentido ilocucionário da autonomia do falante, o qual precisa saber antecipadamente o que significa *ligar* a própria vontade. Esse tipo de autonomia pressupõe, no entanto, que o sujeito é capaz de orientar o seu agir através de expectativas normativas, portanto agir por dever. Como promessa unilateral ou recíproca, tal ato gera deveres com um *determinado* conteúdo, não, porém, o sentido de validade de obrigações *enquanto tais*” (HABERMAS, 1997, p. 347-348). Para um panorama mais abrangente do comunitarismo, além do livro de Cruz (2004), vide

esfera metafísica religiosa<sup>94</sup>, e dos positivistas de sustentar sua legitimidade tão somente no singelo apelo à legalidade e, ainda, à discricionariedade, o constitucionalista mineiro Álvaro Ricardo de Souza Cruz apresenta um interessante panorama da fundamentação do direito na Teoria Discursiva, afirmando que:

para Habermas, a resposta só poderia ser uma: a faticidade da imposição coercitiva do Direito pelo Estado deveria ser conectada a um processo de normatização racional do direito. Logo, a coerção e a liberdade são dois componentes essenciais à sua validade (CRUZ, 2004, p. 211).

Segundo o próprio Habermas (1997):

A legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar assentimento de todos os possíveis atingidos. (HABERMAS, 1997, p. 138).

Um importante complemento dessa afirmativa habermasiana pode ser encontrado nas palavras de Moreira:

Em sociedades modernas, o Direito só pode ser expressão da liberdade se cumprir as exigências pós-metafísicas de legitimação, o que só é possível através da incorporação de um caráter pós-tradicional de justificação, ou seja, somente quando sua legitimação estiver desagregada tanto da religião quanto dos costumes. (MOREIRA, 2004, p. 23)

Luiz Moreira sustenta que é apenas através do procedimento pelo qual a ele se chega que se pode saber se um acordo normativo é racionalmente motivado, "pois nesse caso o acordo refere-se à validade da regulamentação normativa, que se converte em componente da ordem legítima e vincula os agentes a determinadas orientações valorativas nos casos de matérias carentes de regulamentação" (MOREIRA, 2004, p. 24).

Nesse sentido, somente com a fixação de limites normativamente estabelecidos, é que podem os sujeitos de direito comportarem-se de forma racional conforme fins sem se remeterem à tradição. Na teoria habermasiana, para a que se torne possível a institucionalização dessas ações racionais é necessário que se

---

Cittadino (2000).

<sup>94</sup> É Descartes quem, com seu Discurso do Método, no contexto da revolução científica, iniciou a consolidação do movimento que culminaria com o desligamento da esfera religiosa das esferas moral e jurídica, projeto que teve continuidade com Kant, que demonstrou a separação destas duas últimas.

estabeleça um acordo normativo livre, que, por conseguinte, seja estabelecido discursivamente, de modo autônomo, por seus participantes, acordo esse que é dotado de propriedades formais de racionalidade pautada em valores (CRUZ, 2004).

Como se pode perceber, a simples exigência de que as normas se apresentem como resultado da adoção de um pré-determinado processo legislativo (fundamentação), na perspectiva da Teoria Discursiva do Direito, não lhes confere absoluta autoridade, estando essa autoridade necessariamente aberta à sua comprovação fática. Sua legitimidade decorrerá, pois, da sua vinculação a um procedimento que se possa configurar democrático. Novamente se torna necessário se recorrer às palavras do próprio Habermas:

à luz dessa idéia da autoConstituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais, as práticas usuais de criação, de aplicação e de imposição do direito são expostas inevitavelmente à crítica e autocrítica. Sob a forma de direitos subjetivos, as energias do livre-arbítrio, do agir estratégico e da auto-realização são liberadas e, ao mesmo tempo, canalizadas através de uma imposição normativa, sobre a qual as pessoas têm que se entender, utilizando publicamente suas liberdades comunicativas, garantidas pelo direito, ou seja, através de processos democráticos. A realização paradoxal do direito consiste, pois, em domesticar o potencial de conflito embutido em liberdades subjetivas desencadeadas, utilizando normas cuja força coercitiva só sobrevive durante o tempo em que forem reconhecidas como legítimas na corda bamba das liberdades comunicativas desencadeadas. (HABERMAS, 1997, p. 324-325)

Por esse novo viés, a Constituição deverá ocupar-se, pois, de estabelecer, institucionalizar os procedimentos (democráticos) que levariam à formação discursiva da opinião e da vontade política em torno da elaboração de um direito legítimo; ela, a Constituição, encarada também como resultante desse mesmo procedimento, permitindo transformar os destinatários das normas jurídicas em seus autores (o que contraria, sobremaneira, também as visões majoritariamente difundidas acerca do Poder Constituinte<sup>95</sup>).

---

<sup>95</sup> A esse respeito, citem-se os trabalhos de Friedrich Müller, que buscam desmistificar o conceito de “povo” usualmente difundido na doutrina jurídica (“povo como ícone”), revelando a sua amplitude e abertura. O mesmo autor logra êxito ao escancarar a presença de outros ingredientes, além da vontade popular, na conformação do Poder Constituinte e no mais do processo de elaboração/fundamentação do direito e do Estado: “Nem a todos os cidadãos é permitido votar. Nem todos os eleitores votam efetivamente. E por meio de que deve legitimar a minoria, sempre vencida pelo voto da maioria nas eleições e em posteriores atos legislativos? E que ‘povo’ - caso necessário, novamente um outro ‘povo’ - se esconde atrás dos efeitos informais sobre a formação da opinião pública e da vontade política ‘do povo’ - efeitos que por exemplo as pesquisas de opinião ou todas as atividades individuais e sobretudo as atividades associativas e corporativas podem produzir na política? [...] Se uma Constituição recorre ao poder constituinte ‘do povo’ ou se ela atribui ‘todo o

Portanto, parece nítida a superação das teorias que pregavam um fundamento de validade material, transcendental ou formal para o direito pela atual concepção procedimentalista, calcada na ideia de democracia. Agora, o que se deve ter em mente é a concepção de uma Constituição fundamentalmente voltada para a garantia da institucionalização de processos que permitam realização dos projetos não só individuais ou de grupos, mas de toda a da sociedade<sup>96</sup>.

E se assim o é, não parece mais haver espaço para classificações normativas *a priori*, como aquelas aqui já identificadas, em especial aquelas que dizem respeito aos direitos fundamentais e, mais especificamente, reportam-se aos direitos sociais, que, ao contrário do que pretendiam (o que certamente é o caso da obra de Crisafulli), resultam no enfraquecimento da força normativa da Constituição (HESSE, 1991) e na subversão das suas normas, como já vaticinava Schmitt (1997).

---

poder [de Estado]... [ao] povo', será que ela então formula um enunciado sobre a realidade? Há uma impressão difundida de que as coisas não se passam assim. Nesse caso a constituição fala e cala ao mesmo tempo; ela se atribui [spricht] legitimidade. Ao mesmo tempo ela silencia sobre o fato de que essa atribuição [Zuschreiben] não alcança a realidade ou, como no caso da Lei Fundamental alemã, que não conheceu nenhum procedimento democrático de outorga da constituição, sobre o fato de que ela também não pode mais alcançá-la" (MÜLLER, 2003, p. 49-50).

<sup>96</sup> Constituindo marco tão significativo, para realizar esse importante projeto, essa mesma Constituição necessita ser mantida especialmente segura contra eventuais ataques, consubstanciados na elaboração de legislação infraconstitucional ou de decisões judiciais que possam, porque viciados pela pressão de segmentos privilegiados da comunidade (inclusive provenientes do próprio Governo) ou por acessos momentâneos de comoção coletiva, romper com esse compromisso, jogando por terra a ideia inicialmente democrática, como ressaltado em nossa tese de mestrado. Ressalte-se, ainda que isso não significa defender a cristalização da Constituição, mas antes a sua necessária preservação. As mutações e reformas do texto continuam e continuarão exercendo papel fundamental no desenvolvimento das constituições, proporcionando-lhes adequação às visões consideradas legítimas em um dado momento. O que se pretende é trazer também essas necessárias modificações para o ambiente discursivo proposto pela teoria de Habermas. A propósito, a contribuição de Peter Häberle (1997), ao propor uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*.

## **6 CONCLUSÃO: CRÍTICA À TRADICIONAL PERCEPÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS EM RAZÃO DE SUA APLICABILIDADE**

Percorridos os caminhos que nortearam a presente tese, melhor se podem perceber os problemas inerentes não apenas à classificação das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade, em especial àquela proposta no Brasil por José Afonso da Silva, com base no pensamento de Vezio Crisafulli, mas, de um modo geral, também a todas aquelas correntes de pensamento sobre a Constituição e suas normas que, desde a publicação da monografia do afamado professor mineiro, têm seguido as proposições ali enunciadas.

Da mesma maneira, compreendidos os impactos da reviravolta hermenêutico-pragmática no campo do Direito, pode-se também compreender a insuficiência da crítica que até o presente momento deitou vistas sobre as teorias tradicionais, analisadas no Capítulo 3 desta tese. Mesmo reconhecido o avanço representado pelas observações de Virgílio Afonso da Silva, cujos apontamentos tomam por base um ponto de vista notadamente mais avançado e já inserido no contexto hermenêutico da virada linguística, parece certa a insuficiência da análise por ele empreendida.

Embora o constitucionalismo no Brasil já conte quase duzentos anos e a sua atual Constituição esteja prestes a completar um quarto de século, não é difícil constatar-se que o déficit da efetividade constitucional no Brasil ainda pinta com traços e cores fortes o cenário do país. Aliás, ainda no aniversário de quinze anos da Lei Fundamental pátria, o jurista gaúcho Lenio Luiz Streck já advertia que:

passados apenas quinze anos desde a promulgação da Constituição brasileira, em que ainda não efetivamos expressiva parcela dos direitos nela previstos, as teses reducionistas acerca do papel do Direito reforçam os setores da doutrina que vem entendendo que o texto constitucional é demasiado analítico e utópico, fertilizando, assim, o terreno para reformas constitucionais com conteúdo desregulamentador, minando, com isto o núcleo político da Carta Fundamental, naquilo que se pode entender como relação de pertinência entre as normas, questão que pode ser estendida ao debate acerca da força vinculativa dos princípios constitucionais (STRECK, 2004, p. 132).

É imperioso, pois, superar o déficit comunicativo que está a se interpor entre a norma constitucional, a realidade fática e o intérprete. E mais: esse déficit não deve recrudescer na sociedade aberta, mas ao contrário, deve ser dialeticamente

superado. A crise de identidade dos direitos fundamentais necessita ser mitigada por meio da aproximação da realidade com o texto constitucional, o que só se torna viável mediante a opinião consciente dos cidadãos que, de uma forma ou de outra, se empenhem em participar da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (GUERRA, 2006).

Tais constatações se mostram ainda mais sérias e relevantes, se considerado o notável desenvolvimento da hermenêutica com o pensamento de Gadamer e da doutrina a ele ulterior - avaliada no Capítulo 5 desta tese - e, assim, da hermenêutica jurídica e constitucional, com a assunção da normatividade dos princípios jurídicos e com o desvelamento do caráter textual e aberto do Direito, como se tentou demonstrar nesta tese.

Não é correto afirmar que existam graus de abstração diferentes definíveis *a priori* entre os textos normativos. Toda gradação *a priori* é, em si, problemática (GADAMER, 2003). Parece no mínimo insensato que, apenas por uma simples leitura dos textos normativos, em especial do texto constitucional, como, desde priscas eras, propõem as obras do constitucionalismo do Século XX cuja análise se empreendeu neste trabalho e, mais especificamente, a tão difundida monografia de José Afonso da Silva, seja adequado classificar uma norma constitucional aprioristicamente como de eficácia plena, contida ou limitada.

Mesmo reconhecendo o avanço representado pelas críticas fundadas, de um modo geral, no modelo de princípios sustentado pela teoria de Robert Alexy, também não se pode concordar que a alternativa correta seria reduzir-se todas as normas reguladoras dos direitos fundamentais a normas de eficácia limitada, como pretende Silva (2009). Mais uma vez, mesmo que de uma forma um tanto mais sofisticada, estar-se-ia empreendendo uma solução *a priori*, desconectada da necessária tensão que se verifica entre faticidade e validade (HABERMAS, 1997), entre a Constituição e tudo aquilo que ela pretende constituir, assim como a necessária compreensão de sua interação com o “pano de fundo” que a cerca.

Se, de um lado, a Constituição não deve ser compreendida como uma espécie de “premoldagem” da sociedade civil (REALE, 1987), cuja tessitura fechada estaria a impedir inflexões ou *inputs* dos cidadãos, da sociedade e de suas instituições (a esfera pública de Habermas), de outro lado, também não se pode reduzi-la a uma mera carta de boas intenções, cuja eficácia de significativa parte das disposições esteja previamente fadada ao vazio, independentemente do horizonte

histórico constitucional e da sociedade com que se relaciona.

Como demonstrado, para que se torne possível superar esse dilema é indispensável ter-se em mente a lição de Konrad Hesse, para quem na interpretação é fundamental o processo de realização através do qual as normas constitucionais adquirem efetiva vigência. Este processo, de atualização e concretização, se encontra subordinado às condições de realização da Constituição, entre as quais destaca a vontade da Constituição (HESSE, 1991). A interpretação constitucional parte da necessidade de prescindir do dogma da vontade. Interpretação é concretização (HESSE, 1991). O propósito da interpretação é o de encontrar o resultado constitucionalmente adequado, através de um procedimento racional e controlável, fundamentar este resultado de modo igualmente racional e controlável, criando deste modo certeza e previsibilidade jurídica - e não o acaso, ou a decisão pela decisão ou, ainda pior, uma “não-decisão”.

Também é imprescindível compreender-se o Direito como uma questão de princípios (DWORKIN, 2000), formado por uma miríade (nem sempre organizada<sup>97</sup>) de textos de normas igualmente abstratos, que concorrem para a solução dos casos concretos. Assim, até mesmo para se perceber e ser capaz de aplicar o Direito de maneira adequada é necessário sempre levar em conta a situação concreta (de aplicação) e sua peculiar história, para, só então, resolver-se o que deve ser feito em cada caso. As normas constitucionais, como normas jurídicas que são, independem de qualquer classificação apriorística, uma vez que ganham vida no momento em que se encontram na situação hermenêutica de aplicação, que lhes permitirá revelarem-se as únicas aptas a solucionar, de forma adequada, uma determinada situação de conflito.

Ademais, de acordo com os ensinamentos de Friedrich Müller (2005), não se podem confundir o texto normativo e a norma; e a consequência disso é a premente necessidade de se abrir mão de formulações cujas premissas levem em conta tão-somente a dimensão textual do Direito - sobretudo, confundindo norma e texto -, como ocorre com as classificações tradicionalmente adotadas nos manuais nacionais de Direito Constitucional<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> Segundo Konrad Hesse, a racionalidade total não é completamente possível no Direito Constitucional; o que não implica que se deva renunciar a ela, mas almejar a racionalidade possível.

<sup>98</sup> Como exemplos dessa afirmação, citam-se, além do próprio “Curso de Direito Constitucional Positivo”, de José Afonso da Silva, os manuais de Ferreira Filho, Moraes e Chimenti, entre outros.

O que é determinante para a aplicabilidade de uma ou outra norma constitucional, bem como o seu grau de eficácia, não é o seu texto normativo, tomado de forma isolada e, como se fosse possível, abstrata, mas sim o processo de sua concretização/reconstrução (BONAVIDES, 2011); ao decidir o caso concreto, não cabe ao juiz<sup>99</sup>, ou a qualquer operador do Direito chamado a atuar, esquivar-se da sua tarefa, que é buscar a decisão correta, única e adequada àquele caso, sob o argumento genérico de que certas normas da Constituição de República (ainda) não são aplicáveis pelo simples fato de terem esta ou aquela classificação doutrinária, ou porque seu texto reúne características notadamente principiológicas ou é deveras abstrato ou, ainda, porque lhe carece regulamentação.

Embora o texto constitucional se configure como primeiro elemento do processo de interpretação-concretização, ele não contém já insita a decisão do problema a resolver. É necessário tomar em conta que a letra da lei não dispensa a averiguação do seu conteúdo semântico e que a norma constitucional não se identifica com o texto, bem como que a delimitação do âmbito normativo, feita através da atribuição de um significado à norma, deve ter em atenção elementos de concretização relacionados com o problema a ser solucionado (MÜLLER, 1995).

A isso se acrescenta que, para o processo de concretização, não é relevante apenas a delimitação do âmbito normativo a partir do texto de uma norma. O significado do texto aponta para um referencial, para um universo material, cuja análise é fundamental em um processo de concretização que aspira uma racionalidade formal e material. Compreende-se, pois, que é preciso delimitar um domínio ou setor de norma constituído por uma quantidade de determinados elementos de fato (dados reais) que são de diferente natureza (jurídica, econômica, social, psicológica, sociológica) e a análise do domínio da norma será tanto mais necessária quanto mais uma norma faça menção a elementos não-jurídicos e o resultado de concretização da norma dependa, em larga medida, da análise do domínio da norma (HESSE, 1992).

Insistir na proverbial classificação das normas constitucionais segundo a sua eficácia ou aplicabilidade implica reconhecer (e aceitar) que grande parte do Direito

---

<sup>99</sup> O vocábulo “juiz” deve ser entendido em termos amplos, considerada a lição de Peter Häberle (1997), que adota um modelo hermenêutico baseado numa sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, cuja compreensão incide sobre os direitos fundamentais, tanto pela ampliação democrática que proporciona à medida que todos são admitidos como intérpretes prováveis, bem como pelos possíveis resultados advindos dessa interpretação promovida para além das esferas judiciais.

permanecerá sem aplicação ou com uma aplicação bastante reduzida, na medida em que, indistintamente, mesmo ponderada a proposta de Virgílio Afonso, as normas principiológicas seriam consideradas de eficácia limitada e teriam apenas eficácia negativa, de revogação de normas incompatíveis (TEMER, 2008; FERRARI, 2001) ou de não recepção dessas mesmas normas, caso provenham de textos normativos anteriores à Constituição em vigor, ou, ainda, estariam todas à espera de regulamentação, justificando inadequadamente a inação legislativa ou governamental, em detrimento da necessidade de que sejam tempestivamente dadas as respostas corretas aos casos que se apresentam ao Estado em busca de uma solução.

Mais uma vez, recorre-se à lição de Lenio Streck, para quem é preciso romper com a "hermé(nêu)tica jurídica tradicional-objetivante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência", com o que recuperar-se-ia o "sentido-possível-de-um-determinado-texto e não a re-construção do texto advindo de um significante-primordial-fundante. Assim, por exemplo, não há um dispositivo constitucional que seja, em si e por si mesmo, de eficácia contida, de eficácia limitada ou de eficácia plena" (STRECK, 2009, p. 227, *passim*).

Em arremate, repise-se que o sentido e alcance de uma determinada norma constitucional deverão ser delimitados pelo intérprete, em cada situação concreta a ser apreciada pelo aparato institucional-decisório do direito dogmáticamente organizado da sociedade aberta. Não é a norma que dá interpretação, mas a interpretação que dá a norma (MÜLLER, 1995). Assim, também, é evidente que "não há só textos; o que há são normas (porque a norma é o resultado da interpretação do texto). Mas também não há somente normas, porque nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta do direito" (STRECK, 2004a).

É preciso reconhecer, no âmbito da atividade jurídica, a importância da função de comunicação e entendimento, bem como da inerente função social, ambas atribuídas à linguagem, como argumenta Kaufmann:

Se a norma jurídica (regra de direito) se deve tornar realidade concreta, então os conceitos abstratos da norma têm que estar abertos às situações da vida. Isto acontece na concreta decisão de direito, no juízo jurídico. No juízo o direito ganha forma, aumenta a sua dimensão lingüística vertical, transcendental, intuitiva, os conceitos classificatórios delimitadores convertem-se em conceitos ordenadores plenos de conteúdo (conceitos funcionais, tipos [...]). Estes conceitos concretizados já não são unidimensionais, unívocos [...], nem o devem ser; de outro modo não

poderiam cumprir a sua função de equilíbrio das tensões, no interior da idéia de direito, entre igualdade, segurança jurídica e equidade. [...] Assim, a linguagem jurídica cria direito por dois modos: através do acto de aprovação de normas e através do acto de decisão jurídica (KAUFMANN, 2004, p. 172/183, *passim*)

Especificamente no que diz respeito às normas definidoras de direitos sociais, tradicionalmente classificadas como programáticas, seguindo-se as classificações aqui criticadas, chama-se atenção para o comando contido no artigo 5º, parágrafo 1º, da atual Constituição que, ao vaticinar a imediata aplicação dos direitos fundamentais, indistintamente, compreende em sua formulação os direitos sociais, de forma a possuírem tanta justiciabilidade quanto os direitos individuais. Assim, o subterfúgio de negar-lhes efetividade com estribo em sua índole programática deve ser necessariamente revisto (BONAVIDES, 2011), tornando-se imprescindível a paulatina substituição da ultrapassada mentalidade de que essas normas têm pouca densidade normativa, pela convicção de que podem, sim, embasar pretensões a ações fáticas. Por conseguinte, afastado deve ficar “da doutrina e do Direito Constitucional contemporâneo o engodo da norma programática no texto constitucional que declara direitos” (SALGADO, 1996, p. 34).

Norma que cria direito, que depende do próprio direito e não da economia do País ou de outras circunstâncias estranhas ao direito para ser aplicada, é norma auto-aplicável, porque o direito, ou está previsto em normas positivas, ou está implícito, ou omissivo, cabendo ao Judiciário declará-lo, explicitá-lo ou preencher as lacunas da ordem jurídica, se for o caso. [...] Esse princípio de imediatidade é válido também para os direitos sociais (direito ao trabalho, direito à saúde e direito à educação), correlatos de um dever do Estado (SALGADO, 1996, p. 34-35).

Os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições devem ser utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Lei Maior. A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se interpõe entre o Estado e a sociedade. A sua força normativa “não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos menos significativos da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante - o seu núcleo essencial fundamental” (STRECK, 2004a, p. 280).

Por tudo isso, em conclusão, defende-se que a classificação apresentada por José Afonso da Silva, moldada com fundamento nas lições de Vezio Crisafulli,

quanto à aplicabilidade das normas constitucionais e os critérios que nortearam tal construção doutrinária, devem ser abandonados, por não serem compatíveis com os avanços obtidos e almejados pelo Estado Democrático de Direito.

Sustenta-se, por fim, que é incorreto considerar-se que a aplicabilidade de uma norma constitucional está predefinida no texto constitucional; esta se revelará no momento hermenêutico de sua aplicação, quando o juiz deverá apresentar os motivos, fundamentos, que o levaram àquela particular decisão, sendo-lhe, assim, completamente possível reconhecer total efetividade a um direito cuja eficácia possa ter sido *a priori* considerada limitada, como ocorre nas formulações que aqui se criticam. Estas, como se apontou, parecem ignorar a espiral hermenêutica de Gadamer, que melhor se adequa à compreensão dos direitos fundamentais, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- ADAMS, John Clarke; BARILE, Paolo. The implementation of the italian constitution. **The American Political Science Review**, Washington (D.C.), v. 17, nº 1, mar., p. 61-83. 1953. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1950958>> Acesso em: 08 jul. 2011.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva: 1993.
- AMADO, Juan Antonio García. A Sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR; Dalmir. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 301-344.
- APEL, Karl-Otto. Como escapar do blábláblá. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 26 set. 1999. Caderno Mais! p.5. Disponível em: <[acervo.folha.com.br/fsp/1999/9/26/72](http://acervo.folha.com.br/fsp/1999/9/26/72)>. Acesso em: 27 jul.2011.
- ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. **Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARENDT, Hannah. **Sobre la revolución**. Madrid: Alianza Editorial, 2004.
- ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Globo, 1993.

AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. **O controle legislativo de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

AZZARITI, Gaetano. **Problemi attuali di diritto costituzionale**. Milão: Giuffrè, 1951.

BAILY, Bernard. **As origens ideológicas da revolução americana**. Ed. ampl., Bauru: EDUSC, 2003.

BAKER, Robert S. A responsabilidade governamental e seus limites. **Questões de democracia**, Washington (D.C.), v.5, n.2, ago. 2000. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0800/ijdp/ijdp0802.htm>> Acesso em: 14 jul. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.4, p. 34-43, 1968.

BARBOSA, Rui. **Comentários à constituição federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003.

- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BESSE, J.M. BOESSIÈRE, A. **Précis de philosophie**. Paris: Nathan, 1998.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.) **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Le droit, l'État et la constitution démocratique**: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle. Paris: LGDJ, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOURETZ, Pierre. Le droit et la règle: Herbert L. A. Hart. In: BOURETZ, Pierre. **La force du droit**: Panorama des débats contemporains. Paris: Esprit, 1991, p. 41-58.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 414426/SC, Rel. Ministra Hellen Gracie Northfleet. **Diário da Justiça**, Brasília, 01 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 102962/MG. Rel. Min. Ellen Gracie. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 fev. 2011a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3842552>> Acesso em: 15 jan. 2012.

.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 106244/RJ. Rel. Min. Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 ago. 2011b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3986746>> Acesso em: 15 jan. 2012.

.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 349703/RS. Rel. Min. Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2035659>> Acesso em: 15 jan. 2012.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição constituinte**: ensaio sobre o poder de Revisão da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPILONGO, Celso. A posição dos tribunais no centro e na periferia do sistema mundial. In: PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 477 a 490.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina,

1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2008a.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARVALHO NETO, Menelick. A contribuição do Direito Administrativo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 68, nº. 2, p. 67-84, abr./jun. 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.). **Crise e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do estado democrático de direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, ano 29, nº. 68, jan./jun. 1999.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. **Controle judicial e processo legislativo**. Porto Alegre: SAFE, 2002.

CARVALHO, Helder Buenos Aires de. **Tradição e racionalidade na filosofia de Alasdair MacIntyre**. São Paulo: Unimarco, 1999.

CASTRO, Dayse Starling Lima (Org.). **Direito público**: coletânea de artigos. Belo Horizonte: Castro Assessoria e Consultoria, 2003.

CASTRO, Dayse Starling Lima (Org.). **Direito público**: terceira coletânea de artigos. Belo Horizonte: Castro Assessoria e Consultoria, 2004.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica**: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no direito moderno. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno**: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e

validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 79-120.

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann**: la contingence des normes. Paris: PUF, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.14, n. 54, p. 28-39, jan./mar.2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A constituição mexicana de 1917**. Disponível em: <[www.dhnet.org.br](http://www.dhnet.org.br)>. Acesso em: 08 jul. 2011.

COOLEY, Thomas M. **A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American Union**. Boston, 1968. Disponível em: <[books.google.com/ebooks/reader?id=vOI9AAAAIAAJ&hl=pt-BR](http://books.google.com/ebooks/reader?id=vOI9AAAAIAAJ&hl=pt-BR)>. Acesso em: 08 jul. 2011.

CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. **Ridescrivere la questione meridionale**. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Unesp, 2006.

COSTA, Jose Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2007.

CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizione di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **O Supremo Tribunal Federal revisitado: o ano judiciário de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O discurso científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao direito?**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder constituinte e patriotismo constitucional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006b, p. 47-103.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DARTIGUES, André. **O Que é a fenomenologia?** São Paulo: Centauro, 2003.

DE GIORGI, Raffaele. A Memória do Direito. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Ceará, n. 2, jul./dez. p. 59-77, 2003.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

DEL NEGRI, André L. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DELACAMPAGNE, Christian. **História da filosofia no século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

DIAS, Wladimir Rodrigues. **Fundamentos para um direito das políticas públicas**. 2011. 355f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1992.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DWORKIN, Ronald. A Democracia e os Direitos do Homem. In: DARNTON, Robert e DUHAMEL, Olivier. (Org.). **Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993.

DWORKIN, Ronald. George W. Bush, une menace pour le patriotisme américain. **Esprit**, Paris, nº 285, jun. 2002a.

DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.

DWORKIN, Ronald. **Liberalismo, constitución y democracia**. Buenos Aires: Isla de la Luna, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**: una teoría del control constitucional. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Ed., 1997.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: RT, 1991.

FAZZALLARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**: reflexões de teoria da constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

FERRAND, Martín Risso. **Derecho constitucional**. Montevideo: FCU, 2005.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. 4. Ed. Coimbra: Arménio Amado - Editor Sucessor, 1987.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. A adoção da figura amicus curiae no âmbito dos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte , v.70, n.1 , p.55-64, jan./mar. 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FREIRE, Alonso Reis Siqueira. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental no processo constitucional brasileiro: a abertura estrutural dos parâmetros e a determinação processual do objeto do instituto**. 2005. Dissertação (Mestrado)- Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria do poder constituinte**. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. Elementos para uma compreensão metajurídica do processo legislativo. **Cadernos da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, p. 7-28, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa**. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

GILLISEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de

Janeiro: Aide, 1992.

GONDIM, Elnora. John Rawls: a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos: pressupostos da justificação coerentista. **Discusiones Filosóficas**, Colômbia,, ano 11, v. 17, jul./dic., p. 151-165, 2010.

GRIMM, Dieter. Il futuro della costituzione. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUERRA, Gustavo Rabay. A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a reserva do possível: por uma dinâmica teórico-dogmática do constitucionalismo social. **Revista Consilium**, Brasília, n. 1, v. 1, jan./abr., 2006.

GÜNTHER, Klaus. Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale. In: Archives de Philosophie du Droit. Paris: Sirey, 1992. Tomo 37.

GÜNTHER, Klaus. **Teorias da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos de filosofia alemã**, São Paulo, v. 6, 2000.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HÄBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el estado constitucional**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, fraternidad, igualdad: 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional**. Madri: Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madri: Tecnos, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Retos actuales del estado constitucional**. Bilbao: IVAP, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Trad. de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 4. ed., Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del estado nacional**. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. 2ª ed. México: FCU, 2000.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

HELLER, Herman. **Teoría del estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Mira-Sintra: Edições Europa-América, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1992.

HORTA, Raul Machado. Constituição e direitos individuais. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**. Rio de Janeiro: IBDC/Forense, 1985.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 1996.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. **Historia/historia**. Madrid: Trotta, 2004.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. Ed., São Paulo: Perspectiva, 1997.

KUHN, Thomas S. **A Tensão essencial**. Lisboa: Edições 70, 1989.

KUHN, Thomas S. **O caminho desde a estrutura**: ensaios filosóficos, 1970-1993, com uma entrevista autobiográfica. São Paulo: UNESP, 2006.

KUSCH, Martin. **Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

LACERDA, Bruno Amaro. **O raciocínio jurídico**: uma visão aristotélica. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Líber Júris, 2008.

LOBATO, Anderson Cavalcante. Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 31, n.124, out./dez. 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1970.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. Individuo, individualidad, individualismo. IN: DARDÉ, Verónica Muñoz (Comp.). **Zona Abierta**, 70-71, Madrid: Siglo XXI, 1995, p. 53-157.

LUHMANN, Niklas. La Costituzione come Acquisizione Evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996, p. 83-128.

LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**: Contributi alla Sociologia e alla Teoria del Diritto. Bologna: Il Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**: autopoiesis, acción y entendimiento

comunicativo. México, Anthropos, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: Lineamientos para una teoría general. México: Anthropos Editorial, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Barcelona: Paidós, 1990.

LUHMANN, Niklas. **Sociología de riesgo**. México: Universidad Iberoamericana de Guadalajara, 1992.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad**: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Barcelona, Paidós, 1997.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**. São Paulo: EDUSC, 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e poder constituinte. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Quinze anos de constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. T. 2.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. T. 2.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder municipal**: paradigmas para o estado constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MARTINS, Antônio Manuel. Incomensurabilidade e holismo em T.S. Kuhn. **Revista Filosófica de Coimbra**, v.2, n.º. 3, 1993. Disponível em: <saavedrafajardo.wsi.es/web/archivos/coimbra/03/coimbra03-02.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2011.

MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. São Paulo: Konrad Adenauer, 2005.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, CEBRAP, São Paulo, n.º. 58, p. 185, nov. 2000.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da emenda constitucional n.3, 1993. In: MARTINS, Ives G. S.; MENDES, Gilmar F. (Org.). **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MICHELMAN, Frank. Morality, identity and constitutional patriotism. **Denver University Law Review**, Denver, n.º 76, p. 1.009-1028, 1999.

MINAS GERAIS. **Constituição do estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Editora ALMG, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t. I e II.

MIRANDA, Jorge. **O controle da constitucionalidade em Portugal**: antecedentes e criação do órgão da justiça constitucional. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MONTORO PUERTO, Miguel. **Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales**. Madrid: Colex, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de uma teoria constitucional, I. Trad. Peter Neuman. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Paris: PUF, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Nauman. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 121-149.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O projeto constituinte de um estado democrático de direito (por um exercício de patriotismo constitucional, no marco da teoria discursiva do direito e do estado democrático de direito, de Jürgen Habermas). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Quinze anos de Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 131-154.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e estado democrático de direito:** por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A igualdade no paradigma do estado democrático de direito.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte, Mandamentos, 2004, p. 151 a 168.

PALMER, Richard. **Hermenêutica.** Lisboa: Edições 70, 2006.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Constitución y soberanía: el sentido de la democracia constitucional.** Granada: Comares, 2000.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho,** Alicante, n. 26, p. 5-93, 2003.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.** SP: Max Limonad, 1999.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Modernidade, tempo e direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas.** São Paulo:

RT, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: RT, 2003.

PLATÃO. **A república**. 9ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

POLLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 2001.

PUERTO, Miguel Montoro. **Jurisdiccion constitucional y procesos constitucionales**. Madrid: Colex, 1999.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Instituto Teotônio Vilela, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Liberdade e Democracia**. São Paulo: Saraiva, 1987.

REIS FILHO, Daniel Aarão. **A revolução alemã: mitos e versões**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

REIS, José Carlos. **Wilhelm Dilthey e a autonomia das Ciências Histórico-Sociais**. Londrina: Eduel, 2003.

RIALS, Stéphane. **La déclaration des droits de l'homme et du citoyen**. Paris: Hachette, 1988.

RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. 1ª reimpressão, São Leopoldo: Unisinos, 2003.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 14, n. 3, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Quinze anos de Constituição**: história e vicissitudes. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura Souza. **Democratizar a democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Petrópolis: Vozes, 2001.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. 2. Ed. Madrid: Tecnos, 1997.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1982.

SCHUARTZ, Luís Fernando. **Norma, contingência e racionalidade**: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIEYÈS, Emmanuel J. **A constituinte burguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SIEYÈS, Emmanuel J. **Escritos y discursos de la revolución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. Interpretação da constituição e democracia. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, RS , v.7,n.34 , p.13-25, nov. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: (estudos sobre a constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Maria Luísa Portocarrero Ferreira da. **O Preconceito em H.-G. Gadamer**: sentido de uma reabilitação. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro , v. 1, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar n. 226, p. 11-32, out./nov./dez. 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Controle de políticas públicas na justiça do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v.34, n.131, p.96-110, jul. 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

SILVEIRA, Alessandra. **Cooperação e compromisso constitucional nos estados compostos**: estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos. Coimbra: Almedina, 2007.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOARES, Carlos Henrique; OLIVEIRA, Bruno de Almeida; NEVES, Eliana Pinto de Oliveira. Juizado especial cível e o estado democrático de direito. **Ciência & Conhecimento**, Belo Horizonte, v.3, n.9, p. 75-95, maio 2007.

SOARES, Carlos Henrique et al. Natureza jurídica da norma processual. **Cadernos de Estudos Jurídicos**, Belo Horizonte, v.4, n.4, p.58-63, jul. 2000.

SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o processo constitucional**. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da globalização. São Paulo: Atlas, 2011

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.) et al. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SPANIOL, Werner. **Filosofia e método no segundo Wittgenstein**: uma luta contra o enfeitiçamento do nosso entendimento. São Paulo: Loyola, 1989.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STERNBERGER, Dolf. **Patriotismo constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em terrae brasilis. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 4, jul./dez.2004a.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n.2, p.243-284, 2004b.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, pré-compreensão e decisão jurídica: respondendo a algumas críticas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n.7, p.77-98, jan. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n.3, p. 83-128, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, RS , v.35, n.95 , p.49-86, set./dez.2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem**: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEIXEIRA, Jose Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C.; MOREIRA, Luiz. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRIBE, L.H. DORF, M.C. **On reading the constitution**. Massachusetts: Harvard University Press, 1991.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. São Paulo: Editora CEJUP, 1999.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA, José Ribas; MASTRODI NETO, Josué; VALLE, Vanice Lírio do. A teoria da mudança no constitucionalismo americano: limites e possibilidades. In: DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria da mudança constitucional**: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-42.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WITTGENSTEIN, Ludwig J.J. **Investigações filosóficas**. Petrópolis: Vozes, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig J.J. **Tractatus logico-philosophicus**. São Paulo: Edusp, 2003.

ZARKA, Yves Charles. **Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt**: la justification des lois de nuremberg du 15 septembre 1935. Paris: PUF, 2005.